UNIVERSIDADE LaSalle

Sociology of Law 2018

ISSN 2448-1696

Canoas, 2018

UNIVERSIDADE LA SALLE

REITOR
Paulo Fossati

VICE-REITOR
Cledes Antonio Casagrande

PRÓ-REITOR ACADÊMICO
Miguel do Nascimento Costa

PRÓ-REITOR DE DESENVOLVIMENTO
Renaldo Vieira de Souza

COORDENAÇÃO GERAL
Germano Schwartz

COMISSÃO EDITORIAL
Lucas Konzen (RCSL)

Marcos Catalan (Unilasalle-Canoas)

Wanda Capeller (IEPO/Toulouse- França)

COMISSÃO ORGANIZADORA
Antônio Carlos Wolkmer

Daniel Achutti

Germano Schwartz

Marcos Catalan

Renata almeida da Costa

Selma Petterle

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S678a Sociology of Law (4. : 2018 : Canoas, RS).
Anais Sociology of Law 2018 [recurso eletrônico] : o direito entre o caos e desconstrução / [coordenação geral Germano Schwartz]. – Dados eletrônicos. – Canoas, RS : Unilasalle, 2018.

Evento realizado nos dias 25 e 26 de maio de 2018 na Universidade La Salle, em Canoas, RS.
ISSN 2448-1696

1. Direito – Eventos. 2. Sociedade. 3. Sociologia jurídica. I. Schwartz, Germano. II. Título.

CDU: 34:316(063)

Bibliotecário responsável: Michele Padilha Dall Agnol de Oliveira - CRB 10/22350

UNIVERSIDADE LA SALLE

ANAIS SOCIOLOGY OF LAW 2018:
O DIREITO ENTRE O CAOS E A DESCONSTRUÇÃO

Canoas, 2018

SUMÁRIO

GT01: DO DIREITO FLEXÍVEL E NOVAS TECNOLOGIAS NA SOCIEDADE PLURAL 13

DIREITO DO FUTURO JUÍZES E ADVOGADOS INTERAGINDO COM A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 14

AS NOVAS TECNOLOGIAS: UM NOVO PARADIGMA PARA A GESTÃO EDUCACIONAL 25

NOVAS TECNOLOGIAS E SOCIEDADE COMPLEXA 34

ECONOMIA EM REDE E COORDENAÇÃO DE COLETIVIDADES ECONÔMICAS44

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO NO FUTURO 53

O MELHOR CAMINHO PARA A COMPREENSÃO DA TECNOLOGIA PÓS-MODERNA NO DIREITO 66

"LEX DIGITALIS" E FLEXIBILIDADE DO DIREITO 88

"ASSASSIN'S CREED", SURVEILLANCE E AS NOVAS TECNOLOGIAS DE CONTROLE: ENTRE A FICÇÃO E AS PRETENSÕES ALÉM DO DIREITO 99

AS NANOTECNOLOGIAS E A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO: NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO JURÍDICA NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS 110

DIREITO FLEXÍVEL: A IMPORTAÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA ATRAVÉS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA 122

O DIREITO E OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS: COMO DECIDIR? 131

A TEORIA DO FATO JURÍDICO E O ANDAR SOB O AMARELO DESÉRTICO 141

COMPLEXIDADE, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL 151

FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NOVOS ATORES SOCIAIS PARA UM NOVO CPC 162

GT02: PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS 173

O BINARISMO SEXUAL NORMATIVISTA X AS APENADAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE/RS 174

O PLURALISMO JURÍDICO – A POSSIBILIDADE DO DIÁLOGO DO SISTEMA CONSUETUDINÁRIO COM O DIREITO PRIVADO DIANTE A NECESSIDADE FUNDAMENTAL NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS 185

PLURALISMO JURÍDICO E DESIGUALDADE DE GÊNERO 196

UMA TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE LIBERTAÇÃO 205

SUSPENSÃO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA DO MERCOSUL E A BUSCA PELO RESTABELECIMENTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 215

A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO 224

O REGIME DO BEM VIVER COMO TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DE UM MODELO DE DESENVOLVIMENTO EUROCÊNTRICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA 235

GT03: O TEMPO E A VULNERABILIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO 244

O MERCADO VIRTUAL E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR 245

A COBRANÇA DE DÍVIDA BANCÁRIA PRESCRITA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR 254

GT04: HUMAN RIGHTS (RCSL/ISA) 262

OS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O NOVO PARADIGMA DE PROTEÇÃO INTEGRAL TRAZIDO PELO ECA 263

GT05: MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA 274

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO: A PRIVACIDADE E O INTERESSE PÚBLICO 275

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS: RECONHECIMENTO DE CIDADANIA E POLITICAS PÚBLICAS PARA INSERÇÃO SOCIOECONOMICA DOS MIGRANTES 286

JUDICIÁRIO: CIDADANIA E DEMOCRACIA 296

GT06: JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS 308

AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENÇÃO AO FEMINICÍDIO PARA OS HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE COM BASE NA LEI 11.340/2006 309

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO CEJUSC GAÚCHO PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE INJÚRIA RACIAL NO ANO DE 2017 319

MULHERES VÍTIMAS E VULNERABILIDADES: POSSIBILIDADES E RISCOS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA 330

A CONTRIBUIÇÃO DOS MODELOS DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMPREENDER OS DELINEAMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL HOJE 341

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: NECESSIDADE DE FORMAÇÃO CONTINUADA E ESPECIALIZADA 351

GT07: ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL 360

OBJEÇÕES DO TRANSEXUAL AO ACESSO À JUSTIÇA 361

LIBERALISMO BRASILEIRO: FATOR IMPEDITIVO DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL? BRAZILIAN LIBERALISM: IMPEDIMENT OF CONCILIATION IN CIVIL PROCEEDINGS? 371

LITÍGIO FAMILIAR E ALIENAÇÃO PARENTAL AVOENGA: APONTAMENTOS SOBRE O CASO DO MENINO BERNARDO 382

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E OS LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL 391

GT08: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA: PROMOVER A CIDADANIA 400

A REVOLUCIONÁRIA EXPERIÊNCIA DE DEFENSORAR POR MEIO DA SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS 401

EDUCAÇÃO E O MERCADO: PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (PNEDH) SOB UM VIÉS DE JUSTIÇA SOCIAL 410

A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI N.º 13.467/2017, REFERENTE À ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT 419

PRAZO RAZOÁVEL NA EXECUÇÃO PENAL: UM OLHAR A PARTIR DA PROGRESSÃO DE REGIME 430

A REVOLUCIONÁRIA EXPERIÊNCIA DE DEFENSORAR POR MEIO DA SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS 445

EDUCAÇÃO E O MERCADO: PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (PNEDH) SOB UM VIÉS DE JUSTIÇA SOCIAL 454

A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI N.º 13.467/2017, REFERENTE À ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT 463

MADRE PELLETIER E AS NARRATIVAS DAS MULHERES - UM ESPAÇO DA MEMÓRIA 474

GT09: DIREITO, INCERTEZA E DESORDEM: 20 ANOS DE PESQUISA NO PRISMAS 486

(IN)SEGURANÇA JURÍDICA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CELEUMA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA 487

GT10: DIREITOS ANIMAIS E SOCIEDADE DE RISCO 497

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AGRESSÃO AOS ANIMAIS: UMA RELAÇÃO PAUTADA NO PATRIARCALISMO 498

ANIMAIS DE COMPANHIA E O NOVO LOCAL NA SOCIEDADE: UMA BRECHA PARA O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO 508

MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E VEDAÇÃO À CRUELDADE ANIMAL: CONFLITO REAL OU APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS? 518

OS RETROCESSOS POSTERIORES AO JULGAMENTO DA VAQUEJADA CEARENSE NA ADI 4983/CE 531

A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS ANIMAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO 542

GT11: PROTEÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE 552

EDUCAÇÃO AMBIENTAL E FEMINISMO: A DESIGUALDADE DE GÊNERO COMO OBSTÁCULO À SUSTENTABILIDADE E A FORMAÇÃO DE CIDADÃOS ECOLOGICAMENTE RESPONSÁVEIS 553

RACISMO AMBIENTAL: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO MEIO AMBIENTE, GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE. 565

REFUGIADOS AMBIENTAIS: O CASO DOS IMIGRANTES HAITIANOS SOB A PERSPECTIVA DA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA 572

A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL E O STJ 582

ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITO DE DIREITO: UM REQUISITO PARA A MANUTENÇÃO DA SUSTENTABILIDADE 600

A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL COMO RESPOSTA À COSMOVISÃO ANTROPOCENTRISTA 609

SOCIEDADE MODERNA E QUESTÃO ECOLÓGICA. DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: UMA SEMÂNTICA ATUAL? OBSERVAÇÕES SOCIOLÓGICAS 622

DANO MORAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO 629

A CONSTRUÇÃO DE UMA AGRICULTURA SUSTENTÁVEL SOB O VIÉS DO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO 637

A ORDEM INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE E A INSERÇÃO BRASILEIRA 649

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS E COMMON POOL RESOURCES: PERSPECTIVAS PARA OS PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS 660

SOCIEDADE MODERNA E QUESTÃO ECOLÓGICA. DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: UMA SEMÂNTICA ATUAL? OBSERVAÇÕES SOCIOLÓGICAS 672

GT12 : DIREITOS HUMANOS E BIOTECNOLOGIA 679

POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DA TECNOLOGIA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA CONSTITUIÇÃO 680

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA X ANONIMATO DO DOADOR 692

ANÁLISE DOS CASOS CONHECIDOS COMO “INSEMINAÇÃO CASEIRA” 703

GT13: SOCIAL AND LEGAL SYSTEMS I E II (RCSL/ISA) 713

DISCURSO MÍTICO E DIFERENCIAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: O RISCO DE DESTEMPORALIZAÇÃO DIANTE DO PROBLEMA DE FUNDAMENTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA 714

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: A GENERALIZAÇÃO DE RELAÇÕES DE SUBINTEGRAÇÃO E SOBREINTEGRAÇÃO 726

GT14: PLURALISMO RELIGIOSO, INTERCULTURALIDADE E LAICIDADE 739

RELIGIOSIDADE AFROBRASILEIRA: BEBIDAS ASSOCIADAS À RITUALÍSTICA DA UMBANDA NAGÔ 740

GT15: SOCIEDADE INTERNACIONAL, DIREITO E POLÍTICA 751

A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL A PARTIR DA AGENDA DO TRABALHO DECENTE DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UM ESTUDO CRÍTICO NO PROCESSO DE GOVERNANÇA CONDUZIDO A PARTIR DA ORGANIZAÇÃO 752

OS DILEMAS DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE GLOBALIZADA 761

GT16: GESTÃO DE BENS CULTURAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: ESTUDOS DA REALIDADE E DAS DIFICULDADES 772

MEMÓRIA SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CULTURA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE PESQUISAS INTERDISCIPLINARES SOBRE A GESTÃO DE BENS CULTURAIS 773

CAPITAL SOCIAL E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL 782

VILA FLORES: EXPERIÊNCIA COLABORATIVA PARA O DESENVOLVIMENTO NO 4º. DISTRITO DE PORTO ALEGRE 789

"QUANDO DIZ PRA FAZER O RELATÓRIO QUANDO PODE, ELE NÃO FAZ, NÃO VAI FAZER": IMPLICAÇÕES PARA A MEMÓRIA ORGANIZACIONAL DE UMA INCUBADORA DE COOPERATIVAS 796

UMA VISÃO SOBRE A ESCOLARIDADE NA INDÚSTRIA CRIATIVA NA REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE NO ANO 2014 801

GT17: JUSTIÇA SOCIAL, EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS PERSPECTIVAS E ANTIGOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS 807

DISCURSOS ACERCA DA RESERVA DAS COTAS: A OPINIÃO DOS GRADUANDOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFF ACERA DA RESERVA DE VAGAS 808

O ENSINO MÉDIO POLITÉCNICO: EDUCAÇÃO INTERCULTURAL DESCOLONIZADORA? 822

EDUCAR PARA A MEDIAÇÃO: CONDIÇÃO PARA O ÊXITO DA POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSE 835

ECODESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS REDISTRIBUTIVAS E JUSTIÇA SOCIAL: PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-E EM SANTA CATARINA 843

O CASO DA FAZENDA SANTA EUFRÁSIA 863

GT18: MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: ATORES, PRÁTICAS E SIGNIFICADOS NA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA 873

A MEDIAÇÃO DOS EXCLUÍDOS COMO VOZ DOS REFUGIADOS NO BRASIL 874

RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONFLITOS COLETIVOS: BREVES NOTAS DE CONCEITOS E DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA MEDIAÇÃO JUDICIAL 884

GT19: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIOLOGIA DAS VULNERABILIDADES: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS 899

A IMPORTÂNCIA SOCIAL DO AUXÍLIO RECLUSÃO E SEUS REFLEXOS EM UMA SOCIEDADE DOMINADA PELA CULTURA DO MEDO 900

A INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM NOSSO TEXTO CONSTITUCIONAL E A PROGRAMACIDADE (DIREITO AO PLANEJAMENTO) PARA SUA EFETIVAÇÃO 922

O INSTRUMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO URBANA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE 933

INVESTIGANDO COMPETÊNCIAS DE HUMANIZAÇÃO PARA A GESTÃO EDUCACIONAL 943

CONFORTO E CONTROLE: A NARRATIVA DA DEFESA CIVIL COMO SEGURANÇA TRANSCENDENTE NAS CATÁSTROFES 953

O CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA DIANTE DA INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO 961

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MOVIMENTOS SOCIAIS: O CASO DA OCUPAÇÃO DAS ESCOLAS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO DE SÃO PAULO 974

GT20: DIREITO À EDUCAÇÃO EM UMA SOCIEDADE DE CONTROLE 989

A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E A AUTONOMIA DO ALUNO: EM BUSCA DE ESPAÇOS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO 990

A EVASÃO ESCOLAR E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ENSINO MÉDIO: UM ESTUDO EM ESCOLAS PÚBLICAS DE SÃO LEOPOLDO/ RS1002

GT21: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL 1013

A PUBLICIDADE VIA INTERNET DE CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO: RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA 1014

DEVERES FUNDAMENTAIS DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS PARA A PREVENÇÃO E O CONTROLE DO QUADRO DE SUPERENDIVIDAMENTO 1027

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO 1038

IDEAL INFACTÍVEL: A OBJETIFICAÇÃO DO CORPO DA MULHER PARA O CONSUMO E A PERPETUAÇÃO DE SUA SUBALTERNIDADE 1051

ESBOÇANDO UM PROJETO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: ANTECIPANDO ALGUMAS POSSIBILIDADES EMOLDURADAS PELA IDEIA DE WRONGFUL CONCEPTION NO DIREITO BRASILEIRO 1062

A INSERÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS DA ERA DA SOCIEDADE DE RISCO: A NECESSÁRIA DIFUSÃO DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR 1069

TRABALHAR PARA CONSUMIR: A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELO ASSÉDIO DE CONSUMO NA VIDA LABORAL DO INDIVÍDUO 1083

GT22: FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO 1092

AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL 1093

UMA TENTATIVA DE MAPEAMENTO DAS ESTRUTURAS DENSIFICADORAS DA BOA-FÉ NO BRASIL, ARGENTINA, CHILE E URUGUAI: NOTAS PRÉVIAS A UM PROJETO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA 1105

RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE: COMENTÁRIOS AO PROVIMENTO N. 63, DE 14/11/17, DO CNJ 1112

GT23: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E RELAÇÕES PRIVADAS 1120

FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO 1121

NEGÓCIOS PROCESSUAIS: A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES PRIVADAS NO PODER JUDICIÁRIO 1130

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO INVERSO 1141

EXONERAÇÃO DO FIADOR EM CONTRATOS DE LEASING: UMA ANÁLISE À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONTRATUAL 1151

AS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE AUFERIR O BINÔMIO NECESSIDADE X POSSIBILIDADE 1159

PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS À IDEIA DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE 1167

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: ALGUMAS NOTAS PARA O DEBATE 1178

AUTONOMIA, DIREITO À INFORMAÇÃO E EXERCÍCIO DA LIBERDADE NA ESCOLHA DO PARTO NA SAÚDE SUPLEMENTAR 1185

GT24: IMPACTOS AMBIENTAIS: MÚLTIPLOS OLHARES 1199

NOTAS SOBRE OS IMPACTOS AMBIENTAIS COM A EXTRAÇÃO DE AREIA DO RIO JACUÍ 1200

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE O MEIO AMBIENTE NO CASO DA NOVA PONTE DO GUAÍBA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 1210

O MEIO AMBIENTE E O CONSUMO CONSCIENTE: OS BRECHÓS COMO ALTERNATIVA SUSTENTÁVEL 1222

GT25: O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ENTRE OS TRIBUNAIS E A LEGISLATURA: DINÂMICAS, TENSÕES E POSSIBILIDADES 1232

A CRISE DO SISTEMA JURÍDICO-VIGENTE NO BRASIL: A CORRUPÇÃO DA LÓGICA ESTRUTURANTE DO ESTADO MODERNO EM DEFESA DE INTERESSES EXTERNOS AO "CAMPO JURÍDICO" 1233

O CARÁTER JURISDICIONAL DO INSTITUTO PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA. DESENVOLVIMENTO E ASPECTOS NEGATIVOS E POSITIVOS 1246

DESAFIOS AOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL: O PAPEL DO STF NA RELAÇÃO ENTRE PODERES 1256

INTERVENÇÃO ESTRUTURAL DIALÓGICA E SUPERAÇÃO DE BLOQUEIOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS: O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM DEMOCRÁTICA 1266

ENTRE DIREITO E POLÍTICA: APONTAMENTOS A RESPEITO DE UMA CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA 1278

GT26: JUSTIÇA, CIDADANIA, EDUCAÇÃO E MECANISMOS DE SOLUÇÕES SUSTENTÁVEIS 1292

PERSPECTIVAS PARA GOVERNANÇA DA UNIVERSIDADE BRASILEIRA: A FORMAÇÃO DE LÍDERES E O DIREITO À EDUCAÇÃO 1293

CIDADANIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSTRUÇÃO PELO SEU EXERCÍCIO 1303

INFREQUÊNCIA ESCOLAR MOTIVADA POR CONVICÇÃO RELIGIOSA 1313

GT27: GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO 1326

A MULHER E SUA REPRESENTAÇÃO CONSTITUCIONAL 1327

LEI MARIA DA PENHA: AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PARA AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA 1335

A IMPORTÂNCIA DO FEMINISMO PARA O RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DO RESULTADO DE PESQUISA "DIREITOS HUMANOS NA INTERNET: UM OLHAR SOBRE A MULHER" 1344

UMA ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES, DOCUMENTOS E NORMAS, EM EDUCAÇÃO SEXUAL, ORIENTAÇÃO SEXUAL, GÊNERO E SEXUALIDADE NA PRODUÇÃO ACADÊMICO-CIENTÍFICA BRASILEIRA NO PERÍODO DE 2006 A 2015 1356

CRISE DA DEMOCRACIA: REFLEXOS NO MOVIMENTO FEMINISTA 1367

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE TRANSEXUAIS NA ADI Nº 4.275: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIÁLOGO FILOSÓFICO ENTRE AXEL HONNETH E NANCY FRASER 1378

OS DIREITOS UNIVERSAIS SÃO PARA TODOS/AS? AVANÇOS LEGAIS NA LUTA DAS MULHERES PELOS DIREITOS HUMANOS E SUAS INTERLOCUÇÕES COM A EDUCAÇÃO E O TRABALHO 1387

CULTURA DO ESTUPRO E HERANÇA MISÓGINO-PATRIMONIALISTA NO IMAGINÁRIO LEGISLATIVO BRASILEIRO 1397

GT28: SAÚDE E DESENVOLVIMENTO HUMANO: UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR E INTERSETORIAL 1407

ARTICULAÇÃO ENTRE SAÚDE E DESENVOLVIMENTO HUMANO: LIDERANÇA PARA A QUALIDADE DE VIDA 1408

QUALIDADE DE VIDA E PROMOÇÃO DE MULHERES QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL 1417

GT29: MIGRAÇÕES, CRIMINALIZAÇÃO E URBANIZAÇÃO: ESTUDOS SÓCIO-JURÍDICOS SOBRE O CRIME E O DIREITO PENAL1427

UM OLHAR SOBRE A PROSTITUIÇÃO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO PENAL E DO ESTIGMA DA SOCIEDADE DO MEDO 1428

CRISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO 1442

TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS VISTO COMO ATUAL INIMIGO EXTERNO NO BRASIL E A CORRELAÇÃO COM A TEORIA DA CRIMIGRAÇÃO 1452

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRÁTICA: CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA OU LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA? 1462

IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DE “DRONES” COMO FORMA DE POLICIAMENTO NO BRASIL: MILITARIZAÇÃO DA VIDA URBANA E CONTROLE SOCIAL 1474

GT30: DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 1485

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET 1486

A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR POR MEIO DAS LISTAS SUJAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 1498

GT31: CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO 1509

TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NELES PREVISTOS INTEGRAREM O ROL DE LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL 1510

O IMPACTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO SISTEMA NORMATIVO SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO 1522

GT32: DIREITO E FRATERNIDADE 1532

A MEDIAÇÃO COMO DISCIPLINA OBRIGATÓRIA NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR 1533

A CONTRIBUIÇÃO DA FRATERNIDADE NA CONSTRUÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO BRASILEIRO 1541

TREDICI VOLTE GIOVE LA FRATERNITÀ E I BENI COMUNI DELL'UMANITÀ SU UN PIANETA OSTILE 1551

OS PRESSUPOSTOS DA METATEORIA DO DIREITO FRATERNO E AS PRÁTICAS DE ASSISTÊNCIA AOS REFUGIADOS EM PORTO ALEGRE 1563

A DIMENSÃO RECÍPROCA DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE 1573

FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS: POR UMA MEMÓRIA POLÍTICA INCLUSIVA 1586

SUPERANDO O PRECONCEITO RACIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO 1597

OIT: SOLIDARIEDADE E FRATERNIDADE NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES 1610

GT33: POLÍTICAS DE MEMÓRIA, DIREITOS E CIDADANIA 1622

A ATUALIDADE DA LITERATURA DE TESTEMUNHO DE PRIMO LEVI COMO UM AVISO DE INCÊNDIO PERMANENTE NA HISTÓRIA 1623

GT34: ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA(S): PERSPECTIVAS NAS SOCIEDADES PÓS-COLONIAIS 1630

SISTEMA PENITENCIÁRIO: A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO INCLUSIVO AOS DETENTOS 1631

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO: INDICADORES EDUCACIONAIS NO LITORAL NORTE DO RIO GRANDE DO SUL 1643

FUTEBOL BRASILEIRO: UMA FERRAMENTA NO PROCESSO DESCOLONIAL 1655

IDENTIDADE E MEMÓRIA INDÍGENA: UMA PERSPECTIVA DE RESGATE HISTÓRICO-SOCIAL NO ALTO URUGUAI (COREDE NORTE) 1668

PERSPECTIVAS DECOLONIAIS SOBRE A EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS 1680

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA NO CONTEXTO DO ARTIGO 303, § 2°, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA 1691

CONTROLE SOCIAL: O CIDADÃO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO 1701

A (IM) POSSIBILIDADE DA CANDIDATURA AVULSA SEM EMENDA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1727

NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: AS LIÇÕES DE OTTO BACHOF E O ENTENDIMENTO DO STF 1737

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA DECOLONIALIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 1752

SISTEMA PENITENCIÁRIO: A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO INCLUSIVO AOS DETENTOS 1762

Sociology of Law 2018

GT01: DO DIREITO FLEXÍVEL E NOVAS TECNOLOGIAS NA SOCIEDADE PLURAL

DIREITO DO FUTURO
JUÍZES E ADVOGADOS INTERAGINDO
COM A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Adriano Tacca.

Pós-doutoramento em Direito Público. Professor Universitário (FSG). Advogado.

Gabriela Guazelli.

Acadêmica do Curso de Direito (FSG).

RESUMO: O texto tem como objetivo analisar o diálogo existente entre a Inteligência Artificial - IA e o Direito. Observa-se que a IA ainda é pouco conhecida e discutida popularmente – conhecimento que é importante já que o assunto tende a definir a direção da evolução humana e tem sido visto como o maior evento na história da humanidade. Por isso, acredita-se na necessidade de conceituar e esclarecer o que é a Inteligência Artificial e a presença dela no ambiente jurídico atual, a fim de que se possa ter a real dimensão da importância do assunto e dos possíveis efeitos colaterais desta tecnologia. O artigo empregou os métodos bibliográfico, exploratório, analítico e qualitativo. Nesse sentido, além das fontes bibliográficas, os posicionamentos de grandes personalidades da ciência foram necessários para a construção deste texto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Futuro; Sistema Jurídico; Inteligência Artificial; Sociedade Complexa;

1 Introdução

O cenário tecnológico tem se modificado em uma velocidade extraordinária e a inteligência artificial - IA, antes apenas admirada nos filmes de ficção científica, agora é real. O desenvolvimento de máquinas ou computadores capazes de reproduzir o intelecto humano e até mesmo superá-lo em capacidade de inteligência indica que estamos muito próximos de um admirável e assustador mundo novo – para muitos, o maior evento na história da humanidade.

A inteligência artificial ainda é um assunto pouco conhecido e, para algumas pessoas, até fantasioso. Esse desentendimento popular prejudica e limita as discussões sobre o tema – o que é preocupante já que a inteligência artificial tende a definir a direção da evolução humana. As incertezas sobre os impactos das máquinas inteligentes são desafiadoras e exigem que o ser humano compreenda e atue nesse caminho de evolução.

Diante do exposto, torna-se necessário esclarecer o que compreende a inteligência artificial, analisar a existência de ferramentas de IA já atuantes na sociedade - principalmente no ambiente jurídico -, assim como assimilar as informações e exemplos necessários para possibilitar a reflexão lúcida, estratégica e inteligente sobre os possíveis efeitos desta tecnologia.

2 A realidade reconstruída pelas tecnologias

As revoluções tecnológicas ocorridas na história humana recriam a realidade e transformam o impossível em possível. Nesse sentido, tivemos o fogo, a escrita, a eletricidade e, hoje, a revolução digital. A facilidade de criação, publicação e compartilhamento na internet atualmente nos conduzem a um cenário

hiperinformacional e essa sobrecarga de informação evolui em um ritmo infinitamente maior do que a capacidade de processamento biológico[1].

Tem-se que, no ano de 2016, em um minuto na internet, ocorriam 4,1 milhões de visualizações no YouTube, 29,2 milhões de mensagens no Whatsapp, 156 milhões de e-mails enviados e 46.875 horas de música ouvidas[2]. Eric Schmidit, *Chief Executive Officer* - CEO do Google, afirmou, em 2010 que, em dois dias era produzida a mesma quantidade de informação no mundo quanto no intervalo entre o início da civilização até o ano de 2003. Curiosamente, nesta oportunidade, afirmou ele que o mundo não está preparado para a revolução tecnológica que estará ocorrendo em breve[3].

O arquiteto Buckminster Fuller descreveu, ainda em 1980, através do seu livro Caminho Crítico, a curva de crescimento do conhecimento da humanidade partindo do ano 1 d.C, como transcreveu Martha Gabriel:

> Para o conhecimento dobrar pela primeira vez, foram necessários 1500 anos. A segunda vez que o conhecimento dobrou foi em 1750, levando, portanto, 250 anos para isso (seis vezes menos tempo do que a primeira vez). O ritmo foi acelerando de forma que, em 1900, o conhecimento humano dobrava aproximadamente a cada 100 anos, e no final da 2ª Guerra Mundial, passou a dobrar já a cada 25 anos[4].

Estima-se que hoje o conhecimento esteja dobrando a cada ano e, até 2020, o conhecimento dobrará a cada 12 horas[5]. Vivencia-se atualmente a Era digital, na qual o ser humano cria tecnologias e é transformado por elas[6], como ocorreu nas outras revoluções: o fogo, por exemplo, permitiu que o homem cozinhasse os alimentos e isso alterou o metabolismo corporal que, absorvendo nutrientes diferentes pelo cérebro, melhorou a inteligência humana. Além disso, o fogo proporcionou aquecimento e luz noturna possibilitando transformar os hábitos e costumes. Diante disso, fica evidente que o homem criou o fogo e o fogo acabou por recriar o homem[7].

As revoluções tecnológicas, por sua vez, tendem, inicialmente, a serem desconsideradas, temidas e rejeitadas. Tudo isso porque causam um encantamento excessivo enquanto apresentam um futuro antes desconhecido e, agora, sedutor e deslumbrante. As revoluções tecnológicas são admiradas como magia e apenas com o fim deste encantamento inicial, a análise das possibilidades e ameaças se inicia[8].

A título de exemplo, a eletricidade, através da geladeira, encantou ao produzir as baixas temperaturas – o que até então era inimaginável. No entanto, passado um tempo, o que realmente interessou e foi notado era o quanto a geladeira facilitava a vidas das pessoas e como poderia ser utilizada para viver melhor. Com isso, a criação da geladeira revolucionou a produção de alimentos e o consumo humano[9].

Foram necessários 30 anos para que a eletricidade e suas tecnologias derivadas fossem amplamente compreendidas e utilizadas diante do seu potencial. As tecnologias nos instrumentalizam, transformam nossos pensamentos, nos conduzem a uma nova mentalidade recriando a realidade tida até então. É preciso compreender que, o que importa verdadeiramente, não é a revolução tecnológica em si, mas a transformação que ela causa em nossas vidas. Nesse sentido, Martha Gabriela assevera que "quanto mais rapidamente compreendemos a nova realidade e mudamos nossa mentalidade para o novo modelo de humanidade, mais

---

[1] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.31.

[2] DESJARDINS, Jeff. WHAT HAPPENS IN NA INTERNET MINUTE IN 2016?. Visual Capitalist. Disponível em: < http://www.visualcapitalist.com/what-happens-internet-minute-2016/>. Acesso em: 24 abr. 2018, tradução nossa.

[3] SIEGLER, MG. Eric Schmidt: Every 2 days we create as much information as we did up to 2003. Techrunch. Disponível em: < https://techcrunch.com/2010/08/04/schmidt-data/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

[4] FULLER, Richard Buckminster *apud* GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.129-130.

[5] FULLER, Richard Buckminster *apud* GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 130.

[6] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.07.

[7] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.09.

[8] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.10.

[9] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p.08.

bem-sucedidos nos tornamos nesse novo contexto”[10].

Ademais, apesar das tecnologias sempre trazerem alterações significativas, essas mutações eram observadas primeiramente no ambiente exterior, alheio ao corpo humano, para depois ocasionar transformações biológicas (físicas ou mentais). Contrariamente, a robótica, a inteligência artificial, a biotecnologia e as demais ferramentas presentes na nova Era digital geram impactos sem precedentes na história da humanidade: elas são usadas, implantadas ou aplicadas diretamente no corpo humano e modificam em ritmo vertiginoso o ambiente em que vivemos[11].

Assim ocorre, por exemplo, com as tecnologias da engenharia genética que possuem poderes para transformar a humanidade. Através do mapeamento e da manipulação de DNA, é possível reconfigurar o nosso programa biológico acelerando artificialmente a evolução humana com diversas transformações biológicas e até mesmo adicionar características em nossos genes que muito provavelmente nunca existiriam com a evolução natural do ser humano[12].

Apesar da impossibilidade de prever exatamente o futuro, existem algumas tendências futuras que indicam mudança de mentalidade ou comportamento, para as quais Martha Gabriela dá o nome de “megatendências”. Existem várias megatendências que sobrevêm simultaneamente e indicam onde vamos chegar nesse período de aceleração tecnológica e rápidas transformações sociais, políticas e econômicas no mundo[13]. Kevin Kelly concorda que existem muitas tendências em curso no momento e acredita que uma das principais é a criação de coisas cada vez mais inteligentes, o que ele resume em inteligência artificial[14]. Nesse sentido, Stephen Hawking afirmou durante a maior conferência de tecnologia da Europa – Web Summit -, que estamos “à beira de um admirável mundo novo”[15].

3 As novas interfaces da inteligência artificial

Conseguir criar um ser artificial com as mesmas habilidades humanas faz parte do imaginário mitológico humano há muito tempo - pelo menos desde a Grécia antiga -, mas tornou-se disciplina acadêmica apenas em 1956[16]. No entanto, apesar de ser a grande fronteira desde o invento dos computadores, foi ritmo vertiginoso do crescimento tecnológico desta última década que impulsionou de forma espetacular a concretização desta meta.

A inteligência artificial, para muitos, ainda é um assunto muito novo. Por isso, o desentendimento popular prejudica e até limita as discussões sobre o tema – o que é preocupante já que a inteligência artificial tende a definir a direção da evolução humana. As incertezas sobre os impactos das máquinas inteligentes são desafiadoras e exigem que o ser humano compreenda e atue nesse caminho de evolução[17].

A exemplo disso, enquanto o Vale do Silício celebrava a inteligência artificial e a robótica com a criação de carros sem motorista, robôs cuidadores de idosos e programa de computador que avalia e seleciona candidatos a emprego sem supervisão humana, a pesquisa da Pew Internet Research[18] revelava que

[10] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 08-09.

[11] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 11-13.

[12] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 11- 12.

[13] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 137.

[14] Afirmações de Kevin Kelly em conferência para o TEDTalks. Tradução de Maurício Kakuei Tanaka. Disponível em: < https://www.ted.com/talks/kevin_kelly_how_ai_can_bring_on_a_second_industrial_revolution/transcript?language=pt-br&goal=0_6486cd27b5-64be3132e2-309653013#t-84365>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[15] CAMPOS, Elisa. Stephen Hawking: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. G1. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html >. Acesso em 23 abr. 2018

[16] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 181.

[17] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 180.

[18] O Pew Research Center é um centro de informações apartidário que conduz pesquisas de opinião pública, estudos demográficos, análise de conteúdo e outras pesquisas científicas empíricas, informando publicamente questões, atitudes e tendências que moldam a América e o mundo. Por sua vez, o Internet & American Life é um projeto do Pew Research Center, fonte de autoridade sobre a evolução da internet através de pesquisas que examinam como os americanos utilizam a internet e como essas atividades

70% dos americanos temem que os robôs venham a controlar ou substituir os humanos[19].

Nesse sentido, Martha Gabriela afirma que

> o primeiro passo para se poder lidar de forma lúcida, estratégica e inteligente com qualquer coisa – situação, ideias, problemas, oportunidades, doenças, pessoas, mercado, inteligência artificial etc. – é definir e compreender essa coisa, para depois, em função disso, formar opinião e traçar cursos de ação[20].

Por isso, visando contribuir para a compreensão e discussão sobre a inteligência artificial no ambiente acadêmico de Direito, este artigo se propõe a apresentar os principais conceitos sobre o tema da forma simplificada e acessível, uma vez que a inteligência artificial já faz parte do mundo jurídico e conforme afirma Blay Whitby, é um dos desafios (talvez o mais) empolgante que a humanidade já empreendeu[21]

A Inteligência Artificial (IA) "é a área da Ciência da Computação que lida com o desenvolvimento de máquinas/computadores/programas com capacidade de imitar a inteligência humana"[22]. No entanto, RUSSELL e NORVIG explicam que existem estratégias diferentes de estudo, cada uma delas seguidas por pessoas diferentes com métodos diferentes, mas ao mesmo tempo em auxílio mútuo. Os objetivos diferentes de inteligência apresentadas pelos autores organizam-se em quatro categorias: O pensar e o agir, de forma humana ou racional. Ou seja, alguns estudiosos acreditam que as máquinas deveriam pensar como um humano e outros afirmam que o pensamento da inteligência artificial deve ser racional. Da mesma forma ocorre em relação ao agir. Enquanto parte das pessoas acredita que as máquinas inteligentes deveriam agir como seres humanos, outros acreditam que elas deveriam agir racionalmente[23].

A distinção entre comportamento humano e racional não sugere que os humanos sejam irracionais, emocionalmente instáveis ou insanos. Indica simplesmente a não perfeição dos seres humanos que possuem alguns erros sistemáticos de raciocínio: "nem todos os jogadores de xadrez são grandes mestres e, infelizmente, nem todos os seres humanos conseguem conceito A nos exames" [24]– refere-as à diferença entre modelar seres humanos ou trabalhar a partir de um padrão ideal[25].

Para desenvolver essas características, a inteligência artificial torna-se um assunto multi-inter-trans-disciplinar que se comunica com todas as áreas do conhecimento, além de métodos, algoritmos e técnicas para visão computacional, processamento de linguagem natural, robótica e outros tópicos relacionados[26]. Os autores RUSSELL e NORVIG ratificam essa disciplinariedade na concepção da IA:

Os filósofos (desde 400 a.C.) tornaram a IA concebível, considerando as ideias de que a mente é, em alguns aspectos, semelhante a uma máquina, de que ela opera sobre o conhecimento codificado em alguma linguagem interna e que o pensamento pode ser usado para escolher as ações que deverão ser executadas. Os matemáticos forneceram as ferramentas para manipular declarações de certeza lógica, bem como declarações incertas e probabilísticas. (...). Os economistas formalizaram o problema de tomar decisões que maximizam o resultado esperado para o tomador de decisões. (...). Os engenheiros de computação forneceram máquinas cada vez mais poderosas que tornam possíveis as aplicações de IA[27].

Todos os produtos de inteligência artificial possuem uma classificação quando ao tipo de inteligência que possuem. A inteligência artificial limitada (ANl – *Artificial Narrow Intelligence*), ou, ainda, IA Fraca, é o tipo mais básico de IA porque se especializa em apenas uma área. Esses sistemas são plenamente capazes de trabalhar com uma quantidade imensa de dados e até mesmo fazer cálculos complexos muito rapidamente.

---

afetam as suas vidas.. Disponível em: < http://www.pewinternet.org/about-/>. Acesso em 23 abr. 2018, tradução nossa.

[19] SOLON, Olivia. *More than 70% of US fears robots taking over our lives, survey finds.* Diponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/04/robots-artificial-intelligence-machines-us-survey>. Acesso em: 25 abr. 2018, tradução nossa.

[20] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 180.

[21] WHITBY, Blay. Inteligência artificial: um Guia para iniciantes. Tradução por Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2004, p. 13.

[22] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 185.

[23] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 3-4.

[24] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 3-4.

[25] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 27.

[26] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 186.

[27] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 27.

No entanto, sabem trabalhar especificamente em uma área. São exemplos de ANl, os sistemas que conseguem vencer um campeão de xadrez, fazem reconhecimento facial, e tornam carros autônomos. Esse tipo de inteligência é o que temos disponível hoje[28].

Já a inteligência Artificial Geral (AGI – *Artificial General Intelligence*), IA forte ou IA nível humano, refere-se a um sistema tão inteligente quanto um humano: tem a mesma capacidade intelectual de um humano, ou seja, consegue realizar qualquer atividade inteligente que o homem domine. Já existem muitos computadores com muitas capacidades, mas não ainda nos níveis humanos[29].

Por fim, a classificação como Superinteligência (ASI), que muitas vezes não é considerada um tipo de IA, mas um novo tipo de ser pois esses sistemas possuem um intelecto que supera a inteligência do melhor cérebro humano em praticamente todas as áreas (incluindo criatividade, conhecimentos gerais e habilidades sociais)[30]. Em algum tempo futuro os diálogos com as máquinas se tornarão comuns e não serão mais feitas distinções linguísticas entre pensamentos reais e artificiais, tal como não distingue mais a ureia artificial daquela originalmente orgânica[31]. Martha Gabriel afirma que "É sobre esse tipo hipotético de inteligência artificial que se concentram as principais discussões hoje, pois é dessa área que vêm as promessas mais promissoras e assustadoras para o futuro da humanidade: a imortalidade ou a extinção humanas[32]". Nesse sentido, Stephen Hawking já garantiu que a criação das máquinas pensantes (superinteligentes) é uma verdadeira ameaça à existência humana[33]: "A inteligência artificial pode se mostrar a maior invenção da história da civilização ou a pior. Ainda não sabemos se seremos beneficiados ou destruídos por ela.[34] "

Tem-se, atualmente, o Teste de Turing como uma verdadeira meta da IA. Alan Turing[35], quando questionado se as máquinas poderiam pensar, julgou a pergunta extremamente vaga[36]. Por isso, sugeriu a substituição do questionamento por um teste de inteligência comportamental que consistiria em uma conversação via mensagens digitadas on-line com um interrogador durante cinco minutos. Findo o diálogo, o interrogador deveria adivinhar se a conversação teria ocorrido com uma pessoa ou uma máquina, sendo a máquina vencedora caso enganasse o interrogador durante 30% do tempo[37]. No entanto, muitos filósofos afirmam que o Teste de Turing não certifica que a máquina estaria realmente pensando, mas simulando o pensamento, argumento que foi contestado por Alan Turing com a citação de uma conferência do professor Geoffrey Jefferson: "Somente quando uma máquina conseguir escrever um soneto ou compor um concerto em consequência de ter pensado e sentido emoções, e não pela disposição aleatória de símbolos, poderemos concordar que a máquina vai se equiparar ao cérebro, isto é, se ela não apenas escrever, mas souber que escreveu."

Independente disso, tem-se a certeza de que, em algum momento, não tão distante, serão construídas máquinas superinteligentes, ou seja, mais inteligentes que nós, seres humanos. Sam Harris (autor, filósofo e neurocientista americano) afirmou, durante sua conferência no TEDTalks[38] que não existem motivos para não acreditar em máquinas superinteligentes num futuro próximo. Ele explica essa certeza através de três afirmações e diz que é preciso achar algo de errado com elas para que se possa efetivamente duvidar que a superinteligência artificial exista. A primeira suposição afirma que a inteligência é uma questão de processamento de informação em sistemas físicos - o que não é apenas uma suposição tendo em vista que já

---

[28] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 188.

[29] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 189.

[30] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 190.

[31] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 895

[32] GABRIEL, Martha. Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018, p. 189-190.

[33] JONES, Rory Cellan. Stephen Hawking: Inteligência artificial pode destruir a humanidade. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141202_hawking_inteligencia_pai>. Acesso em: 23 abr. 2018.

[34] CAMPOS, Elisa. Stephen Hawking: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. G1. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html >. Acesso em 23 abr. 2018.

[35] Alan Mathison Turing (1912-1954) era um matemático britânico, pioneiro da computação e considerado o pai da ciência computacional e da inteligência artificial. Disponível em; <>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[36] WHITBY, Blay. Inteligência artificial: um Guia para iniciantes. Tradução por Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2004, p.29-31.

[37] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 889-890.

[38] TED (abreviatura americana de Tecnologia, Entretenimento e Planejamento) é uma série de conferências realizadas na Europa, Ásia e Américas, sem fins lucrativos, que objetivam disseminar ideias.

são construídas inteligências limitadas em máquinas; A segunda suposição é que continuaremos a melhorar nossas máquinas inteligentes - isso simplesmente porque inteligência é a fonte de tudo o que valorizamos e, assim como a automação, são fatores importantes para a humanidade. Segundo ele, senão uma guerra nuclear, uma pandemia global ou qualquer fator que destrua a civilização que conhecemos, não existem motivos que impedirão os avanços da tecnologia permanentemente. Por fim, a terceira suposição é de que não estamos em um pico de inteligência – nem perto disso, inclusive (informações verbais) [39].

Stephen William Hawking, uma das mais brilhantes mentes da ciência moderna afirmava que a criação de máquinas pensantes é uma verdadeira ameaça à existência humana. Hawking utilizava uma forma básica de inteligência artificial que permitia ele se comunicar e, a respeito disso, afirmava que as formas de inteligência artificial desenvolvidas "até agora" teriam se mostrado muito úteis, mas o desenvolvimento total da inteligência artificial poderia significar o fim da raça humana[40]. Na sua manifestação durante a Web Summit, Stephen afirmou que

> Não podemos prever o que seremos capazes de alcançar quando o nosso próprio intelecto for ampliado pela inteligência artificial. Talvez com essa revolução tecnológica possamos reduzir parte dos danos feitos à natureza, erradicar doenças e a pobreza (...) Todos os aspectos de nossas vidas serão transformados. A inteligência artificial pode se mostrar a maior invenção da história da civilização ou a pior. Ainda não sabemos se seremos beneficiados ou destruídos por ela[41].

A preocupação com a explosão de inteligência não é de hoje. Vernor Vinge, professor de matemática e autor de ficção científica afirmou, em 1993, que, "Dentro de trinta anos, teremos os meios tecnológicos para criar um inteligência super-humana. Logo depois, a era humana estará terminada". O escritor de ficção científica, Isaac Asimov (1942) foi o primeiro a abordar a questão preocupante da certeza de que essas máquinas ultrainteligentes sejam o que realmente pretendemos. Para isso, Asimov criou as Três Leis da Robótica: 1. Um robô não pode ferir um ser humano ou, por omissão, permitir que um ser humano sofra algum mal. 2. Um robô deve obedecer ás ordens que lhe sejam dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens contrariem a primeira lei. 3. Um robô deve proteger a sua própria existência desde que tal proteção não entre em conflito com a primeiro ou a segunda lei[42].

No entanto, Russell defende três princípios que contrariam em parte as leis de Asimov. Ele afirma que para que tenhamos computadores úteis, precisamos que eles sejam altruístas (1ª Lei), que queiram alcançar apenas os nossos objetivos (2ª Lei), mas não possuam certeza sobre quais são esses objetivos (3ª Lei) e irão observar todos os humanos para compreender o que realmente queremos – deseja o autor que durante o processo de criação desses computadores, os humanos se tornem pessoas melhores[43].

Para Stephen, a grande solução é estarmos conscientes dos riscos, identificando-os e implementando práticas de gestão - esse é o momento de agir e garantir que a IA seja o que queremos[44]. No entanto, Harris afirma que não temos dimensão do quanto tempo vai demorar para desenvolver a IA de forma segura e, mesmo que fossem 50 anos, ainda assim é muito pouco tempo para conhecer um dos maiores desafios que a espécie humana enfrentará[45] e, de alguma forma, já enfrenta.

---

[39] Afirmações do escritor, filósofo e neurocientista americano Sam Harris em uma conferência do TEDTalks publicada em 19 de 2016. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=8nt3edWLgIg&t=317s>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[40] JONES, Rory Cellan. Stephen Hawking: Inteligência artificial pode destruir a humanidade. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141202_hawking_inteligencia_pai>. Acesso em: 23 abr. 2018.

[41] CAMPOS, Elisa. Stephen Hawking: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. G1. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html >. Acesso em 23 abr. 2018.

[42] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 902-903.

[43] Afirmações de Stuart Russell em conferência para o TEDTalks. Tradução de Maurício Kakuei Tanaka. Disponível em: < https://www.ted.com/talks/stuart_russell_3_principles_for_creating_safer_ai/up-next?language=pt-br#t-994019>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[44] CAMPOS, Elisa. Stephen Hawking: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. G1. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html >. Acesso em 23 abr. 2018.

[45] Afirmações do escritor, filósofo e neurocientista americano Sam Harris em uma conferência do TEDTalks publicada em 19 de 2016. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=8nt3edWLgIg&t=317s>. Acesso em: 05 mai. 2018.

4 A inteligência artificial já está entre nós: sociedade e universo jurídico

A inteligência artificial já está presente em "praticamente todos os setores e serviços da sociedade" fornecendo mais agilidade e eficiência no desenvolvimento das tarefas realizadas até então pelo ser humano. A assistente pessoal inteligente da Apple, Siri, já é uma das ferramentas de IA mais populares[46]. Outras, por sua vez, passam de forma despercebida, como Kevin Kelly exemplifica:

> Muitas vezes, funciona em segundo plano, nas áreas administrativas dos hospitais, onde é usada para diagnóstico por raio X, melhor do que um médico. Está em escritórios jurídicos, onde é usada para examinar provas legais, melhor do que um técnico jurídico. É utilizada para pilotar o avião no qual vocês vieram. Só foi pilotado pelo homem por sete ou oito minutos, e depois pela IA. No Netflix e na Amazon, está em segundo plano, fazendo aquelas recomendações. É o que temos hoje. (...) A calculadora de vocês já é mais esperta do que vocês em aritmética. O GPS de vocês é mais esperto do que vocês em navegação. O Google e o Bing são mais espertos do que vocês em memória de longo prazo.[47]

A inteligência artificial já atua no ambiente jurídico e também no estudantil. O Centro Universitário da Serra Gaúcha – FSG, por exemplo, já utiliza a inteligência artificial para potencializar a aprovação dos estudantes de direito no Exame da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil:

> O Software utiliza informações de inteligência artificial para orientar o usuário no estudo do conteúdo que poderá fazer parte das provas. A plataforma mede o progresso e auxilia na montagem de grades de estudos personalizadas de acordo com a disponibilidade e proficiência do candidato[48].

Na Administração Pública do Brasil, Rosie, um robô criado por um grupo de 10 pessoas e mais de 600 voluntários, foi ensinada sobre o que é um gasto público e o que seria suspeito nele. A inteligência artificial para controle social da administração pública, encontrou mais de 8.276 reembolsos suspeitos de 735 diferentes deputados federais no Brasil, o que totaliza R$3,6 milhões encontrados em reembolsos suspeitos. O portal oficial do projeto relata que foram denunciados "629 reembolsos suspeitos à Câmara dos Deputados, envolvendo 216 deputados diferente e mais de R$378.000,00" [49].

As descobertas de Rosie ainda não ocasionaram a perda do posto dos deputados, mas já obrigaram algumas devoluções de verba, como no caso de um deputado federal, que devolveu R$727,78 referentes a 13 refeições feitas no mesmo dia e pagas com o dinheiro público[50].

No Tribunal de Contas da União, a Alice, um robô, envia para os auditores um e-mail diário com o resumo das centenas de contratações federais publicadas naquele dia. De forma pontual e prestativa, ela já indica quais podem apresentar irregularidades[51]:

> No ar desde fevereiro de 2017, Alice é um acrônimo para Análise de Licitações e Editais. O robozinho lê editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e estatais. Para isso, coleta informações do Diário Oficial e do Comprasnet, o sistema que registra as compras governamentais. A partir daí, ela elabora uma prévia do documento e aponta aos auditores se há indícios de desvios[52].

---

[46] GAMA, Fernando. O que é inteligência artificial? Disponível em: < https://pt.linkedin.com/pulse/o-que-%C3%A9-intelig%C3%AAncia-artificial-fernando-gama-1>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[47] Afirmações de Kevin Kelly em conferência para o TEDTalks. Tradução de Maurício Kakuei Tanaka. Disponível em: < https://www.ted.com/talks/kevin_kelly_how_ai_can_bring_on_a_second_industrial_revolution/transcript?language=pt-br&goal=0_6486cd27b5-64be3132e2-309653013#t-84365>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[48] ZEMINHANI, Marco. FSG irá utilizar inteligência artificial para potencializar aprovações dos estudantes de Direito no Exame da OAB. Disponível em: < http://fsg.br/blog/fsg-ira-utilizar-inteligencia-artificial-para-potencializar-aprovacoes-dos-estudantes-de-direito-no-exame-da-oab/>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[49] OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. Disponível em: < https://serenata.ai/explore/>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[50] MENDONÇA, Heloísa. Rosie, a robô que detecta quando deputados usam mal o dinheiro público. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485199109_260961.html>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[51] GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidade em licitações. G1. Disponível em: < https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[52] GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidade em licitações. G1. Disponível em: < https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-

Enquanto utilizada no Brasil, para fins da Administração Pública, a inteligência artificial também é utilizada na Holanda (e no mundo) para "caçar pedófilos". A instituição internacional de caridade, *Terre des Hommes* (Terra dos Homens – tradução livre), que luta pelos direitos das crianças[53], pretendia chamar atenção não só para a pedofilia, mas para um novo fenômeno mundial que fora batizado como *Webcam Child Sex Tourism*. Ou seja, uma exploração online em salas anônimas de bate-papo, na qual homens remuneram crianças de países pobres para se exibirem através de poses sexuais na webcam[54].

Objetivando combater os pedófilos atuantes neste fenômeno, a instituição criou, em 2013, uma menina virtual para a qual foi dado o nome de Sweetie ("docinho" em português). Com 10 anos de idade, Sweetie é filipina e ficou à disposição na internet pelo período de dez semanas, intervalo em que recebeu o contato de mais de 20 mil homens. Apenas 5% puderam ser identificados, tendo em vista que o processo de identificação fora realizado através de dicas sobre dados pessoais fornecidos, além da fisionomia exposta no webcam[55].

A menina virtual é resultado do estudo de movimentos, expressão e voz de crianças reais, além das técnicas utilizadas para que, quando ligada a webcam, Sweetie reproduzisse uma criança na tela, o que fazia com que fosse impossível distingui-la de uma criança de verdade. Apesar de possivelmente não incriminar os pedófilos porque não é uma vítima real, Sweetie provou que há muitos pedófilos na internet e que não é difícil localizá-los. O diretor, Albert Santbrink afirmou que todas as informações coletadas sobre a identidade e o comportamento dos pedófilos foram repassadas para a Interpol[56].

No entanto, apesar dos bons exemplos, muitas tecnologias novas apresentaram efeitos colaterais negativos não pretendidos que geraram discussões importantes quanto à responsabilidade civil, inclusive. Exemplo disso, foi o caso do atropelamento ocorrido recentemente no Arizona, Estados Unidos: uma mulher de 49 anos faleceu após ser atropelada por um veículo autônomo – sem motorista[57]. Muitas considerações éticas têm sido levantadas sobre a evolução da Inteligência Artificial e muitos outros questionamentos sobre problemas novos que surgem com esta evolução: a perda de empregos, o excesso do tempo de lazer, a utilização de IA para fins indesejáveis, a perda da responsabilidade e, até mesmo, o fim da raça humana[58].

Para José Pastore, presidente do Conselho de Sustentabilidade da Fecomercio SP e um dos maiores especialistas brasileiros sobre trabalho, essa evolução, que ele denomina como "quarta revolução industrial", oferta o risco de afastamento das multinacionais até então com instalação no território brasileiro. Isso porque a precariedade educacional e o excesso de burocracia, somados à distância da fronteira tecnológica e o custo-benefício na produção, ocasionado pelas novas tecnologias, resultaram no interesse de retorno das multinacionais a seus países de origem[59].

Quanto à extinção de vagas de emprego, Pastore afirma que o problema não está no que é criado ou extinto, mas naquilo que passará por grandes transformações: "Será que o país, a escola, as empresas estão preparadas para fazer o ajuste? ". O especialista fundamenta sua crença através da análise da situação de outros países que já possuem intervenção significativa das tecnologias[60]:

---

cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[53] SWEETIE, A MENINA VIRTUAL QUE CAÇOU MAIS DE MIL PEDOFILOS NA INTERNET. **La Parola.** Disponível em: < http://www.laparola.com.br/sweetie-a-menina-virtual-que-cacou-mais-de-mil-pedofilos-na-internet>. Acesso em: 25 abr. 2018.

[54] SWEETIE, A MENINA VIRTUAL QUE CAÇOU MAIS DE MIL PEDOFILOS NA INTERNET. **La Parola.** Disponível em: < http://www.laparola.com.br/sweetie-a-menina-virtual-que-cacou-mais-de-mil-pedofilos-na-internet>. Acesso em: 25 abr. 2018.

[55] AMORIM, Suellen. Associação cria menina virtual para achar pedófilos. Estadão. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/noticias/geral,associacao-cria-menina-virtual-para-achar-pedofilos,1093903>. Acesso em 23 abr. 2018.

[56] ONG da Holanda usa menina virtual de 10 anos para rastrear pedófilos. G1. Disponível em: < http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/11/ong-da-holanda-usa-menina-virtual-de-10-anos-para-rastrear-pedofilos.html>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[57] CANO, Rosa Jiménez. Carro sem motorista da Uber provoca primeiro acidente fatal. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[58] RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 901.

[59] FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. Folha de S.Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[60] FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. Folha de S.Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-

> A literatura mostra que na Alemanha, por exemplo, a velocidade de entrada de robôs é igual ao surgimento de novos empregos. Os EUA estão com 4% de desemprego. O Japão também. Então, essa questão de que destrói não é verdadeira, acho que há empregos que são destruídos e outros são criados, mas tem a grande maioria que se transforma. Então, eu tendo a ter simpatia por isso porque acho mais realista[61].

Na concepção de José Eduardo Chaves Júnior, desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, a tendência é de que grande parte do trabalho seja oferecido através de plataformas digitais, como já ocorre no transporte através da Uber[62]. Pastore menciona que há advogados de ponta elaborando petições com os melhores argumentos possíveis porque já se utilizam da tecnologia para o levantamento de um número significativos de informações. Percebe-se, através deste exemplo, que as tecnologias dispensam certas habilidades humanas e isso, para Pastore, significa a certeza de que a remuneração do ser humano tende a ser postergada ou reduzida em relação ao capital – o que gera desigualdade[63].

Ao contrário, Domenico De Masi, garante que "o aumento de potência da tecnologia é muito mais rápido do que a capacidade de invenção de novos empregos", o que ele acredita que causará redução extremada dos horários de trabalho e a necessária reeducação da sociedade quanto ao uso do tempo livre[64].

O professor da Universidade Hebraica de Jerusalém e autor do livro Sapiens, Yuval Noah Harari, afirma que o avanço da inteligência artificial substituirá os humanos na maioria dos trabalhos existentes atualmente. Não suficiente, o professor afirma que até 2050, as pessoas antes desempregadas, não serão mais empregáveis – o que ele denomina como uma nova classe de pessoas: a dos inúteis[65]. No mesmo sentido de Domenico De Masi que afirma ser necessário que a nova geração aprenda sobre o não trabalho e o aproveitamento do tempo livre para viver bem[66], Harari afirma que as pessoas deverão se envolver em atividades com algum propósito a fim de encontrar significado na vida e não enlouquecer, já que serão, provavelmente, sustentadas por uma renda básica universal e não terão o que fazer o dia todo[67].

Para enfrentar esses inúmeros questionamentos sobre desigualdade de renda, transformação do trabalho e diminuição de emprego, Pastore afirma que alguns países possuem conselhos especializados na formulação de políticas específicas para esse assunto e, outros, promoveram cursos rápidos para que as pessoas conseguissem acompanhar a velocidade das mudanças tecnológicas. Para ele, o Brasil ainda tem muito a fazer diante do sistema educacional precário e o excesso de burocracia que acaba por estimular a automação do negócio[68].

As discussões sobre a inteligência artificial no aspecto jurídico em nosso país ainda são muito superficiais quando comparadas a outros países.

---

diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[61] FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. Folha de S.Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[62] Impacto das plataformas digitais no mercado de trabalho. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=7wRobyFEvzs>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[63] FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. Folha de S.Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

[64] DE MASI, Domenico. O ócio criativo/ entrevista a Maria Serena Palieru; tradução de Léa Manzi. – Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 287.

[65] Uma nova classe de pessoas deve surgir até 2050: a dos inúteis. Época Negócios. Disponível em: < https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/01/uma-nova-classe-de-pessoas-deve-surgir-ate-2050-dos-inuteis.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compartilharDesktop >. Acesso em: 09 mai. 2018.

[66] DE MASI, Domenico. O ócio criativo/ entrevista a Maria Serena Palieru; tradução de Léa Manzi. – Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 287.

[67] Uma nova classe de pessoas deve surgir até 2050: a dos inúteis. Época Negócios. Disponível em: < https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/01/uma-nova-classe-de-pessoas-deve-surgir-ate-2050-dos-inuteis.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compartilharDesktop >. Acesso em: 09 mai. 2018.

[68] FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. Folha de S.Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

5 Considerações finais

O presente texto representa a preocupação com o desconhecimento popular referente à inteligência artificial e os impactos sociais que essa tecnologia tem causado. Mesmo que o conceito de inteligência seja tão variável, a IA ainda é sinônimo de máquinas inteligentes. Com capacidades diversas, a inteligência artificial é a mais recente explosão da evolução tecnológica e tem transformado a sociedade, a comunicação, o trabalho, e até mesmo as expectativas sobre a morte. Isso porque, mesmo que a inteligência artificial torne possível algumas coisas antes inimagináveis, existe o temor de que, quando desenvolvida de forma avançada, ela não esteja alinhada aos objetivos humanos, substitua as pessoas ou, ainda, seja utilizada para fins contrários aos pretendidos originalmente – o que pode comprometer a existência humana.

Essas transformações sociais causadas pela evolução tecnológica, profundas e céleres, exigem que não recuemos em função dos posicionamentos excessivamente positivos ou negativos, mas que procuremos o conhecimento e a informação de forma atenta e consciente a fim de que possamos promover discussões prósperas para a sociedade. Nesse sentido, o estudo multidisciplinar entre as ciências jurídicas e da computação é de extrema importância para que sejam exploradas as diversas discussões que irão advir com a evolução da inteligência artificial: o acesso ás informações cada vez mais estruturadas e sistematizadas, a responsabilidade civil e até mesmo a personalidade e o direito dos futuros robôs com inteligência super-humana. A promoção desses debates é o caminho ideal para uma transformação tecnológica positiva no ambiente jurídico.

6 Referências

Afirmações de Kevin Kelly em conferência para o **TEDTalks**. Tradução de Maurício Kakuei Tanaka. Disponível em: < https://www.ted.com/talks/kevin_kelly_how_ai_can_bring_on_a_second_industrial_revolution/transcript?language=pt-br&goal=0_6486cd27b5-64be3132e2-309653013#t-84365>. Acesso em: 05 mai. 2018.

Afirmações de Stuart Russell em conferência para o **TEDTalks**. Tradução de Maurício Kakuei Tanaka. Disponível em: < https://www.ted.com/talks/stuart_russell_3_principles_for_creating_safer_ai/up-next?language=pt-br#t-994019>. Acesso em: 05 mai. 2018.

Afirmações do escritor, filósofo e neurocientista americano Sam Harris em uma conferência do **TEDTalks** publicada em 19 de 2016. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=8nt3edWLgIg&t=317s>. Acesso em: 05 mai. 2018.

AMORIM, Suellen. Associação cria menina virtual para achar pedófilos. **Estadão**. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/noticias/geral,associacao-cria-menina-virtual-para-achar-pedofilos,1093903>. Acesso em 23 abr. 2018.

CAMPOS, Elisa. Stephen Hawking: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. **G1**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html >. Acesso em 23 abr. 2018.

CANO, Rosa Jiménez. Carro sem motorista da Uber provoca primeiro acidente fatal. **El País**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html>. Acesso em: 05 mai. 2018.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo; entrevista a Maria Serena Palieru**; tradução de Léa Manzi. – Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DESJARDINS, Jeff. WHAT HAPPENS IN NA INTERNET MINUTE IN 2016?. **Visual Capitalist**. Disponível em: < http://www.visualcapitalist.com/what-happens-internet-minute-2016/>. Acesso em: 24 abr. 2018, tradução nossa.

FRAGA, Érica. Novas tecnologias podem provocar saída de multinacionais do Brasil, diz economista. **Folha de S.Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/novas-tecnologias-podem-provocar-saida-de-multinacionais-do-brasil-diz-economista.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

FULLER, Richard Buckminster *apud* GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital**.

São Paulo: Atlas, 2018.

GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital.** São Paulo: Atlas, 2018.

GAMA, Fernando. O que é inteligência artificial? Disponível em: < https://pt.linkedin.com/pulse/o-que-%C3%A9-intelig%C3%AAncia-artificial-fernando-gama-1>. Acesso em: 09 mai. 2018.

GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidade em licitações. **G1**. Disponível em: < https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 09 mai. 2018.

Impacto das plataformas digitais no mercado de trabalho. **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=7wRobyFEvzs>. Acesso em: 09 mai. 2018.

JONES, Rory Cellan. Stephen Hawking: Inteligência artificial pode destruir a humanidade. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141202_hawking_inteligencia_pai>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MARQUES, Shaiala Araujo. Direitos das Máquinas: um futuro novo campo do Direito. **O Futuro das Coisas**. Disponível em: <http://ofuturodascoisas.com/direitos-das-maquinas-um-futuro-novo-campo-do-direito/>. Acesso em: 09 mai. 2018.

MENDONÇA, Heloísa. Rosie, a robô que detecta quando deputados usam mal o dinheiro público. **El País.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485199109_260961.html>. Acesso em: 06 mai. 2018.

ONG da Holanda usa menina virtual de 10 anos para rastrear pedófilos. **G1**. Disponível em: < http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/11/ong-da-holanda-usa-menina-virtual-de-10-anos-para-rastrear-pedofilos.html>. Acesso em: 22 abr. 2018.

OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. Disponível em: < https://serenata.ai/explore/>. Acesso em: 05 mai. 2018.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SIEGLER, MG. Eric Schmidt: Every 2 days we create as much information as we did up to 2003. **Techrunch**. Disponível em: < https://techcrunch.com/2010/08/04/schmidt-data/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SOLON, Olivia. *More than 70% of US fears robots taking over our lives, survey finds.* Diponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/04/robots-artificial-intelligence-machines-us-survey>. Acesso em: 25 abr. 2018, tradução nossa.

SWEETIE, A MENINA VIRTUAL QUE CAÇOU MAIS DE MIL PEDOFILOS NA INTERNET. **La Parola.** Disponível em: < http://www.laparola.com.br/sweetie-a-menina-virtual-que-cacou-mais-de-mil-pedofilos-na-internet>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Uma nova classe de pessoas deve surgir até 2050: a dos inúteis. Época Negócios. Disponível em: < https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/01/uma-nova-classe-de-pessoas-deve-surgir-ate-2050-dos-inuteis.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compartilharDesktop >. Acesso em: 09 mai. 2018.

WHITBY, Blay. **Inteligência artificial: um Guia para iniciantes**. Tradução por Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2004.

ZEMINHANI, Marco. FSG irá utilizar inteligência artificial para potencializar aprovações dos estudantes de Direito no Exame da OAB. Disponível em: < http://fsg.br/blog/fsg-ira-utilizar-inteligencia-artificial-para-potencializar-aprovacoes-dos-estudantes-de-direito-no-exame-da-oab/>. Acesso em: 09 mai. 2018.

AS NOVAS TECNOLOGIAS: UM NOVO PARADIGMA PARA A GESTÃO EDUCACIONAL

Louise de Quadros da Silva, Mestranda em Educação; Universidade LaSalle
louise.quadrosdasila@gmail.com

Paulo Fossatti, Doutor em Educação; Universidade LaSalle
paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

RESUMO: O artigo tem como tema as tecnologias e a gestão educacional. Seu objetivo consiste em suscitar o debate em torno das mudanças na gestão educacional trazidas pelas novas tecnologias. De cunho qualitativo, trata-se de uma revisão de literatura sobre o tema. Os resultados sinalizam que: a) A gestão educacional deve se adaptar às mudanças sociais; b) Existem quatro etapas - garantir o acesso, domínio técnico, domínio pedagógico e gerencial, e soluções inovadoras – para a implantação de tecnologias; c) A gestão educacional precisa estar atenta aos avanços da educação digital e se desenvolver juntamente a estes; d) A pesquisa encontrou cinco principais elementos envolvidos nas mudanças geradas na gestão educacional pelas tecnologias, a saber: Garantia de acesso; Domínio técnico; Domínio pedagógico e gerencial; Soluções inovadoras; Planejamento. É necessário salientar a importância de compreender as alterações de gestão educacional devido às tecnologias, para que se possa fazer melhor uso destes recursos. Para que as tecnologias sejam utilizadas de forma a agregar, auxiliar e facilitar o processo de ensino e aprendizagem, gestão educacional deve adaptar-se aos avanços. Tais mudanças se dão em recursos materiais e humanos.

Palavras-chave: gestão educacional, gestão do ensino superior, tecnologia na educação.

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa versa em torno da gestão educacional e as novas tecnologias. Seu objetivo consiste em suscitar o debate em torno das mudanças na gestão educacional trazidas pelas novas tecnologias. Para tanto, perseguimos a seguinte questão: Como fazer a gestão das novas tecnologias para a educação superior? Este artigo é de caráter qualitativo, que possui como metodologia a pesquisa bibliográfica a partir de Bardin (1977; 2011), Leão (2016) e Gil (2008). Para a análise dos dados nos baseamos nas etapas da análise de conteúdo de Bardin (1977; 2011).

A sociedade tem passado por uma série de avanços tecnológicos, que alteram culturas, hábitos, estilos de vida, modos de pensar, preferências, entre outros assuntos como a forma de ensinar e aprender na educação superior. Vivemos em um momento em que tudo precisa ser mais flexível, as pessoas querem otimizar ao máximo seu tempo e por isso buscam educação de formas mais dinâmicas, interativas e que se adaptem com sua rotina. Assim cresce a procura por formação a distância, com cursos completamente ou parcialmente online, e mesmo que sejam completamente presenciais, espera-se que tenham interação tecnológica a fim de facilitar o entendimento e atrair alunos.

Atualmente, na educação superior, as tecnologias têm sido utilizadas para ilustrar o conteúdo ou adiantar materiais da aula, ou seja, "colocamos tecnologias na universidade e nas escolas, mas, em geral, para continuar fazendo o de sempre – o professor falando e o aluno ouvindo – com um verniz de modernidade" (MORAN, 2004, p. 2). Mas o que precisamos é que as instituições de ensino superior estejam em constante desenvolvimento para poder acompanhar e fazer uso das novas tecnologias. Para isso, a gestão educacional deve preparar-se para os avanços tecnológicos a fim de compreender as ferramentas trazidas por estes e poder utilizá-las de forma correta agregando ao processo de ensino e aprendizagem. Todos os envolvidos têm de ser estimulados e desenvolvidos para a compreensão destes elementos da educação que vem surgindo.

A estrutura do artigo está constituida por quatro tópicos principais. O primeiro deles consiste na abordagem metodológica, que é apresentada logo após esta introdução, descrevendo as etapas percorridas pelos autores nesta pesquisa. O segundo descreve o referencial teórico, o qual aborda conceitos sobre gestão educacional, tecnologias e as questões em torno da relação entre elas. O tópico seguinte trata dos resultados e discussão dos dados encontrados, finalizando com as considerações finais e referências bibliográficas utilizadas.

2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

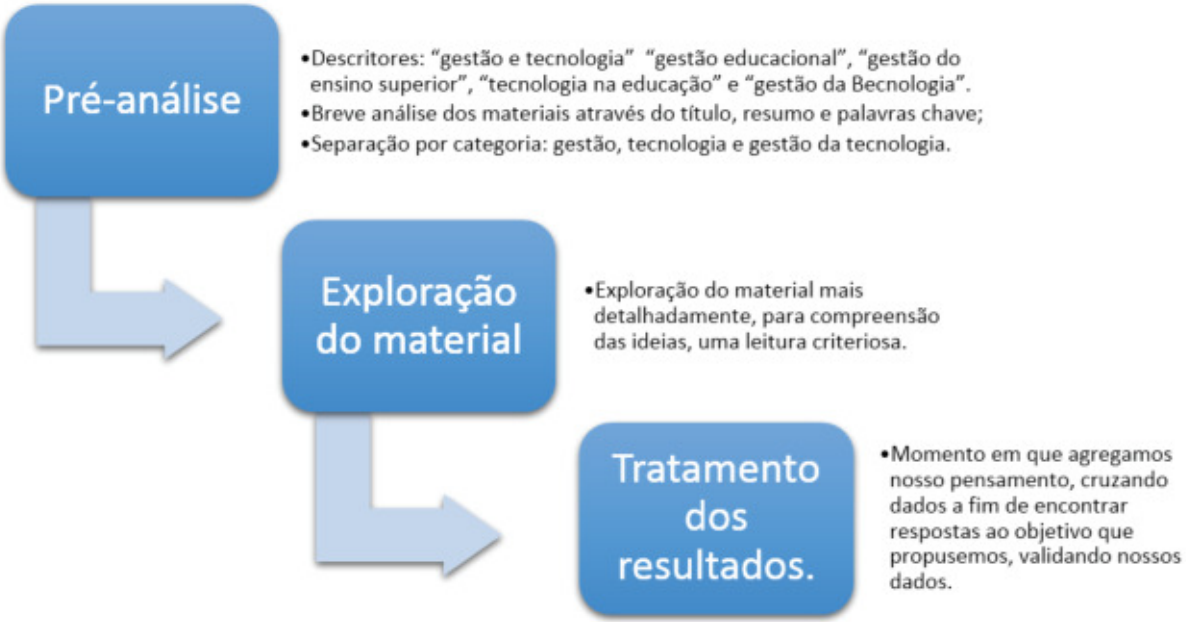
Este trabalho trata-se de uma revisão de literatura que se compõe de artigos, livros, dissertações, entre outros materiais. Tal método de estudo é conceituado por Gil (2008, p. 50) como aquele "desenvolvido a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos". Concordando com este autor, Leão (2016, p. 107) diz que: "A pesquisa bibliográfica é aquela que predominantemente utiliza informações provenientes de material gráfico, sonoro ou informatizado na tentativa de resolver um problema ou adquirir conhecimento sobre um determinado assunto".

Optamos pela revisão de literatura por nos possibilitar uma abrangência maior sobre o campo de estudo, oferecendo condições de reunir uma quantidade maior de conteúdo a partir de outras investigações. Utilizamos materiais já analisados, porém, com uma visão atual e de forma a reorganizar ideias na busca por compreender as alterações que as tecnologias trouxeram para a gestão educacional. Em concordância, Gil (2008, p. 51) fala sobre esta forma de pesquisa, e colabora dizendo que esta tipologia "vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa".

Portanto, utilizando a técnica de análise de conteúdo, passamos por três principais momentos nesta pesquisa, guiados pelas etapas de Bardin (1977, p. 95): "1) a pré-análise; 2) a exploração do material; 3) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação". Sendo assim, primeiramente fizemos a pré-análise, buscando a partir dos descritores "gestão da tecnologia" AND "ensino superior", "gestão educacional" AND "tecnologia na educação". A partir daí, realizamos uma breve análise dos materiais através do título, resumo e palavras-chave, separando-os por categoria – gestão, tecnologia e gestão da tecnologia – pois assim como descreve Bardin (1977, p. 95), está é "a fase de organização propriamente dita. Corresponde a um período de intuições, mas, tem por objectivo tornar operacionais e sistematizar as ideias iniciais [...]".

Na segunda etapa, a exploração do material, foi feita uma leitura mais profunda e criteriosa dos materiais anteriormente selecionados, de forma a compreender os conceitos e as principais ideias dos autores, diferente da fase anterior. Após, no tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação, é que chegamos à compreensão dos conteúdos, momento em que nos colocamos como pesquisadores de forma ativa e cruzamos dados a fim de encontrar respostas ao objetivo que propusemos. Deste modo, Bardin (1977, p. 101) complementa dizendo que esta etapa é compreendida como aquela em que os "resultados brutos são tratados de maneira a serem significativos («falantes») e válidos". Este processo podemos verificar na figura 01 a seguir.

Figura 01 – Etapas do processo metodológico de Bardin



Fonte: Elaboração própria a partir de Bardin, 2011 .

Na análise do conteúdo dos materiais selecionado através das etapas descritas anteriormente, nos embasamos

em Bardin que a descreve tendo como como finalidade "obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens" (BARDIN, 2011, p. 47). Neste processo, adotamos um olhar cuidadoso sobre os conteúdos, para que pudéssemos decidir com pertinência quais materiais manter e quais descartar, em prol da validação da nossa pesquisa para o desenvolvimento do campo.

Para isso, seguimos as quatro regras de Bardin (2011, p. 126-128), sendo elas: Regra da exaustividade: "uma vez definido o campo do corpus [...], é preciso terem-se em conta todos os elementos desse corpus. Por outras palavras, não se pode deixar de fora qualquer um dos elementos por esta ou por aquela razão (dificuldade de acesso, impressão de não-interesse), que não possa ser justificável no plano do rigor"; Regra da representatividade: "análise pode efetuar-se numa amostra desde que o material a isso se preste. A amostragem diz-se rigorosa se a amostra for uma parte representativa do universo inicial. Neste caso os resultados obtidos para a amostra serão generalizados ao todo"; Regra da homogeneidade: "os documentos retidos devem ser homogéneos, quer dizer, devem obedecer a critérios precisos de escolha e não apresentar demasiada singularidade fora destes critérios de escolha"; Regra de pertinência: "os documentos retidos devem ser adequados, enquanto fonte de informação, de modo a corresponderem ao objetivo que suscita a análise".

Após essa compreensão sobre o processo metodológico que elegemos para esta pesquisa, nos seguintes tópicos contextualizamos a gestão com o uso das tecnologias. E no elemento 4 "Tecnologia: um paradigma para a gestão educacional" faremos a análise de dados encontrados nos itens anteriores.

3 A GESTÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS PARA O ENSINO

Neste tópico discutimos o tema da gestão educacional e suas novas tecnologias a partir de três momentos: a) Gestão educacional; b) Mudanças na gestão educacional; e c) Tecnologias na gestão educacional. Os temas estão dispostos desta forma para facilitar a compreensão dos conceitos de gestão educacional, após entendimentos sobre suas mudanças, chegando ao terceiro momento em que buscamos compreender as transformações na gestão, trazidas pelas tecnologias.

3.1 A Gestão educacional

Entende-se por gestão, o ato de guiar processos a partir de conhecimentos técnicos e experiências anteriores no manejo de situações adversas. Assim como conceitua Goergen (2013, p. 40) dizendo que "[...] gestão é criar um ambiente de relações humanas, de partilhamento do espaço e tempo, do uso de recursos pedagógicos e humanos", ou seja, tem o objetivo de conciliar recursos físicos e humanos em busca das melhores formas de educação. No mesmo sentido, Lück (2017) aponta que este processo se caracteriza pela integração social em um trabalho em conjunto que é associado e cooperativo para a análise de situações, tomada de decisão e ação sobre elas, em conformidade aos objetivos da instituição.

Outro autor que conceitua a gestão por uma mesma linha de pensamento é Libâneo (2013, p. 23) considerando-a como responsável por "prover as condições, meios e recursos necessários ao ótimo funcionamento da escola e do trabalho dos professores e alunos na sala de aula, de modo a favorecer a efetiva aprendizagem por todos" (LIBÂNEO, 2013, p. 23). Sendo assim, compreendemos que a gestão é responsável por buscar sempre as melhores condições para o processo de ensino e aprendizagem. O mesmo autor ainda acrescenta que "a gestão é a atividade pela qual são mobilizados meios e procedimentos para atingir os objetivos da organização, envolvendo basicamente os aspectos gerenciais e técnico-administrativos" (LIBÂNEO, 2013, p. 88).

Conforme Libâneo (2013, p.85), "administrar é ato de governar, pôr em prática um conjunto de normas e funções; gerir é administrar, gerenciar, dirigir". Portanto, a gestão não é composta apenas por questões burocráticas, mas também pelo conjunto de tomadas de decisões para uma instituição como um todo, englobando demandas materiais como estrutura, aparatos, documentos, entre outros. Ainda pertencem à gestão os processos humanos como a cultura institucional, as metodologias de ensino, a qualidade de vida dos professores, o clima do ambiente de trabalho e estudo, entre outros. A partir desses teóricos podemos sintetizar os conceitos de gestão educacional no quadro 01.

Quadro 01 - Resumo dos conceitos de gestão

Autor	Conceito de gestão
Goergen (2013)	Atos que buscam a criação de um ambiente de relações, guiando o processo de ensino e aprendizagem a partir do uso de recursos pedagógicos e humanos.
Lück (2017)	Ação em conjunto de forma cooperativa, visando a análise de situação para a escolha das melhores decisões, que estejam alinhadas aos objetivos da instituição.
Libâneo (2013)	Administrar, gerenciar e dirigir são responsabilidades contempladas pela gestão, a qual tem como dever promover os melhores recursos e condições para o processo educacional, favorecendo a aprendizagem.

Fonte: Elaboração própria a partir dos autores, 2018

Compreendemos com estes autores que a gestão vai além de ações administrativas, como setores de contabilidade e financeiro. Esta é responsável também por analisar, discutir e promover mudanças nas áreas humanas, contemplando questões imateriais como a cultura, as metodologias de ensino, o clima entre profissionais e estudantes, entre outros. A gestão também é responsável pelas decisões sobre as metodologias de ensino pelas quais a instituição opta. A seguir veremos contexto atual em que a educação está inserida, abordando as novas tecnologias que têm causado mudanças na gestão educacional.

3.2 Novas Tecnologias e educação

Vivemos um momento em que o avanço tecnológico vem desencadeando uma série de mudanças, crescendo cada vez mais. O perfil do estudante do século XXI busca uma educação bem mais flexível, que possa se adaptar às suas necessidades, o que se percebe pois a "procura por cursos online aumenta surpreendentemente por causa da sua flexibilidade, mobilidade e atemporalidade" (SILVA, 2008, p. 69). Portanto, o educador deve "adquirir a competência da gestão dos tempos a distância combinado com o presencial. O que vale a pena fazer pela Internet, pois ela ajuda a melhorar a aprendizagem, mantém a motivação, traz novas experiências para a classe e enriquece o repertório do grupo" (MORAN, 2004, p. 351).

O ambiente online de aprendizagem é composto pelas interfaces de conteúdo que "são os dispositivos que permitem produzir, disponibilizar e compartilhar conteúdo digitalizado em diversos formatos e linguagens (textos, áudio, imagens estáticas e dinâmicas) " e as interfaces de comunicação que "aquelas reservadas para a interatividade entre os interlocutores" (SANTOS e SILVA, 2009, p. 276). Na pesquisa feita por Vicente e Eidelwein (2016, p. 18), os estudantes relatam que "as tecnologias são importantes para nos ajudar a aprender de um jeito diferente e para podermos fazer pesquisas e trabalhos mais organizados". Os mesmos autores, ao se referirem à educação por meios tecnológicos, compreendem que "[...] a aprendizagem pode ser colaborativa e o ensino deve contemplar a pesquisa, autoria do estudante em ambiente de sala de aula presencial e virtual" (VICENTE e EIDELWEIN, 2016, p. 19).

O progresso tecnológico tem sido extremamente impactante na área educacional e é de responsabilidade da instituição e do corpo docente preparar-se, tanto que Barbosa (2004, p. 187) salienta que a "instituição de ensino tem por obrigação oferecer os meios para o professor se preparar para o uso da tecnologia em seu dia-a-dia". A educação por meio online possui uma ampla gama de possibilidades pois "oferece disposições técnicas que contemplam a expressão de fundamentos essenciais da educação como diálogo, compartilhamento de informações e de opiniões, participação, autoria criativa e colaborativa" (SILVA, 2008, p. 71). Assim como também Vicente e Eidelwein (2016, p. 8) dizem que as tecnologias digitais, na prática docente possibilitam "trabalhar de forma colaborativa, em ambientes presenciais e virtuais de aprendizagem. [...] ampliar as ferramentas de comunicação e colaboração para o ensino a distância".

A tela do computador online "é campo de possibilidades para a ação do sujeito interagente que opera facilmente com outros interagentes a partir de imagens, sons e textos plásticos e dinâmicos em sua condição digital" (SILVA, 2008, p. 69). Tecnologias são ferramentas que tomam um significado diferente, podendo ser modeladas conforme o manuseio das pessoas, considerando suas particularidades além da cultura regional e outros elementos influenciadores. Costa (2003, p. 153) descreve: "Tecnologias são os meios, os apoios, as ferramentas que utilizamos

para que os alunos aprendam. A forma como os organizamos em grupos, em salas, em outros espaços: isso também é tecnologia". Seguem no quadro 02 as ideias destes autores de forma sintetizada.

Quadro 02 – Síntese sobre os conceitos de tecnologia

Autor	**Conceito**
Costa (2003)	Tecnologias são ferramentas, meios ou apoios que tem como objetivo o auxílio na aprendizagem dos alunos. Não apenas ambientes online, mas também formas de organização de turma, grupos e espaços são tecnologia.
Silva (2008).	Tecnologia é um meio de diálogo, participação, troca de ideias, compartilhamentos e participação, de uma forma online, onde o sujeito pode interagir de forma criativa e colaborativa.
Santos e Silva (2009)	O ambiente online para a educação possibilita produzir, disponibilizar e compartilhar conteúdos como áudios, textos, vídeos, imagens, entre outros de forma gratuita e instantânea, além de possibilitar a comunicação entre alunos, professores e comunidade.
Vicente e Eidelwein (2016)	Educação por meios digitais é uma forma de aprendizagem colaborativa, que amplia ferramentas de comunicação para o ensino a distância e deve promover a pesquisa e autoria do estudante.

Fonte: Elaboração própria a partir dos autores, 2018

Verificamos, então, que as novas tecnologias contêm uma série de ferramentas que possibilitam o compartilhamento de dados, troca de informações, discussão sobre assuntos diversos, pesquisa e criação de conteúdos individualmente ou em grupo. Neste sentido, Moran (2004, p. 7) afirma que a "Internet favorece a construção colaborativa, o trabalho conjunto entre professores e alunos, próximos física ou virtualmente". Seguimos agora para um momento de constatação dos principais achados referentes às mudanças na gestão educacional causadas pelas novas tecnologias. Também buscamos contextualizar esse processo de adaptação.

3.3 As novas tecnologias e a gestão educacional

A gestão de uma instituição precisa estar atenta às mudanças da sociedade, pois as alterações de hábitos, costumes, culturas, políticas, entre outros, são elementos responsáveis e influenciadores sociais que precisam ser acompanhados. As instituições de ensino superior têm de evoluir junto à comunidade, desenvolvendo seu modo de pensar, suas ações, seu planejamento educacional, entre outros elementos, assim como a gestão educacional que é o item do qual iremos tratar. Lück (2006, p. 33) descreve a gestão educacional como "uma expressão que ganhou evidencia na literatura e aceitação no contexto educacional, sobretudo a partir da década de 1990, e vem-se constituindo em um conceito comum no discurso de orientação das ações de sistemas de ensino e de escolas".

As novas tecnologias e seus avanços têm interferido em diversas áreas da vida das pessoas, alterando o modo de pensar, se comunicar, se informar e interagir. A partir destas alterações na sociedade, percebe-se que estas também envolveram a educação nessa transformação. Segundo Schons (2016), a gestão de instituições de ensino superior tem dever de promover estratégias de ensino e aprendizagem que possam proporcionar a formação integral do cidadão, e se este está inserido em um mundo tecnológico, logo percebemos a necessidade de uma adaptação na gestão para receber e utilizar da melhor forma possível esta tecnologia.

Com os contínuos avanços da tecnologia, é extremamente importante falarmos sobre o desenvolvimento da instituição assim como de sua gestão para acompanhar tais evoluções da sociedade. Não podemos deixar de pensar no ambiente em que a instituição está inserida ao pensarmos na gestão, pois está inteiramente ligada ao contexto social, assim como Schons (2013, p. 32) constata: "A gestão das instituições de ensino superior está inserida num contexto social, político e ideológico, sendo que desconsiderá-lo é altamente prejudicial à instituição". O mesmo autor acrescenta dizendo que "a gestão acadêmica, em especial a gestão das estratégias de ensino-aprendizagem, contribui para que a instituição seja diferenciada e ofereça o melhor serviço possível à sociedade" (SCHONS, 2013, p. 36).

Novamente trazendo a afirmação de que a gestão precisa atentar ao que a sociedade necessita e buscar seu desenvolvimento de modo que possa acompanhar o desenvolvimento social, Schons (2013, p. 37) salienta que "a gestão de instituições de ensino superior não ocorre de maneira isolada aos fatos históricos e sociais, antes é pressionada por estes". Neste cenário nota-se que "as instituições de ensino têm a responsabilidade de passar por uma reformulação para tornar-

se mais atrativas, interessantes e democráticas" (BARBOSA, 2004, p. 191). A mesma autora complementa afirmando que: "Hoje uma das funções da escola é assegurar a inserção de seus alunos na era digital, mesclando o saber tradicional, como a função de uma mitocôndria, com a utilização, de forma ágil, de um site de busca" (BARBOSA, 2004, p. 187).

Lück (2006, p. 35) conceitua a gestão educacional como "correspondente ao processo de gerir a dinâmica do sistema de ensino como um todo e de coordenação das escolas em específico, afinado com as diretrizes e políticas das educacionais públicas [...]". A mesma autora complementa dizendo que ela "cultiva relações democráticas, fortalecendo princípios comuns de orientação, norteadores da construção da autonomia competente, que e garantem a partir do estabelecimento e cumprimento de normas, leis, princípios e diretrizes comuns" (LÜCK, 2006, p. 45)

Constatamos que a gestão educacional é responsável por proporcionar o melhor ambiente de estudo possível, assim como meios, metodologias e recursos. Barbosa (2004, p. 196) traz um outro aspecto importante a ser valorizado neste processo de incorporação das tecnologias para a educação, sendo: "a montagem de uma sala com vários recursos tecnológicos e acesso à internet à disposição dos professores e dos alunos". Dentre esses autores sobre gestão que contemplam a temática tecnologia, citamos as principais ideias no quadro 03, a seguir:

Quadro 03 – Principais ideias sobre a gestão educacional da tecnologia

Autor	Conceito
Costa (2003)	A gestão educacional tem como responsabilidade preparar a instituição como um todo para o uso de ferramentas tecnológicas para a educação. E isso se dá através de etapas, que são: a) Garantir o acesso; b) Ter domínio técnico; c) Ter domínio pedagógico e gerencial; e d) Soluções inovadoras.
Barbosa (2004)	As instituições de ensino precisam estar em constante desenvolvimento para manter-se atrativas, interessantes e democráticas. Portanto, uma das funções da gestão é assegurar esse desenvolvimento e nessa atualidade digital, proporcionar uma educação tecnológica mesclando o tradicional com a utilização do ambiente online.
Schons (2013)	Gestão em instituições de ensino superior não ocorre de maneira isolada, sendo influenciada pelos fatores históricos e sociais. Tem o dever de promover a formação integral do cidadão, o qual está inserido em um mundo tecnológico, o que pressiona a gestão a adaptar-se a essa nova realidade tecnológica.

Fonte: Elaboração própria a partir de Costa (2003); Barbosa (2004); Schons (2013).

Após essa teorização da gestão, dos avanços tecnológicos para a área educacional e sua influência na gestão educacional, podemos então descrever alguns elementos importantes a serem tratados sobre a inserção das novas tecnologias no processo de ensino e aprendizagem. Veremos a seguir uma lista de itens que elencamos como importantes neste processo adaptação das instituições de ensino superior a esses avanços.

4 NOVAS TECNOLOGIAS: UM PARADIGMA PARA A GESTÃO EDUCACIONAL

Neste tópico abordamos a análise e desenvolvimento de dados a partir dos autores consultados e nossas percepções sobre a temática. Fazemos um apanhado teórico alinhado com as principais ideias que a pesquisa nos apontou. Assim também verificamos as principais mudanças encontradas na gestão educacional, desencadeadas pelas novas tecnologias no processo de ensino e aprendizagem. Atualmente as pessoas buscam um desenvolvimento por completo, e apenas compreender o conteúdo não é mais suficiente, pois

> [...] é importante preparar os alunos para que sejam empreendedores, inovadores, criativos; que tenham um bom conhecimento de si mesmos, uma boa auto-estima e que aprendam a ser cidadãos, com um comportamento ético e preocupação social crescentes. A educação é um desafio cada vez maior. Com as tecnologias avançadas e interligadas, podemos aproximar-nos destes objetivos de formas diferentes a como estávamos acostumados (MORAN, 2004, p. 348)

O desenvolvimento tecnológico tem avançado em diversas áreas como vimos anteriormente, e no campo educacional estas ferramentas são consideradas como meios, metodologias, artefatos, ambientes, entre outros, mas principalmente aqueles que estão conectados à internet. Percebe-se assim que "educação de qualidade hoje se faz com soluções inovadoras pedagógicas, gerenciais e tecnológicas" (MORAN, 2004, p. 355). Este novo conceito de aula, através

de meios digitais, tem se tornado cada vez mais relevante pela procura, por parte dos estudantes, por metodologias de ensino mais flexíveis ao seu dia-a-dia e mais atrativas em relação a sua realidade que é em maioria virtual.

Ferramentas tecnológicas podem ser fontes de metodologias inovadoras de ensino, possibilitando a educação à distância, a interatividade online, a busca por materiais, o compartilhamento de conteúdos, discussão e troca de ideias de forma instantânea entre professores e alunos ou até mesmo com a comunidade e pessoas externas à instituição. Porém, estes são apenas meios, os quais dependem da utilização feita por nós, ou seja, "não podemos ficar deslumbrados com as constantes inovações tecnológicas, o computador não vai educar ninguém sozinho" (BARBOSA, 2004, p. 198). É a gestão educacional que deve preparar seus docentes para inserir a tecnologia em seus planos de aula, da melhor forma possível, pois assim como Moran (2004, p. 349) relata, "A rotina, a repetição, a previsibilidade é uma arma letal para a aprendizagem".

Complementando, Santos e Silva dizem que a prática pedagógica online "envolve o planejamento, a produção e a operatividade de conteúdos e de situações de aprendizagem, que estruturam processos de construção do conhecimento na sala de aula online" (SANTOS; SILVA, 2009, p. 275). Costas (2003) concorda com essa fala, trazendo para a gestão a responsabilidade de se adaptar, capacitar professores e ambientes para a inserção das tecnologias, e descreve em quatro etapas a implantação de tecnologias, a saber:

> Na implantação de tecnologias, o primeiro passo é garantir o acesso. Que elas cheguem aos colégios, que estejam fisicamente presentes ou que professores, alunos e comunidade possam estar conectados. [...] O segundo passo na gestão tecnológica é o domínio técnico. É a capacitação para saber usar, é a destreza que se adquire com a prática. [...] O terceiro passo é o do domínio pedagógico e gerencial. O que podemos fazer com essas tecnologias para facilitar o processo de aprendizagem, para que alunos, professores e pais acessem mais facilmente as informações pertinentes. [...] O quarto passo é o das soluções inovadoras que seriam impossíveis sem essas novas tecnologias (COSTAS, 2003, p. 150-160).

As novas tecnologias têm ganhado cada vez mais espaço na vida das pessoas e por isso não podemos simplesmente ignorá-la no sentido educacional, até mesmo porque ela possibilita uma grande variedade de atividades online que facilitam o processo de ensino e aprendizagem assim como vimos anteriormente neste trabalho. Porém, o processo de implantação e preparação para o uso destas ferramentas digitais deve ser feito de forma muito cuidadosa para que os educadores possam realmente utilizá-las de forma proveitosa. Talvez por este motivo, conforme Moran (2004, p. 348) "Muitos expressam seu receio de que o virtual e as atividades a distância sejam um pretexto para baixar o nível de ensino, para aligeirar a aprendizagem. Tudo depende de como for feito". Portanto, destacamos cinco elementos como os principais a serem observados a partir das mudanças geradas pela educação digital, que podemos ver na figura 02.

Figura 02 – Elementos importantes na gestão educacional com a inserção tecnológica

Fonte: Elaboração própria a partir de Costas (2003) e Santos e Silva (2009) .

A instituição de ensino deve estar atenta às mudanças e buscar sempre se desenvolver em conjunto à comunidade e por isso é responsabilidade da gestão educacional estar também atenta às evoluções e preparar suas metodologias,

ambientes e professores para tais avanços como o da tecnologia. Assim como complementa Moran (2004, p. 349): "A escola pode ser um espaço de inovação, de experimentação saudável de novos caminhos. Não precisamos romper com tudo, mas implementar mudanças e supervisioná-las com equilíbrio e maturidade". Conforme este autor, nenhuma escola está muito à frente com relação ao uso das novas tecnologias, uma vez que estamos todos aprendendo e por isso é preciso experimentar as diversas soluções possíveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a tecnologia não é a solução por si só, mas sim um meio para a solução, ou seja, são ferramentas que o educador pode pesquisar, compreender e se apropriar delas para suas aulas e neste caminho torná-las mais proveitosas. Desta maneira, verifica-se que "[...] não basta ter acesso às tecnologias digitais, é necessário que o professor, ao se apropriar desta linguagem, faça uma reflexão sobre o uso destas tecnologias e, assim, reveja sua metodologia de trabalho" (VICENTE, 2012, p. 101). Moran (2004, p. 348) acrescenta dizendo que "As tecnologias são só apoio, meios. Mas elas nos permitem realizar atividades de aprendizagem de formas diferentes às de antes. Podemos aprender estando juntos em lugares distantes, sem precisarmos estar sempre juntos numa sala para que isso aconteça".

Visto isso, notamos que os avanços tecnológicos têm sido cada vez mais impulsionadores de mudanças globais, estudantes buscam flexibilidade, agilidade e metodologias mais interativas e diversificadas. E essas alterações têm efeito na gestão educacional, pois esta é responsável por buscar o desenvolvimento e a melhora contínua do processo de ensino e aprendizagem dentro da instituição. Conforme nosso objetivo de suscitar o debate em torno das mudanças na gestão educacional trazidas pelas novas tecnologias, encontramos cinco principais elementos envolvidos neste processo, sendo elas: Garantia de acesso; Domínio técnico; Domínio pedagógico e gerencial; Soluções inovadoras; Planejamento.

Para que as novas tecnologias sejam utilizadas de forma a agregar, auxiliar e facilitar o processo de ensino e aprendizagem, é necessário que a gestão educacional se desenvolva para adaptar-se aos avanços. Tais mudanças se dão em recursos materiais e humanos, pois a instituição passa por alterações de ambiente e materiais para a garantia do acesso à rede de internet e outras tecnologias. Além disso, requerem desenvolvimento humano para garantir o domínio técnico, pedagógico e gerencial, o que possibilita sua utilização para soluções inovadoras e planejamento.

Por fim, notamos como uma das limitações desta pesquisa a relação entre a teoria e opiniões de pessoas responsáveis pela gestão que vivenciam essas mudanças, para que pudéssemos comparar os achados teóricos com a realidade vivenciada. Portanto, entendemos que este estudo poderá ter continuidade instigando outras investigações que tragam dados empíricos deste assunto para dialogar com os resultados deste trabalho.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Lisboa: Edições 70 Ltda, 1977.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011

BARBOSA, Jânia do Valle. **Do Giz ao Mouse - A informática no processo de ensino-aprendizagem.** In: COLOMBO, Sônia Simões (Org.). Gestão educacional: uma nova visão. Porto Alegre: Artmed, 2004. 261 p.

COSTAS, Jose Manuel Moran. **Gestão inovadora com tecnologias.** In: VIEIRA, Alexandre Thomaz; ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini de; ALONSO, Myrtes (Org.). Gestão educacional e tecnologia. São Paulo: Avercamp, 2003. 164 p.

GOERGEN, Pedro. **Gestão educacional: entre instrumentalização e formação**. Revista EXITUS, v. 3, n. 1, 2013. Disponível em: < https://goo.gl/2BHZJX>. Acesso em 05/04/2017

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. xvi, 200 p.

LEÃO, Lourdes Meireles. **Metodologia do estudo e pesquisa: facilitando a vida dos estudantes, professores e**

pesquisadores. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. 134 p.

LIBÂNEO, José Carlos. **Organização e gestão da escola: teoria e prática**. 2013, 6ed, São Paulo, Heccus Editora.

LÜCK, Heloísa. **Gestão Educacional: uma Questão Paradigmática**. Petropolis, RJ: Vozes, 2006. Série Cadernos de Gestão.

_____. **A gestão participativa na escola**. Petropolis, RJ: Vozes, 2017. Série Cadernos de Gestão.

MORAN, José Manuel. A contribuição das tecnologias para uma educação inovadora. **Revista Contrapontos**, 2004, Itajaí, v. 4, n. 2, p. 347-356.

_____. Os novos espaços de atuação do professor com as tecnologias. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 4, n.12, p.13-21, maio/ago. 2004.

SANTOS, Edméa Oliveira; SILVA, Marco. Desenho didático para educação online. **Revista iberoamericana de educación**. v. 49, p. 267-287, 2009. Disponível em: <https://rieoei.org/RIE/article/view/683>. Acessado em: 01/04/2018

SCHONS, Manuir. **Gestão de instituições de ensino superior: Estratégias de ensino-aprendizagem na concepção de docentes da educação profissional e tecnológica.** 148 folhas. Pós-graduação em Administração – Universidade Regional de Blumenau (Centro de Ciências Socias aplicadas), Blumenau, 2016.

SILVA, Marco. Cibercultura e educação: a comunicação na sala de aula presencial e online. **Revista FAMECOS (Online)**, v. 37, p. 69-74, 2008. Disponível on-line: <https://goo.gl/zmbKPc>. Acessado em: 26/03/2018

VICENTE, Dilce Eclai de Vargas Gil; EIDELWEIN, Monica Pagel. **Novos lugares para aprender: o google nos polos de apoio presencial do sistema Universidade Aberta do Brasil.** Semina: Ciências Sociais e Humanas, v. 37, n. 1, p. 7–22, 2016

VICENTE, Dilce Eclai de Vargas Gil. **Educação a distância: a experiência de Santo Antônio da Patrulha, RS**. Porto Alegre: Cidadela, 2012.

NOVAS TECNOLOGIAS E SOCIEDADE COMPLEXA

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

pjtrindades@hotmail.com.

Gabriela Samrsla Möller

Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/Cnpq.

gabi.moller@hotmail.com

RESUMO: Na contemporaneidade, em razão da rapidez pela qual são criadas novas tecnologias, importa demonstrar como atua e como pode o direito atuar frente às inovações, pois estas consistem em novos desafios **à ciência jurídica,** postos pelos novos horizontes que o contexto apresenta ao direito. O fenômeno das tecnologias junto ao direito necessita de uma análise hermenêutica-fenomenológica, que permite seja desvelado o fenômeno pela justaposição textual constitucional e contextual. A ciência jurídica constitucional deve atuar pugnando pelo resguardo existencial do ser, uma vez que a lei positiva por si é incapaz de acompanhar e transformar-se na mesma velocidade que a técnica, ciência e as tecnologias. Por isso, necessário entender como o direito pode agir para resguardar os direitos do cidadão posto à sociedade massificada e que produz novas complexidades, pois a sociedade complexa em que se vive exige que o direito esteja preparado para absorver as novas manifestações da ciência tecnológica na sociedade, no sentido de resguardar o *lócus* existencial do ser, na via da Democracia substancial.

Palavras-Chave: Direito; Complexidade; Novas Tecnologias.

Abstract: In contemporary times, due to the speed at which new technologies are created, it is important to demonstrate how the right and the right can act in the face of innovations, since these are new challenges to legal science, set by the new horizons that the context presents to the law. The phenomenon of technologies together with law requires a hermeneutic-phenomenological analysis, which allows the phenomenon to be unveiled by textual and contextual textual juxtaposition. Constitutional juridical science must act in defense of the existential protection of being, since the positive law itself is incapable of accompanying and transforming itself at the same speed as technique, science and technologies. It is therefore necessary to understand how law can act to safeguard the laws of the citizen to the mass society and that produces new complexities, because the complex society in which it lives requires that the law is prepared to absorb the new manifestations of technological science in society, in the sense of safeguarding the existential locus of being, in the way of substantial Democracy.

Keywords: Law; Complexity; New technologies.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos todos os avanços e progressos, ocasionados pelas diversas formas de novas tecnologias criadas, causaram um grande impacto social na vida das pessoas, nas mais diversas formas. Tais impactos das tecnologias na sociedade tornam-se cada vez um maior desafio ao Direito, uma vez que as complexidades são trazidas ao Judiciário e, paralelamente, não há resposta do direito legal para corresponder às pretensoes. Todo esse cenário exige do Jurista um novo tipo de compreensão do fenômeno jurídico,

aceitando que na atualidade a juridicização da vida adere a novos e múltiplos desafios ao direito. Dentre eles, as tecnologias e seus desdobramentos são dimensionadas de diversas formas, frutos da complexidade social e da rapidez do avanço de tecnologias que estão a frente da capacidade de apreensão dos fenômenos por parte do Direito.

Correlaciona-se a presente reflexão acera do núcleo que faz emergir essas novas expressões da tecnologia na sociedade e como o direito pode atuar para preservar os direitos humanos, pois é nítido que o direito posto à normativa clássica, baseada na leitura tradicional da teoria do fato jurídico, não é capaz de absorver esses novos fenômenos que se expressam pela criação tecnológica. A questão é acerca da natureza desses novos conflitos que advem das tecnologias, como estes devem ser absorvidos pelo Judiciário e qual é o preemente futuro que será observado no direito, pois as tecnologias não param de multiplicar e estão cada vez mais presentes de forma visível e invisível na vida do ser.

Um Direito atento ao que se desenvolve em seu redor é o Direito que se apresenta frente à uma sociedade complexa, a qual cria e recria novas complexidades. Uma vez que as tecnologias são indispensáveis ao homem moderno, cumpre ao direito pensar nos fenômenos da *técnica, ciência e tecnologia* como a possibilidade de novos horizontes hermenêutico-fenomenológicos ao direito junto à compreensão judicial.

2 A TECNOLOGIA E SUA INTERVENÇÃO VISÍVEL E INVISÍVEL NO SOCIAL

A sociedade é construída sobre mitos e crenças, para além da compreensão e interpretação racional. Nesse sentido, ao realizar questionamentos sobre a ordem posta, estas não são elevadas ao patamar necessário, pois confrontam diretamente o sistema que rege a sociedade, o qual está estabilizado sobre certas ideias – que não devem ser objeto de questionamento. Nesse panorama, a tecnologia, na sociedade atual, é a crença que se tem acerca de um futuro melhor, mais seguro e de um ambiente mais sadio ao ser humano, podendo-se afirmar que a tecnologia é a base da racionalidade atual.

Todos os desenvolvimentos técnicos foram seguidos de discussões filosóficas, marcados principalmente entre o debate dos realistas e antirrealistas. O envolvimento da filosofia com a ciência subjaz nas questões epistemológicas, uma vez que a ciência e a tecnologia possuem o mesmo tipo de pensamento no que toca à racionalidade, sem ignorar que onde a ciência busca o saber, a tecnologia busca o controle. Tanto a tecnologia quanto a ciência são baseadas na observação empírica e no conhecimento da causalidade natural, porém, o que os diferencia é que a tecnologia não se preocupa com a *verdade*; ao invés, se preocupa com a utilidade.

A história da técnica demonstra as relações que existem entre os ramos da ciência e da indústria, bem como o seu impacto junto ao Estado. A filosofia da técnica analisa os conceitos mesmos de ciência, técnica, inovação produção e sociedade, traçando um conceito sobre o bem e o mal, porém, as técnicas científicas diferenciam-se das técnicas tradicionais por serem nascidas depois da Revolução Científica do século 18 e se fundarem sobre a ciência.

Nos primórdios da humanidade, como na antiga Grécia, não se utilizava conceitos científicos para investigar as propriedades naturais "o fabricante de lentes não usava noções de física, e por isso não era um ótico, mas sim um artesão; o ourives não usava balança e nem termômetro, e por isso não era um químico, mas sim um alquimista" (MASI, 2017. p.230).

No contexto contemporâneo, o objetivo da tecnologia não é o da *techné,* pois ela aparece agora como um instrumento isento de valores, na medida em que não responde a propósitos inerentes, mas somente serve como meio e meta subjetiva provenientes de nossas escolhas. Ao renunciar aos conceitos precisos de tempo – que era cíclico -, espaço, movimento e calor significou por muito aos Gregos afastarem-se da tecnologia.

Somos herdeiros de uma cultura industrial que se desenvolveu com as ciências modernas no século dezessete, com o iluminismo do século dezoito, com o mecanicismo do século dezenove, com a administração científica do século vinte: uma cultura positivista baseada na racionalidade, na mensuração, naquilo que os gregos chamam de *thésis*. Na atualidade, na medida em que as máquinas absorvem grande parte das

atividades desse universo de precisão, os homens estão livres para o que os gregos outrora chamavam de *métis*, onde vige uma razão sensível. (MASI, 2017. p.263)Assim, quando não existiam tecnologias, utilizava-se tão somente o trabalho servil do homem, que era demasiado barato e vasto. A tecnologia trouxe consigo a possibilidade de o homem se aproximar do *homo ludens*; ou seja, a tecnologia pode fazer com que a sociedade caminhe para uma superação do sistema servil até então experimentado, permitindo-se que ele se dedique mais a atividades lúdicas do que fabris.

O que ocorre no século dezenove é que o fluxo principal tem sido da ciência à técnica e desta, por sua vez, à indústria e ao Estado, os quais atuam sobre o público. Os refluxos existem, mas são débeis quando contrapostos em face dos fluxos. Não poderia ser diferente, porque atualmente, antes do desenvolvimento técnico, é necessário que haja conhecimentos científicos. (BUNGE, 2012. p.22)

O humano é originariamente dedicado à técnica para compensar a insuficiência dos próprios órgãos, em uma busca para ampliar as capacidades que possui e objetivando facilitar a construção do mundo do qual a sua existência depende. (GALIMBERTI, 2006. p.174) Nos últimos tempos, porém, o homem aumentou de força expressiva seu poder sobre a natureza e se faz necessário o desenvolvimento de um sentimento de responsabilidade de acordo com este aumento de poder.

> Para isso, não seria ruim se começássemos a contemplar a vida e a natureza em geral com uma atitude mais respeitosa e menos invasiva. Digamos que, considerando- -se ou não que a vida é sagrada (isto dependerá das ideias religiosas de cada um), no que todos podemos concordar é que a natureza não pode ficar reduzida a um mero objeto à nossa disposição. (DIÉGUEZ-LUCENA, 2013)

A disponibilidade de instrumentos marcados pela precisão permitiu que os cientistas alcançassem maiores graus de perfeição, a transformar a técnica em tecnologia. O conjunto desses instrumentos, unidos com a ciência, permitiu que acelerações sociais ocorressem, revolucionado todas as interrelações da sociedade. (MASI, 2017. p.263)

A capacidade inventiva e a criatividade humana têm permitido muitos avanços tecnológicos para melhorar a qualidade de vida dos humanos, como a evolução nas terapias genéticas, em tecnologia de informação, em novas drogas e meios de administração. É imprescindível que seja cobrada a consciência da responsabilidade social do homem, que então poderá evoluir como ser humano. O respeito pela natureza não é retrógado, pelo contrário, é forma de progresso. Grande desafio, nesse sentido é equilibrar esses benefícios com o futuro, ou seja, com a sociedade que pretendemos deixar aos outros. (NEUTZLING, ANDRADE, 2009.p.83).

Antes da confluência ciência e técnica, era a práxis que precedia as ciências antigas, mas isso não vale mais para as técnicas postas a partir do século XIX:

> ...la electrotecnia se inspiró en las investigaciones desinteresadas sobre el electromagnetismo; la electrónica, en las investigaciones sobre rayos catódicos; la ingeniería nuclear, en la física nuclear; los ordenadores se diseñan utilizando la física del estado sólido, que se basa sobre la mecánica cuántica; la química industrial utiliza la química básica, que a su vez usa la física atómica; la agronomía hace uso de la botánica y de la genética; la farmacología utiliza tanta bioquímica como fisiología; la biotecnología aplica biología molecular, hija de la genética; la psicotecnología y la psiquiatría serias se fundan sobre la psicología experimental y la neurocíencia; y todas las sociotécnicas hacen uso, bueno o malo, de la matemática y de las ciencias (mejor dicho, semiciencias) sociales. En resumen, en la sociedad moderna casi siempre la ciencia básica precede a la técnica, la que a su vez precede a la producción." (BUNGE, 2012. p.23-24)

Dado que a sociedade moderna utiliza da técnica como meio para tantas ciências, Bunge critica Jacques Ellul (ELLUL, 2003) e Heidegger (HEIDEGGER, 1997) ao denominar-lhes "tecnofóbicos". Segundo o autor, um mundo sem técnica é um mundo bárbaro, pois os artefatos modernos são a base de sobrevivência do homem – energia, transportes, comunicações, escolas – ressalta que a técnica bem utilizada pode resolver problemas os quais a ignorância técnica somente torna mais difícil de resolver

A questão posta em causa é o controle das técnicas por parte do Estado, para garantir que o ser não sofre com os reveses da técnica. "*Toda innovación técnica es ambivalente por ser tan destructiva como creadora. Semejante caída en desuso de cosas, procesos y habilidades involucra un derroche gigantesco y trágico*

de recursos naturales y humanos. Obviamente, este despilfarro no beneficia a todo el mundo." (BUNGE, 2012.p.32)

Ortega y Gasset (GASSET, 1977.p.39-40) critica a atmosfera de progresso que o homem cria para justificar as evoluções, as quais, ante uma justificação pela justificação, podem incidir em uma involução e em retrocesso: essa seria a faceta da técnica. A busca e causa da genealogia do homem massa (homem satisfeito e ignorante, incivilizado e desagradecido. Incivilizado, pois não é capaz de reconhecer ou apreciar o que significa a civilização, e desagradecido por que, dessa ausência de compreensão, deriva a ausência de qualquer agradecimento) seria a democracia liberal, a experimentação científica e a técnica. A técnica somente justifica-se com *o renovado interesse pela cultura que forma sua matriz*, de modo que ciência, técnica e tecnologia devem estar aliados à cultura humanista.

> ...el hombre es un animal para el cual solo lo supérfluo es necesario. Al pronto parecerá a ustedes esto un poco extraño y sin más valor que el de una frase, pero si repiensan ustedes la cuestión verán como por sí mismos, inevitablemente, llegan a ella. Y esto es essencial para entender la técnica. La técnica es la producción de lo supérfluo: hoy y en la época paleolítica. Es cieramente, el médio para satisfacer las necesidades humanas; ahora podemos aceptar esta fórmula que ayer rechazábamos, porque ahora sahemos que las necesidades humanas son objetivamente supérfluas y que solo se convierten en necesidades para quien necessita el bienestar y para quien vivir es, essencialmente, vivir bien. [...] Hombre, técnica i bienestar son, en última instancia, sinónimos. (GASSET, 1977.p.39-40)

A matéria social consiste em uma grande massa complexa, trespassada por todas as direções por correntes de diferente intensidade e porte. Os processos para que a existência individual seja possível perpassa pela religião, outra, a moral, e uma terceira, o direito. O instrumento para reconhecer no que consiste o própria fenômeno jurídico, por sua vez, é a ciência. (MIRANDA, 1972. p.249) O instrumento de pesquisa do direito são as técnicas. Ou seja, no direito, na vida, as técnicas são os modos pelo qual o homem se utiliza para realizar a ciência, ciência que dará vida às tecnologias.

A questão, então, é a quem beneficia a inovação técnica, e para esta questão a resposta é simples "*...a quienes puedan pagarla y a quienes puedan adaptarse a ella. En el mundo actual estas condiciones excluyen a la gran mayoría de la población.[...] En suma, la innovación técnica puede conducir al aumento de las desigualdades entre individuos, organizaciones y naciones, poniendo así en jaque a la democracia*." (BUNGE, 2012.p.32-33)

3 A ERA DA TECNOLOGIA: NOVOS DESAFIOS AO DIREITO

> La ambición tecnológica nos lleva a rigidizar el mundo para asegurar su efectividad, la disposición científica nos lleva a aceptar la fluidez de la existencia para asegurar su continua oportunidad. (MATURANA, 1997. p. 136)

Notavelmente a angústia cartesiana-mecanicista do século XIX construiu o mundo tal como ele é, mas devido à complexidade do mundo atual (apresentada pelos mais diversos fatores: a globalização, e a ambição e crença desmedida pelos poderes da tecnologia) este apresenta uma singularidade prolixa em trânsito para outras formas de sensibilidade e de razão (WARAT, 2004), tendo como marco as descobertas expostas pela física quântica, passam a influenciar diretamente a ciência como um todo e por consequência lógica a racionalidade centrada na razão que lhe fundamenta, e que lhe dá validez e significação, pois a ciência encontra-se cada vez mais asséptica acerca de enxergar um fundamento último. (VARELA; THOMPSON; ROSCH, 1997. p.169-170) Nossa época, ressalta-se, é a de ascensão da ciência, de modo que a ciência predomina sobre a técnica através da *tecnologia*, estabelecendo uma nova forma de relação entre o homem e o Direito, bem como da proteção humana no ordenamento jurídico.

E qual seria a finalidade da técnica e da tecnologia? A técnica na concepção atual posta pelo homem, não tem fins, como na concepção dos Gregos. Ela se encontra, na atualidade, condicionada pelos diversos fatores humanos que movimentam a sociedade, que por muito podem parecer *obscurecidos* pelos símbolos não desvelados pelo olhar. Cabe ao direito conscientizar as pessoas quanto à nocividade, bem como criar

artimanhas para que a tecnologia não *controle* o mundo social. À técnica não pode ser permitido alienar os homens, e o Direito deve atuar nesse sentido.

Sobretudo, as condições sociais e econômicas que marcam as pautas da pesquisa e inovação exercem certa coerção para aumentar e manter um certo nível de produtividade, para assumir todos os tipos de riscos como necessários, o que cria uma lógica incompatível com a ideia de responsabilidade.

Em razão da apropriação da natureza pelo homem, conforme discorrido acima, passa-se a vislumbrar uma relação de responsabilidade, fundada em uma nova proposição ética que contempla não somente os humanos, mas também a natureza. A responsabilidade por todas as formas de vida nada mais é do que a preservação da condição de existência da humanidade, direcionando o interesse dos homens para com o interesse de todos os seres vivos da natureza, já que todos usufruem do mesmo planeta. No entanto, como são os homens que têm o poder de transformação e a consciência, sua obrigação e responsabilidade torna-se ainda maior. Preservar a natureza significa preservar os seres humanos. (BARRETO, 2009. p. 233-248)

Com a evolução dos eletrônicos, as práticas sociais, inclusive, passam a ser controladas, servindo como base, inclusive, para a manipulação dos dados humanos (*data base)*. Tecnologias como a manipulação genética das sementes e até mesmo a manipulação do próprio gene humano. Com a revelação completa do DNA humano, muito se tem conquistado no que tange à saúde e às fontes vitais para os seres humanas.

Nesse sentido:

> Si la innovación científica y tecnológica nos obliga a recorrer territorios hasta ayer inexplorados o de los que ni siquiera conocíamos su existencia, las novedades no se acaban en la tecnociencia considerada en sí misma, sino que implican la dimensión misma del mundo, las transformaciones de las sociedades y de las personas, las relaciones entre las culturas. La idea misma de los derechos fundamentales debe ser avalada por todas estas situaciones, constantemente sometida a prueba porque el derecho se queda sin fronteras, porque la ciudadanía se incardina en derechos que pertenecen a cada uno en cuanto persona, alejándose así de la soberania nacional a la que estaba ligada de un modo que a alguien le parece todavía necesario. (RODOTÁ, 2014.p.73)

Em meio a todos esses acontecimentos, que indubitavelmente impactam as mais diversas áreas, está especialmente o Direito, pois são geradas transformações das mais diversas formas, seja no que diz respeito aos direitos, ou mesmo aos deveres, mas acima de tudo, essas mudanças despertam questões de incerteza para o futuro jurídico. A tecnologia pode conferir poderes econômicos ou políticos, tanto mais quanto mais avançada for. O poder pode ser exercido ao bem ao mal, como bem discorre Foucault. A potência da combinação da técnica com o poder político é um grande desafio ao Direito.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que estas novas questões surgidas em função de novas tecnologias são "situações-problema cujos limites não poderão ser decididos internamente, estabelecidos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade". (MORAES, 2003. p.61)

4 I CONSEQUENCIAS DAS TECNOLOGIAS JUNTO À SOCIEDADE

Os avanços e progressos provenientes das novas tecnologias a partir do impacto que produzem em cinco setores do âmbito da sociedade, quais sejam: ecológico, econômico, social, cultural e político. (SASTRE, 2001.p.271-286),

Quantos aos *impactos ecol*ógicos, senhala-se a contaminação ambiental, o esgotamente das fontes energéticas, os resíduos radiativos. A alternativa a esse quadro é o impulsionamento das tecnologias de informação ao consumidor para que este se conscientize, o desenvolvimento de novas tecnologias menos danificadoras, etc. No Direito, é importante a abertura da discussão sobre a responsabilidade pelo *risco.*

O impacto econômico em razão das consequências da tecnologia junto à sociedade, por sua vez, apresenta como ponto principal a concentração de empresas e grandes monopólios. Uma das soluções ao cenário posto é o crescimento econômico qualitativo, que deve ser propiciado por todas as esferas do poder, inclusive a jurídica.

No que toca ao impacto social das novas tecnologias, os riscos concentram-se no empobrecimento dos contatos sociais, o isolamento das pessoas e a passividade. A alternativa a esse quadro, discute-se, seria maneiras de explorar as novas formas de comunicação de maneira positiva, reforçando, principalmente, maneiras de participação da sociedade para construção Democrática. Constrói-se, também, junto às novas relações sociais, novas maneiras de o Direito respeitar e resguardar o direito à intimidade.

Quanto ao impacto cultural, os riscos tem relação com a desumanização da cultura a paritr do determinismo tecnológico; o empobrecimento da linguagem e a manipulação da mesma para converte-la em instrumento de domínio. Importante, nesse sentido, conscientizar o homem da maneira em que a tecnologia pode ser útil na medida em que permite um maior acesso ao conhecimento; evitando-se assim que a possibilidade de acesso ao conhecimento e a pluralidade não saia da *possibilidade,* mas se torne realidade.

O impacto político, por fim, tem como principal risco a partir da tecnologia o desenvolvimento bélico, a alienação política, as novas formas de controle e captação de dados, a manipulação da opinião, as notícias falas, a instauração da *pós-verdade*, que culminan, juntos, no desvirtuamento do espírito democrático. Por outro lado, sabe-se que as tecnologias, quando bem utilizadas, são fontes preciosas de informação, discussão e propagação cultural e democrática. O processo político torna-se muito mais claro na medida e que existe uma rede de informações.

Posta a classificação dos principais cursos da sociedade afetados pela tecnologia, ressalta-se que o Direito deve intervir junto às tecnologias para evitar os abusos que inobstam o gozo pleno dos Direitos pela sociedade. Em consequência, não se deve ignorar a voz da tradição. A tradição, a partir de Hans-Georg Gadamer está vinculado à herança histórica que "possui uma autoridade que se tornou anônima" (GADAMER, 1997.p.420-421). A força da tradição, da experiência com o vivido historicamente deverá ser valorizado neste momento da história. Significa dizer que existem antecedentes científicos que produziram resultados catastróficos para o ser humano (GIACOIA, 2013.p.127) e o meio ambiente.

O peso de uma tradição milenar, entendida muitas vezes de maneira estática e como simples representação de uma ordem implícita na natureza mesma e que, em conseguinte, é imutável, faz com que a dimensão temporal do direito não seja relevado: vive-se em um eterno presente, atento ao passado somente quando este dá abrigo ao presente, *despreocupado com o futuro*. O cálculo tradicional realizado sobre a regra leva a acentuar a função de segurança jurídica deste ramo do Direito. A modernidade exige regras calculáveis e isso supõe um Direito estável "*Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambiose conviene en problema en épocas en que la vida social, políticay económica evoluciona muy rápidamente. Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones*". (TRAZEGNIES).

Dada essas consequências, é preciso aprimorar o Direito, no sentido de que "não há Direito sem história" (STRECK, 2006. p. 145), iniciando pela perspectiva hermenêutica, rompendo com a pretensão de se ter sempre a resposta correta, postulado da hermenêutica clássica. Tendo em conta o que a história da humanidade já presenciou e contou para as futuras gerações se faz necessário discutir as suas possíveis implicações sociais, econômicas e políticas, em tempo real. Mas, a experiência passada não parece estar sendo levada em conta e são visíveis as pressões econômicas e políticas no desenvolvimento no desenvolvimento de nano-produtos que são determinantes na trajetória tecnológica.

Ao se referir à *linguagem,* a comunicação é o existenciário que mais sofreu com as mudanças tecnológicas na história. Os novos meios de comunicação permitem uma troca de informação em velocidade não antes vista, bem como permitem que as informações cheguem as pessoas de forma efetiva. Esse cenário altera as relações sociais, a política, a religião, a visão de mundo do ser fazendo com que o ser seja em um mundo virtual "*Desgraciadamente, sólo una pequeña parte del público aprovecha los programas televisivos de calidad. En la mayoría de los casos los nuevos medios de comunicación no sirven para llevar la cultura superior (artística, científica o técnica) a las masas, sino para propagar una pseudocultura producida en escala industrial con propósitos exclusivamente comerciales y políticos*." (BUNGE, 2012.p.29)

RODOTÁ (RODOTÁ, 2014. p.11-12) aponta que no espaço global atual os Direitos se multiplicam e se reduzem, se espaçam e se contraem, redistribuem poderes e são submetidos a sujeições – principalmente a imperativos baseados na segurança e na prepotência do mercado. Os direitos já reconhecidos, na palavra do eminente jurista, são reinterpretados e se juntam a outros novos – há quem pretenda negá-los, inclusive – sobretudo

com a prepotente emergência das necessidades materiais comuns proveniente da influência da inovação científica e tecnológica.

Os direitos germinam de todos os lados, resultado de um vitalismo social que não conseguem ser suportados pelos esquemas institucionais, por esta razão ressalta oportunamente que: "*Los derechos fundamentales se convierten de esa manera en el trámite de otra conexión posible por la que se debe trabajar políticamente, que se encierra en la fórmula «globalización a través de los derechos, no a través de los mercados».*" (RODOTÁ, 2014.p.21)

5 A RESPOSTA CONSTITUCIONAL

Nas palavras de FERRAJOLI (FERRAJOLI, 2008.p.32-34), a ideia contratualista do Direito, formulada por Hobbes e desenvolvida pelo pensamento jurídico ilustrado, é o que dá vazão à concreção da Democracia moderna, na medida em que acerta ao opor-se à Aristóteles quando este fala que *ubi societas, ubi ius*. Hobbes, por sua vez, propunha que o direito é um fenômeno artificial – e não natural – construído pelos homens para a tutela de suas necessidades e direitos naturais. Assim, nessa ideia, natural não é a ideia de direito e Estado, mas sim a *ausência* de direito e Estado.

A natureza conflitiva humana é capaz, organizadamente, a tender a uma ordem social com o fim de se alcançar uma boa convivência. O Direito possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa, de modo que os conflitos que surgem devem ser vistos a partir de uma base que *aceita* e *resolve* o conflito, de forma construtiva. O Direito é uma forma de adaptação social (como a religião, a economia, a ciência, etc)

A Constituição consiste em um sistema de regras substanciais e formais que tem como destinatários próprios os titulares do poder, na busca da Democracia do tipo substancial. (FERRAJOLI, 2008. p.66) O Direito, como sistema social em sentido profundo, é o meio de contrato de uma sociedade com um conjunto de valores em determinado contexto e tempo, porque toda norma é expressão de um valor que pertence ao domínio da realidade. Pode o Direito, assim, autodiferenciar-se ao desenhar novas soluções jurídicas para novos conflitos de interesses.

Os aspectos atuais do normativismo, cingindo em princípios e regras, passou a dotar a Constituição de Abstração e com isso no mínimo a existência pela linguagem é manifestada de forma textual, haja vista o contexto lhes exigir aplicação devido as polissemias de mundo. Essas ampliações fazem com que os fenômenos conflituais (aqui tidos como tecnologias) passem a dotar de uma ampliação do direito subjetivo por um direito subjetivo constitucional, voltado a narrações que se transformam em metáforas vivas, dramas que viram poesias e representam o ser em sua expressão de ser como linguagem no mundo.

Da explicação clássica do Direito, perseguida pelo formalismo da regulação tradicional, tudo muda com o reconhecimento da Constituição como a norma suprema, a qual todas as outras normas estão subordinadas não somente por vínculos formais, mas principalmente substanciais (FERRAJOLI, 2008.p.32-34). Essas normas passam a não ser somente um produto do legislador, mas também uma projeção jurídica do direito. Por essa visão, a fenomenologia mostra-se precípua para que seja constituído o mundo que se vive; ou seja, superada a simples análise da forma, da fisiologia do outro assim como superar a simples análise psicológica realizada em um primeiro momento; quadro responsável por parte das situações que dão cor e vida aos fenômenos conflitológicos de interesse.

A hermenêutica, por sua vez, é a interpretação do fenômeno, e a Constituição detém a carga de existência necessária para resgatar o existir do fenômeno. Assim, não deve ser o objetivo do Direito o de estabelecer novas ordem partindo daquela situação de equilíbrio, como forma de instituir novos "agires", mas sim de se adaptar as complexidades da sociedade e trabalhar nisso sem almejar modifica-las e quebrar essa complexidade que, no fim, é o balanço natural do desequilibro humano plural. Há espaço, assim, para a criação de novos *habitus*, como uma nova forma de se considerar as tecnologias e os novos horizontes que traz ao direito.

As novas tecnologias de informação e de comunicação, conforme exposto, trazem um grande

passo ao Direito na história recente. Para entender a tecnologia em suas diversas expressões como objeto de regulação, ou permitir que assim seja feita, é necessário questionar a resposta jurídica a esses casos, proveniente de uma interpretação constitucional consubstanciada em técnicas de controle e de reparação contra a violação dos direitos humanos.

O momento vivenciado hoje pelo homem é o de "*revolução dos bens comuns*" (RODOTÀ, 2014. p.22) que vai muito mais além da relação propriedade privada/propriedade pública, o que mostra a conexão cada vez mis forte entre as pessoas e o mundo exterior e as pessoas entre si. A revolução da tecnociência, não somente redesenha a relação entre o humano e o não-humano, mas também faz com que se entre no território do pós-humano e do trans-humano, de novas interações entre corpo e máquina, da expansão de capacidades de cada qual.

Por isso que se queremos melhorar as condições de vida, ampliar a democracia e assegurar a saúde, segurança – e sobrevivência – do humano, é necessário redesenham e reformar a sociedade de modo que a inovação tecnológica seja controlada de maneira inteligente por todos os interessados. Nada mais é do que a atuação Democrática em mais um grupo que atua diretamente na sociedade. (BUNGE, 2012. p.47)

Nesse novo contexto que é amplamente dinâmico, tendo como ponto principal as inovações científicas e tecnológicas, faz com que chegue ao juiz muitas demandas sociais que o legislador mesmo transfere ao juiz – como em um consciente e silencioso processo de delegação. A jurisdição passa assim a proceder à seleção das demandas assumindo também uma "função representativa". A jurisdição, no cenário atual, se faz presente direta ou indiretamente na consideração dessa ausência política ou do desrespeito à normativa constitucional.

Nesse sentido, ocorre um sem número de possibilidade e aderência de direitosno ordenamento jurídico, restando a presente reflexão: "*la cuestión sobre la naturaleza de los nuevos derechos está en si hay que sacarlos fuera del consolidado cuadro de los derechos, o bien si hay que poner en tela de juicio su naturaleza, la posibilidad misma de incorporarlos a los derechos*." (RODOTÀ, 2014. p.41), ou seja, devem os direitos ser incorporados fora dos quadros de direito já positivados (criação de novas leis) ou, por sua natureza, podem ser incorporados junto à interpretação do direito.

O renovado espaço à interpretação, para lidar com questões como a proposta, não encontra justificação apenas nas exigências de legitimação da justiça constitucional, senão também em razão do surgimento de uma compreensão cultural da Constituição e do direito, que não reconhece mais somente às regras a capacidade de responder as demais de justiça que provém de uma sociedade pluralista e que comporta um repensar das categorias jurídicas tradicionais. (GROPPI)

Nesse cenário, a democracia é "*como uma dimensão simbólica da política que se abre interrogativamente em direção a um futuro visto como problema e não como certeza*", compreendida como "*instância do imaginário social que não se aliena na representação já adquirida do devir*." (WARAT, 1955. P.72-73) O direito é algo em constante movimento por ser ritmo de vida e adaptação existencial/social.

6 CONCLUSÃO

A sociedade está em constante mudança, de maneira que o grande desafio ao Direito é conseguir absorver os fenômenos que impactam no social e que, por vezes, não estão regulados. Diante dessa realidade, o Direito deve-se valer de uma nova visão que seja capaz de cruzar diferentes ciências (biológicas, econômicas, jurídicas, humanas) para que desvele os fenômenos plenamente, sem que a velha normativa impeça de decantar as novas expressões das tecnologias.

A tecnologia pode ser tanto valiosa quanto ser nociva, por isso é preciso submete-la a controles morais e sociais. Ensina Engelmann (ENGELMANN, 2010. p.303) , que mais do que em nenhum outro momento da história, é necessária a prática da virtude e da *phrónesis* para perpassar as questões e as respostas que estarão sendo levantadas de hoje para o futuro, sem descuidar de valorizar a aprendizagem oriunda do horizonte histórico da tradição humana já vivenciada no passado.

Nesse sentido, a função do direito é permitir a coexistência humana, que se descubra preceitos que sirvam à prosperidade e à paz entre os homens, que se preparem as inteligências e os sentimentos para que recepcionem rapidamente as conquistas (MIRANDA, 1919. p.183), nesse caso, *conquistas tecnológicas*. Assim, percebe-se que o papel do Direito precisa ser revisado, especialmente porque os novos riscos não se adéquam às exigências de segurança e previsibilidade que o Direito tanto idolatra. No lugar delas, entram a capacidade do jurídico em responder adequadamente e em tempo razoável às demandas e direitos/deveres projetados na sociedade

Direito e Democracia consistem nessa obra de ligar entre si, livremente, os homens. Não se trata, assim, de *religare* pela religião, ou por convicções em comum, ou ligar por fora sem que haja conexão interna " Isso exige permanente transição, porém transição que constitui amontoamento de ciência, de técnica, de economia de esforços, de multiplicação da produtividade, de tudo que a inteligência faz dominado as forças." (MIRANDA, 1979. p.183).

> Essa história mostra que, se é verdade que o Direito é uma técnica entre outras, não é uma técnica como as outras. Ele permitiu tornar humanamente vivível e usar técnicas novas sem ser destruído por elas. Interposto entre o Homem e a máquina, ele serviu para proteger o Homem das fantasias de onipotência gera das pela potência das máquinas. Ferramenta interposta entre o Homem e suas representações, trate-se das representações mentais (a fala) ou materiais (as ferramentas), o Direito cumpre assim uma função dogmática - de interposição e de proibição. Essa função confere -lhe um lugar singular no mundo das técnicas: **a de uma técnica de humanização da técnica.** (SUPIOT, 1997. p.143)

Isto posto, o fenômeno da tecnologia possui várias vertentes a ser levada em consideração, principalmente sua relação com os direitos humanos e fundamentais do ser, do meio ambiente, posto que é da constituição humana as formas diferenciadas pela qual difundem os conflitos que emergem as novas necessidades e pela qual essas novas emergências humanas devem ser analisadas, no sentido de respeitar o núcleo existencial humano e permitir que o direito funcione como adaptação social e coexistência humana.

Referências

BUNGE, Mario. **Filosofía de la Tecnología y otros ensayos.** Peru: Fondo Editorial de la UIGV, 2012.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

DIÉGUEZ-LUCENA, Antonio. **Biotecnologia e Responsabilidade – para além do prometeu moderno**. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5210-antonio-dieguez-lucena. Acessado em: 21/03/2018.

ELLUL, Jacques. **La edad de la técnica**.Barcelona: Ediciones Octaedro, 2003.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do "Diálogo entre as Fontes do Direito": abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Direitos Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta , 2008.

GADAMER, Hans Georg. **El estado oculto de la salud**. Barcelona: 2001, Gedisa.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. v. 1. § 285.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne:** o homem na idade da técnica.São Paulo: Paulus, 2006.

GASSET, José Órtega y,.**Meditación de la técnica.** Madrid: Revista de Occidente, 1977.

GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y Derecho**. Peru: Editorial Themis, 1993.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"? Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte

Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: < http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>. Acessado em: 05/02/2018.

HEIDEGGER, Martin. **Filosofía, Ciencia y Técnica**. 1997. Santiago de Chile: Editorial Universitario.

MASI, Domenico de. **Alfabeto da Sociedade Desorientada**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

MATURANA, Humberto**. La Objetividad**. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MIRANDA, Pontes de. ***Sistema de Ciência Positiva do Direito***. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeior: Borsoi, 1970.

MIRANDA, Pontes. **Democracia, Liberdade, Igualdade** (Os Três Caminhos). 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1979.

RODOTÀ, Stefano. El Derecho a Tener Derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SASTRE, Rafael González-Tablas. **El Derecho y las Nuevas Tecnologias.** En: Anuario Jurídico de La Rioja. 2001.

SICHES, Luis Recasens. **Los Temas de la Filosofía del Derecho:** en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934.

STRECK, Lenio Luiz. Direito. O conceito de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

VARELA, Francisco J. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

_____. **Territórios Desconhecidos**: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ECONOMIA EM REDE E COORDENAÇÃO DE COLETIVIDADES ECONÔMICAS

Arnaldo Rizzardo Filho

Mestre em Direito pela UNISINOS.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

pjtrindades@hotmail.com

Gabriela Samrsla Möller

Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/Cnpq.

gabi.moller@hotmail.com

RESUMO: Este texto tratará dos seguintes temas relacionados: "economia em rede", "inteligência coletiva" e "coordenação enquanto obrigação contratual". Primeiramente, serão apresentados dois modelos de redes: as redes empresariais e as redes de compartilhamento. A questão se abrirá para a dimensão coletiva da relação e racionalidade das redes. Como é possível que individualidades cooperem para formar coletividades econômica? Através da função de governança da rede, que emerge como elemento diferenciado da nova economia. Para o direito, essa questão qualifica-se como uma dimensão implícita das obrigações contratuais dos negócios formatados em redes, e suas características relacionais e autopoiéticas retratam o dever de governança enquanto função jurídica diferenciada responsável pela coordenação do dos entes coletivos que cooperam na economia.

1 Introdução: a sociedade e a economia em rede

Eventos econômicos, políticos, jurídicos ou recreativos são, muitas vezes, impossíveis, difíceis ou custosos demais para realização individual. Ações coletivas são pensadas e realizadas das formas mais variadas para tornar possível o impossível, ou mais barato o que é muito custoso.

A economia aos poucos perde seu exclusivo formato industrial para também se desenvolver por eventos em formato de redes[1]. Uma grande mudança ocorre no substrato social. Os efeitos da digitalização da comunicação para a economia são estruturais, e resultam em questões novas que precisam ser pensadas sob uma lógica nova.

Castells[2] afirma que nas sociedades contemporâneas, principalmente aquelas cuja organização política segue o modelo ocidental, as ações coletivas se desenvolvem através de redes de relacionamentos.

Todeva e Knoke (2005, p. 3) entendem que negócio em rede é um conceito essencial na atualidade. Redes constituem a morfologia da sociedade contemporânea, e suas lógicas modificam substancialmente

[1] BENKLER, Y. Sharing Nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production. **The Yale Law Journal**, Vol. 114, 2004, pp. 273-358.

[2] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p.497.

a operação e os resultados dos processos culturais. A sociedade de hoje se movimenta em rede, e nesses empreendimentos as relações sociais adquirem contingências e complexidades jamais experimentadas.

A questão nova se identifica com a revolução tecnológica do final dos anos setenta, e da consequente explosão das empresas *pontocom* nos anos noventa. Em "A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo", Max Weber demonstrou como as transformações culturais e institucionais introduzem novos sentidos na economia e na sociedade em geral. Uma nova sociedade surge quando uma transformação estrutural é observada nas relações sociais[3], e a atual estrutura social é composta de redes nos mais variados campos.

Castells[4] explica que para se abrir novos mercados, conectando segmentos econômicos em rede global, o capital necessitou de mobilidade extrema, e as empresas precisaram de capacidade de informação também extrema. A relação entre a desregulamentação dos mercados e as novas tecnologias da informação proporcionou essas condições, pois ao estender seu alcance à amplitude global, o capital, os capitalistas e as empresas capitalistas como um todo aumentaram substancialmente sua lucratividade.

A atual economia é global em face dos reflexos da revolução digital para a comunicação [5],[6],[7]. A economia global possui componentes com capacidade institucional, organizacional e tecnológica para conectar diversos empreendimentos em unidade e tempo.

No interesse econômico desde sempre está imbricada a necessidade de otimização, de produzir mais por menos. É justamente aí que se insere o negócio das redes: produzir mais, esgotando a capacidade excedente que potencialmente existe em cada negócio e propriedades, repartindo os lucros e consequentemente os custos na coletividade da organização.

A partir de redes empresariais e redes de compartilhamento, a cooperação entre organizações emerge como um tipo especial de relação econômica, tão importante quanto as relações de troca e de concorrência[8]. É justamente a cooperação, ou colaboração, a característica mais marcante do relacionamento que permite a formação de redes.

2 As redes empresariais

Redes empresariais são coletividades de organizações econômicas autônomas, que se coordenam objetivando o crescimento econômico, partilhando os riscos, custos e lucros. São, portanto, organizações de organizações (ou, em termos luhmannianos, organizações de segunda ordem).

Significa, em termos estritamente econômicos, dividir com outros empresários os passivos de implementação de um negócio[9]. A partir de alianças, um negócio passa a ser desenvolvido por uma rede de atores.

Balestrin e Verschoore[10] identificam essa organização interempresarial como "redes de cooperação", e se caracterizam por serem estruturas interorganizacionais dinâmicas que geram condições para a cooperação econômica entre agentes.

Castells[11] define o fenômeno como "empresas em rede", e o explica como sendo um sistema de meios estruturados com o propósito de alcançar objetivos coletivos, diferenciado das tradicionais organizações burocráticas cujo objetivo é apenas reproduzir seus próprios sistema de meios.

---

[3] CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.416.
[4] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p.137-138.
[5] LÉVY, Pierre. **A Inteligência coletiva**. Edições Loyola, 2007.
[6] LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.
[7] LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
[8] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 254.
[9] ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**: grupos y redes de contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 43 e ss.
[10] BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de Cooperação Empresarial**-: Estratégias de Gestão na Nova Economia. Bookman Editora, 2016. p.78.
[11] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p.232.

Para Castells[12] se trata de uma forma específica de empreendimento cujo sistema de meios é constituído pela intersecção de segmentos de sistemas autônomos de objetivos. Nesse conceito os componentes das redes são ao mesmo tempo autônomos e dependentes em relação às redes, e podem ser parte de outras redes e, portanto, de outros sistemas de meios destinados a outro objetivo.

O desempenho de uma determinada rede depende de seus atributos fundamentais: conectividade enquanto capacidade estrutural que facilita a comunicação entre seus componentes, e coerência enquanto existência de interesses compartilhados entre os objetivos da rede e de seus componentes constituintes.

As principais configurações de redes, segundo Balestrin e Verschoore[13] são as redes de fornecimentos, consórcios e redes associativas. As primeiras focam nas competências essenciais da empresa líder, ficando as atividades paralelas e complementares, como o fornecimento dos produtos ou serviços elaborados, a cargo de outras empresas com função específica para tanto. Os consórcios se tratam de uniões entre empresas para a consecução de uma atividade que não seria executada de forma individual, por insuficiência técnica ou econômica. Já as redes associativas funcionam como um associativismo empresarial para fins de redução das dificuldades inerentes da economia e do mercado.

No Brasil, é possível formatar redes contratuais entre empresas a partir de contratos legalmente tipificados, como os de franquia, de representação comercial, de concessão comercial e de distribuição. Existem outros contratos não tipificados, como o de exploração de *know how*, as *joint ventures*, e as parcerias em geral.

Estruturalmente, pode-se dizer que as redes são multilaterais, sejam elas formatadas a partir da adesão a uma associação, ou pelos diversos modelos contratuais bilaterais que possuem identidade coletiva – p. ex., contrato de franquias e de destruições. Os contratos aptos a formatarem redes são relacionais, ou seja, de longa duração, e naturalmente com uma grande dose de implicitude.

A materialidade da rede [14]é, portanto, coletiva, cooperada e coordenada.[15] Coletiva porque depende da multilateralidade de atores para haver a interseção de nós que as formam. Cooperada porque os parceiros das redes não competem entre si, eles cooperam para formar a coletividade e então competir com a concorrência que obviamente não faz parte da rede, e relações de competição tendem a ser instantâneas, enquanto relações de cooperação tendem a durar no tempo. E coordenada porque coletividades de atores econômicos não cooperam espontânea e altruisticamente, elas visam a eficácia econômica e tal objeto é alcançado por uma coordenação racional em nível de rede, que representa a coordenação da coletividade que coopera.

3 O compartilhamento econômico

Conforme esclarecem Souza e Lemos[16], a economia do compartilhamento constitui uma nova etapa no processo de desenvolvimento econômico, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa e acúmulo de bens. No momento em que o mercado se encontra saturado e o tema da sustentabilidade ganha cada vez mais força, a nova lógica está em compartilhar o que já existe, diminuindo os custos e a produção.

Essa virada, que dá realce ao acesso e uso de um bem, em vez da aquisição de sua propriedade, é baseada no uso da tecnologia da informação para compartilhar as capacidades excedentes de produtos e serviços.

Nesse sentido, havendo compartilhamento, e não compra e venda ou prestação de serviços, há uma

---

[12] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p.232.

[13] BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de Cooperação Empresarial**-: Estratégias de Gestão na Nova Economia. Bookman Editora, 2016.

[14] ROPPO, Enzo. **O contrato**, trad. Coimbra, Almedina, 1988.

[15] BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de Cooperação Empresarial**-: Estratégias de Gestão na Nova Economia. Bookman Editora, 2016.

[16] DE SOUZA, Carlos Affonso Pereira; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1757-1777, 2016.

horizontalização das relações comerciais, que deixam de serem competitivas para serem cooperativas.

Para Abramovay[17], o compartilhamento econômico descentraliza as relações comerciais (se na sociedade industrial a concentração de recursos era fundamental para a eficiência econômica, no modelo compartilhado os recursos, em regra, são daqueles situados na periferia da rede), reduz os custos de transação, e requer um relacionamento baseado na confiança.

3.1 O compartilhamento econômico entre pares

A organização em formato de rede também permite o fenômeno do compartilhamento econômico. *Peers-to-peers* e *peers inc.* são os modelos a seres analisados. Começa-se pelo *peers-to-peers*.

Basicamente, *peers-to-peers* representa uma arquitetura de redes de computadores, onde cada ponto ou nó da rede é, ao mesmo tempo, cliente e servidor, a partir do compartilhamento de serviços e dados, e sem a figura do servidor central.

Na economia, a expressão é utilizada para representar a organização entre indivíduos com interesses semelhantes que interagem, normalmente por meio de plataformas *online*, retirando tradicionais intermediários de mercado.

O primeiro negócio formatado nessa categoria foram o empréstimo de pessoa a pessoa (*peer-to-peer lending*) em 2005, na Inglaterra. Numa visão simplória, pode-se descrever a operação bancária da seguinte maneira: uma instituição financeira opera pagando uma rentabilidade para seus investidores, e cobrando outra de seus devedores. O *spread*, ou seja, a diferença entre o que os bancos pagam na captação de recursos e o que eles cobram ao conceder empréstimos (margem) é a configuração básica da economia bancária tradicional.

A *peer-to-peer lending* é um modelo que elimina o *spread* ao eliminar o banco, fazendo uma ligação direta entre investidor e tomador de crédito. Segundo dados de Morgan Stanley, espera-se que no ano de 2020 esse modelo de empréstimo movimente 500 bilhões de dólares.

O modelo *peers-to-peers* também está sendo utilizado pelas companhias de seguros. Primeiramente desenvolvido na Alemanha (pela seguradora Friendsurance), e depois nos Estados Unidos (pela seguradora Lemonade), trata-se de uma coletividade de pessoas que desejam adquirir um seguro, normalmente residencial, mas que individualmente consideradas não possuem recursos financeiros para arcar com os custos. A coletividade então procura um aplicativo de corretora de seguros que oferece o seguro online. Sobre os custos do seguro, uma parte do prêmio é reservada para garantir o risco, e outra parte fica com a corretora para despesas administrativas e garantia de um fundo. Se não houver sinistro, ou apenas pequenos eventos, os membros do grupo recebem um retorno do valor investido no ano fiscal seguinte. Quando acontece um sinistro o valor é retirado deste fundo formado com os depósitos da coletividade, e o retorno financeiro diminui para todos. No caso de sinistros maiores, a seguradora cobre. Normalmente, a corretora contrata um seguro de *stop-loss* para o caso de ocorrerem vários sinistros maiores no grupo. Na essência, trata-se do mais puro mutualismo.

Um exemplo mais presente de estrutura *peers-to-peers* é o aplicativo para motoristas *Waze*, disponível para smartphones. Trata-se de um aplicativo de navegação que funciona de maneira diferente dos tradicionais GPS, apresentando a melhor rota em face do trânsito no percurso. O sistema faz o cálculo com base em dados de velocidade das vias. Os dados obtidos vêm de outros motoristas que estão colaborando com informações de tráfego em tempo real, simplesmente por usarem o aplicativo. Ocorre o compartilhamento de informações.

---

[17] ABRAMOVAY, Ricardo. **A Economia Híbrida do Século XXI**. in COSTA, Eliane; AGUSTINI, Gabriela (orgs) De Baixo para Cima. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2014; pp. 104/131.

3.2 O compartilhamento econômico entre pares incorporados

Outro formato de economia compartilhada é o *peers inc.*, que se trata, segundo Robin Chase[18], de uma estrutura de rede composta por uma plataforma que organiza competências (pares) para exploração da capacidade excedente de algum bem. Uber e Airbnb são exemplos desse formato organizacional.

Autopoieticamente falando, pode-se dizer que nessas estruturas o incorporador (*inc.*) é o responsável pela estruturação eficaz do negócio, enquanto os pares (*peers*) executam as relações conforme a organização estruturada. É uma operação recursiva, portanto.

Capacidade excedente significa toda aquela função potencial de um bem ou serviço que não é executada. Lévy[19] discorre sobre o tema com o binômio atual/virtual. Por exemplo, se cada proprietário de automóvel dirige em média duas horas por dia, pode-se dizer que existe um excedente de vinte e duas horas diárias em que o veículo é inutilizado. O ponto chave é explorar essas vinte e duas horas. Considerando que a tradicional economia, hierárquica e burocrática, não consegue explorar esse excedente, a nova economia trona-se muito mais horizontal e flexível, exatamente no que se está caracterizando como formato de rede.

Diferentemente dos *peers-to-peers*, as *peers inc.* possui um incorporador, que significa o ponto forte industrial, ou seja, a organização da exploração da capacidade excedente. As *peers-to-peers* são formadas apenas por pontos fortes individuais: pessoas e pequenas empresas que compartilham a capacidade excedente.

A figura do incorporador (*inc.*) é o responsável por organizar, padronizar e simplificar a participação dos pares (*peers*) através da plataforma. O incorporador também impõe normas e contratos, cria rotinas e procedimentos, estabelece penalidades. O papel do incorporador é fazer o que os pares não têm condições de fazer: criar as plataformas de participação e colocar os ativos excedentes para os pares explorarem, tudo sob a órbita da paridade de poderes.[20]

4 Inteligência coletiva na economia em rede

Lévy[21] considera a que a inteligência coletiva contemporânea se desenvolve em redes de relacionamentos, que por sua vez possui como suporte técnico a rede mundial de computadores. As redes, nesse sentido, potencializam a integração do pensamento humano, permitindo o desenvolvimento da sociabilidade humana.

Na economia, novos cenários de relacionamentos coletivos se formam a partir dos inúmeros formatos compostos de organizações de organizações. Tarapanoff[22] refere que a inteligência econômica já se impôs na sociedade da informação, e é coletiva. A sociedade da informação se comunica através de redes de relacionamentos, e possuem múltiplas perspectivas, como a econômica e a jurídica.

Conforme Caron-Fasan e Janissek-Muniz[23] "A sobrevivência de uma empresa depende, em parte, de sua capacidade de antecipar as mudanças e de considerá-las na definição dos eixos estratégicos que deseja implantar". É preciso, então, coletar, estocar e analisar as informações dos estados ou dos modos do ambiente socioeconômico. Na face das redes, essa inteligência ganha contornos coletivos, pois é muito maior a possibilidade de coleta de informações, justamente porque as redes disseminam a operação econômica em coletividades de atores.

---

[18] CHASE, Robin. **Peers Inc**: How people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing capitalism. PublicAffairs, 2015.

[19] LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

[20] CHASE, Robin. **Peers Inc**: How people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing capitalism. PublicAffairs, 2015. p.36-37.

[21] LÉVY, Pierre. **A Inteligência coletiva**. Edições Loyola, 2007.

[22] TARAPANOFF, Kira. **Inteligência social e inteligência competitiva**. 2004.

[23] CARON-FASAN, Marie-Laurence; JANISSEK-MUNIZ, Raquel. Análise de informações de inteligência estratégica antecipativa coletiva: proposição de um método, caso aplicado e experiências. **Revista de Administração da Universidade de São Paulo**, v. 39, n. 3, 2004.

Segundo Wegner[24], há uma lógica administrativa e econômica nas redes, que é, a partir criação de coletividades, fazer frente às pressões do ambiente. Jarillo[25]explica que as redes tornam a competição mais forte para quem está em seu interior em relação a quem está no seu exterior. As redes utilizam a potencial inteligência coletiva existente em suas organizações e a transforma em eficiência econômica.

Para Lévy[26] a prosperidade da sociedade depende da capacidade de navegar no espaço do saber. Agora, força significa gestão do conhecimento coletivo. As coletividades de inteligências que surgem na economia e na sociedade em geral garantem para si maiores chances de prosperidade, em face da absorção de alteridades que pressupõe, e consequente disponibilidade de antever as mudanças ambientais.

Faggion, Balestrin e Weyh[27] entendem que a gestão do conhecimento na empresa em rede envolve a interligação articulada e intencional das individualidades envolvidas para que, com base no conhecimento gerado, seja possível compartilhar ideias e raciocínios a fim de estimular a colaboração para a promoção do desempenho da organização.

Gestão do conhecimento, nesse diapasão, significa um conjunto de estratégias cujo objetivo é colocar o conhecimento em ação, através de sistemas e processos que possibilitam às individualidades verterem seus conhecimentos para a construção de um conhecimento coletivo, que, no presente caso, está radicado em cada operação econômica em rede.

5 A relação jurídica de cooperação

As relações econômicas em redes qualificam-se também como relações contratuais, que possuem, logicamente atributos próprios. Um desses atributos é o longo prazo de relacionamento (e mesmo que a relação contratual seja por prazo indeterminado, ainda assim é característica dos contratos em rede o longo prazo de duração, considerando-se os tradicionais contratos instantâneos).

São, conforme Macedo Júnior[28], contratos relacionais, "[...] verdadeiras redes de agentes e participantes, o que aumenta substancialmente a complexidade interna das relações contratuais". São contínuos, cujo início e fim se dão em momentos distantes. São incompletos, pois não se pode prever toda a longa relação no momento inicial da contratação. O formato organizacional de *network* é destacado pelo autor. Macedo Júnior[29] destaca a coordenação e a cooperação como característica da relação interna nos contratos como os de rede empresarial.

Também são contratos como dimensões implícitas. Campbell e Collins[30] afirmam que existem dimensões implícitas nas transações comerciais, como a probidade, a boa fé e a cooperação. Os contratos que formatam redes empresariais se sustentam porque dependem de inúmeras obrigações implícitas que não comportam consignação expressa nos contratos, pelo menos no início da contratação.

Teubner[31], sob o argumento autopoiético, coloca o problema central na questão da organização jurídica. As redes empresariais são formas híbridas de organização econômica, caracterizadas por descentralização

---

[24] WEGNER, Douglas. Aprendizagem interorganizacional - Um estudo das redes horizontais de pequenas empresas. In: ANTONELLO, Claudia Simone; GODOY, Arilda Schmit (Org.). Aprendizagem organizacional no Brasil. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 537-564.

[25] JARILLO, José Carlos. **Strategic networks**: creating the borderless organization. Butterworth-Heinemann, 1993. p.7.

[26] LÉVY, Pierre. **A Inteligência coletiva**. Edições Loyola, 2007. p.19.

[27] FAGGION, Gilberto A.; BALESTRIN, Alsones; WEYH, Carolina. Geração de conhecimento e inteligência estratégica no universo das redes interorganizacionais. **Revista Inteligência Empresarial**, v. 12, p. 57-65, 2002.

[28] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 157.

[29] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 170.

[30] CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (Org.). **Implicit Dimensions of Contract**: Discrete, Relational, and Network Contracts. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2003.

[31] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p.252 e ss.

corporativa e descentralização econômico-organizacional. As relações contratuais, no interior das redes, são de articulação e coordenação entre centros de decisões semiautônomos. Trata-se de um controle de segunda ordem, conforme Luhmann[32].

Teubner[33] dá três tipos de ações sociais que são igualmente válidas: troca, concorrência e cooperação. O modelo teórico tradicional, preponderantemente contratualista, dá realce à ação de troca e de concorrência. O modelo autopoiético, por sua vez, dá realce à ação cooperativa. Os reflexos dessa troca de foco são gritantes:

> [...] ao passo que a unidade básica do mercado é a transação monetária, a da organização é a decisão; ao passo que a ação no mercado vai referida primariamente nos preços, a ação da organização vai orientada por expectativas organizacionais internas; ao passo que o cálculo da ação no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização tal cálculo depende essencialmente do interesse 'altruísta' da própria organização.

Teubner[34] ensina que a teoria autopoiética insiste em uma diferença fundamental entre contrato e organização. Enquanto os contratos formalizam processos de troca em um contexto concorrencial, as organizações realizam a formalização da cooperação como forma básica de relação econômica.

E o que diferencia as organizações do sistema econômico geral é a decisão. Enquanto no sistema econômico preponderam os atos de pagamento, nas organizações preponderam os atos de decisão, mas decisão em um contexto de empresas em rede, e não em um contexto de empresa individualmente considerada.

É em face da importância da governança que Torres[35] acredita haver uma rede contratual quando existe uma "coordenação" de contratos que são interligados por um nexo funcionalmente sistematizado.

A relação jurídica no interior das coletividades empresariais que formam as redes empresariais e também as redes de compartilhamento é, portanto, uma relação de cooperação devidamente coordenada por um ator com função de coordenação da rede.

Ao contrário do sistema econômico tradicional, em que preponderam atos de troca (dinheiro x coisa ou dinheiro x serviços), em que cada parte visa o proveito próprio, nos subsistemas das redes empresariais, prevalecem estratégia coletivas, em que se deve procurar o proveito das redes, que reflexamente comportará os interesses dos atos que as compõem.

A questão é como fazer individualidades operarem coletivamente, ou, em outros termos, como fazer competidores cooperarem, considerando-se que os contratos que formatam redes são relacionais, com uma grande gama de obrigações implícitas, e que se destinam às operações econômicas recursivas.

Sustenta-se que a economia industrial é identificada, dentre tantos fatores diversos, pelo binômio individualismo-competitivo. Já a economia das redes é identificada por um trinômio: coletivismo-cooperativo-coordenado. É a função ou papel de coordenação que torna possível a operação das coletividades que cooperam.

As relações jurídicas no interior das coletividades das redes empresariais, são, portanto, caracterizadas pelo alto grau de cooperação, que dependem de uma coordenação eficaz para se alcançar os fins da coletividade formada.

6 Conclusão

A consciência em "pensar coletivo" está cada vez mais presente na economia, e as redes empresariais e

---

[32] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

[33] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p.254.

[34] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p.265.

[35] TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil-constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, P. (Org). **Contrato & Sociedade**. Curitiba: Juruá, 2007. p.73.

redes de compartilhamento comprovam essa afirmação. É por isso que Pierre Lévy[36] aponta que instituições e organizações estão deixando as formas rígidas e hierárquicas para dar lugar à cooperação ativa dos membros que a compõem. Essa viragem envolve gerir a intelectualidade coletiva que compõe as novas formas econômicas.

De fato, para ser possível que coletividades se identifiquem como atores econômicos, é preciso, conforme destacam Balestrin e Verschoore[37], gestores encarregados de promover o fluxo informacional, de facilitar o alinhamento de estratégias, de traduzir as assimetrias e de estabelecer expectativas comuns entre os participantes.

De acordo com Ketchen, Snow e Thomas[38], a coordenação das redes de cooperação é gerida por diferentes contornos, e os gestores assumem três características diferentes: a) em um primeiro momento, emerge o denominado arquiteto da cooperação, em que o gestor atua na forma de rede, aproximando os interessados e gerando uma corrente interna de confiança; b) em um segundo momento, ele atua como se fosse um operador, coordenando o conjunto de empresas para que o processo operacional da rede ocorra da maneira eficiente; c) por fim, em um terceiro momento, o gestor torna-se o mediador da rede, monitorando os participantes aproximando os agentes externos e aparelhando os novos associados.

A atual economia em redes é relacional e necessita de uma coordenação adequada à exploração das potenciais inovações que a inteligência coletiva colaborativa desenvolve. A autopoiese da economia em rede depende justamente da recursividade das relações de longo prazo que não podem ser predefinidas, e essa recursividade se dá em face de estruturas de governança[39] aptas a promover a cooperação de coletividades e resolver seus conflitos.

Referências

ABRAMOVAY, Ricardo. **A Economia Híbrida do Século XXI**. in COSTA, Eliane; AGUSTINI, Gabriela (orgs) De Baixo para Cima. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2014; pp. 104/131.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de Cooperação Empresarial**-: Estratégias de Gestão na Nova Economia. Bookman Editora, 2016.

BENKLER, Y. Sharing Nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a odality of economic production. **The Yale Law Journal**, Vol. 114, 2004, pp. 273-358.

CARON-FASAN, Marie-Laurence; JANISSEK-MUNIZ, Raquel. Análise de informações de inteligência estratégica antecipativa coletiva: proposição de um método, caso aplicado e experiências. **Revista de Administração da Universidade de São Paulo**, v. 39, n. 3, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (Org.). **Implicit Dimensions of Contract**: Discrete, Relational, and Network Contracts. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2003.

CHASE, Robin. **Peers Inc**: How people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing capitalism. PublicAffairs, 2015.

[36] LÉVY, Pierre. **A Inteligência coletiva**. Edições Loyola, 2007.

[37] BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de Cooperação Empresarial**-: Estratégias de Gestão na Nova Economia. Bookman Editora, 2016. p.171

[38] KETCHEN, David J.; THOMAS, James B.; SNOW, Charles C. Organizational configurations and performance: A comparison of theoretical approaches. **Academy of management journal**, v. 36, n. 6, p. 1278-1313, 1993.

[39] FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Elsevier Brasil, 2011. p. 83 e ss.

DE SOUZA, Carlos Affonso Pereira; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1757-1777, 2016.

FAGGION, Gilberto A.; BALESTRIN, Alsones; WEYH, Carolina. Geração de conhecimento e inteligência estratégica no universo das redes interorganizacionais. **Revista Inteligência Empresarial**, v. 12, p. 57-65, 2002.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Elsevier Brasil, 2011.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**: grupos y redes de contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

KETCHEN, David J.; THOMAS, James B.; SNOW, Charles C. Organizational configurations and performance: A comparison of theoretical approaches. **Academy of management journal**, v. 36, n. 6, p. 1278-1313, 1993.

JARILLO, José Carlos. **Strategic networks**: creating the borderless organization. Butterworth-Heinemann, 1993.

KOTLER, P.; KELLER, K. **Administração de Marketing** . 12a edição. São Paulo: Pearson, 2006.

LÉVY, Pierre. **A Inteligência coletiva**. Edições Loyola, 2007.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia do Compartilhamento, Assimetria Informacional e Regulação Econômica Consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 2, p. 34-52, 2017.

PORTER, M.E. What is Strategy. **Harvard Business Review**, Nov/Dec. p. 61-78, 1996.

RIFKIN, J. **Sociedade com Custo Marginal Zero**: a Internet das Coisas, os Bens Comuns Colaborativos e o Eclipse do Capitalismo. São Paulo: M. Books, 2016.

ROPPO, Enzo. **O contrato**, trad. Coimbra, Almedina, 1988.

TARAPANOFF, Kira. **Inteligência social e inteligência competitiva**. 2004.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil-constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, P. (Org). **Contrato & Sociedade**. Curitiba: Juruá, 2007.

WEGNER, Douglas. **Aprendizagem interorganizacional** - Um estudo das redes horizontais de pequenas empresas. In: ANTONELLO, Claudia Simone; GODOY, Arilda Schmit (Org.). Aprendizagem organizacional no Brasil. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 537-564.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO NO FUTURO

Vinícius Almada Mozetic

Pós-doutor e doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Professor e membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC - Chapecó (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais).

vinicius.mozetic@unoesc.edu.br

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

pjtrindades@hotmail.com

Gabriela Samrsla Möller

Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/Cnpq.

gabi.moller@hotmail.com

Resumo: Levando em consideração os incríveis avanços das tecnologias nos últimos anos, observou-se uma mudança no modo de o Jurista relacionar-se com a norma e com a prática do Direito. O serviço de prestação do Direito tornou-se mais fácil por ferramentas como o e-mail, videoconferências, processos eletrônicos, e etc; para os Tribunais, por sua vez, os grandes sistemas de base de dados são capazes de, em segundos, identificar e relacionar decisões usando apenas uma palavra-chave sobre o assunto, bem como de prestar programas de informação processual às partes. De outro lado, pesa, nesse sentido, o questionamento se essas tecnologias contribuíram para uma melhor construção da qualidade da normativa jurídica e da prestação da Justiça, tanto para o próprio Jurista, como para a democratização da Justiça e das decisões para a sociedade, não se podendo, paralelamente, desconsiderar que os avanços tecnológicos inauguraram novas formas de se considerar o Direito no Brasil através da simplificação organizacional. Com certeza os avanços continuam, e a tendência da Justiça vai na direção, principalmente, dos Processos Eletrônicos. À parte essa realidade, na atualidade se fala dos novos impactos da tecnologia, agora, superando o *operacional*, e centrando-se em uma tecnologia fundamentada da *inteligência.* A possibilidade de o computador identificar palavras relevantes e frases, mostra que há possibilidade de computadores substituam os humanos em áreas relacionadas diretamente com o intelecto, superando a tradicional visão da inteligência artificial, a qual até então prestava-se a realizar trabalhos organizacionais-mecânicos. Apesar do sentimento de apreensão quanto ao novo cenário, é necessário buscar desvelá-lo, e, principalmente, preparar-se para o futuro para que se possa lidar melhor com as grandes novidades que a tecnologia traz ao Direito. A pesquisa tem como metodologia a hermenêutica-fenomenológica, capaz de visualizar o fenômeno a partir das práticas e experiencias cotidianas, articulando as similitudes e as diferenças dos significados, compromissos, práticas e experiências. Internacionalmente, o tema é bastante discutido, sendo importante que essa discussão seja também realizada em solo brasileiro. As conclusões obtidas até então demonstram que, a partir da inteligência artificial, expressada pelo sistema de coleta de dados, pela resolução de disputas via computador e entre outras, ou seja, pelas novas formas de se considerar o Direito, é necessário que a Ciência Jurídica adira adequadamente esses avanços, não deixando de considerar que o Direito é ritmo de vida e que sua episteme é voltada ao social e à devida prestação jurisdicional.

1 Introdução

Inovação na recuperação de informações jurídicas, infraestrutura jurídica e lei computacional. Já existem trabalhos na recuperação de informações jurídicas englobando tecnologias que nos ajudam a encontrar as informações mais relevantes (por exemplo, tecnologias de pesquisa jurídica, tecnologias de *e-discovery*, análise de contratos, sistemas de gestão de contratos).

As tecnologias de infraestrutura jurídica já incluem novos sistemas e plataformas que ajudam a conectar as partes interessadas nos sistemas de forma mais eficiente (por exemplo, plataformas/redes de correspondência de advogados).

Afirmam os especialistas que computadores podem entender normas e que podem automatizar a tomada de decisão; eles também tem a promessa de abrir uma nova era para a própria lei, proporcionando acesso imediato e acessível às pessoas. Além disso, ao dar-nos novos instrumentos para medir e monitorar o impacto de um estatuto, decisão de um tribunal, também nos ajudariam a compreender/entender melhor como a lei afeta um indivíduo, um grupo ou a sociedade em geral. Será?

Em resposta a isso, operadores do direito prestam mais atenção à inovação jurídica. Esqueceram de compreender o direito?

2 Informação e o desenvolvimento das tecnologias

Surgidas na metade dos anos setenta, a *Sociedade da Informação*[1] *e do Conhecimento* abriam as portas a um tipo de sociedade caracterizada por um modo de ser comunicacional[2], refletindo diretamente em todas as atividades e áreas. Sociedade em que a informação ocupa um lugar relevante e favorece o desenvolvimento das tecnologias, principalmente de informação e comunicação (TIC). Não restam dúvidas de que essas mudanças implicariam consequências imediatas. Como era de se esperar, o trabalho dos juristas foi modificado como resultado dessa aplicação tecnológica, ou seja, atualmente, as novas tecnologias de informação e comunicação servem como justificativa de celeridade e ferramenta de trabalho para alcançar melhores resultados. Mesmo contra esse caráter dogmático e elitista de conhecimento jurídico, a realidade também é crítica, porque

> […] agora todos podem conhecer o Direito, todos podem opinar sobre o Direito em novos espaços virtuais, tais como fóruns ou blogs. A presença de computadores da informática no Direito está ganhando maturidade e os recursos e ferramentas que as NTIC disponibilizam, tanto dos operadores jurídicos como de qualquer pessoa que pretenda *acessar* **a ciência jurídica**[3].

Segundo Nuria, tudo isso não se limita apenas a facilitar o acesso às fontes do Direito, mas também pode estar afetando o próprio Direito. Há o que podemos chamar de generalização, promo**ção da** aplicação e interpretação do Direito em rede; processo eletrônico, inteligência artificial, juiz eletrônico, advogado-robô, acesso eletrônico pelos cidadãos aos serviços públicos que regulam a administração eletrônica.[4]

---

[1] Vid. CASTELLS, M. **La era de la información**: Economía, sociedad y cultura. México: Siglo XXI, 2000. v. 1: La sociedad red.

[2] Nas últimas décadas, ela se espalhou, com maior intensidade do que em qualquer momento anterior, a ideia de que as novas tecnologias de informação e comunicação (NT y TIC): "desplazamientos de personas, flujo de noticias e interdependencia de los procesos económicos, han estrechado las relaciones entre las personas y los pueblos a escala planetaria" É verdade que em períodos anteriores, havia já alguns desenvolvimentos científicos e técnicos que as invenções trouxeram uma revolução para facilitar as comunicações e permitir uma abordagem em formas de vida. Mas tem sido a era da tecnologia da informação e telemática que mais contribuiu decisivamente para a crença de que habitat cívico de nosso momento histórico é a "aldeia global" ou, mais precisamente, "casa global" é adquirido; na medida em que o acesso à Internet a todos os cidadãos podem estabelecer sem deixar suas casas, em tempo real, sem limites no espaço ou em pessoas. (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El derecho ante las nuevas tecnologías. In: BAUZÁ REILLY, Marcelo; BUENO DE MATA, Federico (Coord.). **El derecho em la sociedad telemática**: estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López. Santiago de Compostela: Andavira, 2012. p. 129)

[3] Podem citar-se o movimento de acesso aberto – Open Access –, las wikis –como la Wikipedia-, el aprendizaje a través de Internet –e-learning-, las comunidades virtuales, y tantas otras.

[4] BELLOSO MARTÍN, Nuria. **Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015. p. 120.

Estamos enfrentando um paradigma, na era da comunicação e da informação, **é necessário** refletir sobre essa expansão tecnológica em todas as áreas, e a que mais preocupa é a do Direito[5].

Nos últimos anos muito tem-se dito sobre o impacto das novas tecnologias e da proliferação da inteligência artificial na vida e no trabalho das pessoas. Há uma renovação teórica e prática da informática devido ao surgimento da inteligência artificial (IA), que é conhecida simplesmente como I.A. Veja, inteligência artificial é um conjunto de técnicas de engenharia, tanto na área de circuitos eletrônicos (hardware) como no campo de programas avançados (software), que visam a utilizar procedimentos *que se assemelham aos processos indutivo e dedutivo do sistema encefálico humano*.[6]

Durante muito tempo, as ferramentas jurídicas, como, por exemplo, (bancos de dados) eram apenas dispositivos externos e muito discretos no que diz respeito aos *processos* de pensamento humano. Os tempos mudaram...

3 Atuação profissional, softwares, produção e decisão judicial

Hoje, a discussão sobre atuação profissional, softwares, produção e decisão judicial[7] **é de que** as máquinas passariam a estar integradas a modelos muito próximos do raciocínio; ou seja, o trabalho cognitivo passaria a receber o efeito do surgimento de tecnologias de inteligência artificial e lógicas que sejam suscetíveis para tratar *lo que es cualitativo, borroso, incierto, semiformal*[8].

Parece claro que o objetivo é a aquisição, a representação e o processamento do conhecimento; talvez isso tenha enriquecido a "metodologia jurídica", definida a partir de Aristóteles; no entanto, sobre a ideia de uma lógica excessivamente formal[9]. Claro que existe uma dificuldade de encontrar uma definição certa

---

[5] Basta observar la polémica desatada entre los defensores de la libertad en la red y quiénes abogan por pagar por el uso de la misma. Concretamente, en España, el día 6 de marzo de 2011 se ha promulgado la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. BOE. nº 55. Sec. I, p. 25033) cuya Disposición final 41ª (más conocida como 'Ley Sinde', nombre de la Ministra de Ciencia e Innovación que la ha promovido) se ocupa de la regulación de webs y la protección de la propiedad intelectual. A favor de dicha ley se han pronunciado quienes argumentan que las descargas sin consentimiento del autor no son legales, que el canon es para compensar la copia privada y que es discutible que la 'Ley Sinde' pisotee derechos fundamentales, ya que como garantía se establece la participación de un juez en diferentes momentos del procedimiento estableciendo un sistema con ciertas garantías. Quienes abogan por la 'libertad' y la 'gratuidad' en la Red, en realidad defienden el lucrativo negocio de quienes no pagan por los contenidos por los que intermedian. Cabe preguntarse si realmente todo esto desemboca en un debate entre propiedad intelectual y libertad. Lo cierto es que sin libertad no hay creación ni propiedad intelectual, y quien defiende los abusos no defiende la libertad, sino los privilegios (sean éstos tecnológicos o de casta)". Los defensores de "la ley Sinde" sostienen que no criminaliza a los usuarios de la Red, persigue a quien abusa, oculto tras la tecnología o el anonimato, del trabajo, curiosamente siempre intelectual, de otros. En contra de la mencionada ley se sitúan quienes consideran que la neutralidad de la red es imprescindible en el acceso, difusión y expresión de la cultura y que su eliminación sólo estaría favoreciendo a los intermediarios que se enriquecen a costa de hacerse con los derechos de los creadores.

[6] AVENDAÑO CERVANTES, Guillermo. **El mito de la tecnología**. México, DF: Diana, 1995. p. 66.

[7] Constituye uno de los campos de aplicación de la Informática Jurídica menos desarrolladas y posiblemente uno de los más polémicos. En este campo inciden todos los aspectos relativos a la Inteligencia Artificial, Sistemas de Conocimientos, "quinta generación de ordenadores" y entornos de programación (básicamente con los lenguajes PROLOG y sobre todo LIPS). Si por decisión jurídica puede entenderse un proceso de razonamiento lógico compuesto por una premisa menor, constituida por los hechos o resultados, una premisa mayor o norma aplicable, los considerandos, y una conclusión fallo podría llegar a plantearse la elaboración del proceso mediante la introducción de los datos oportunos en el programa de un ordenador nación, el hombre es el factor fundamental y, por tanto no se trataría de que el ordenador decida controversias jurídicas, sino de aplicar el ordenador a la toma decisiones que son y deben ser competencia exclusiva del hombre, en este caso del jurista. (RIVERO, Antonio M., SANTODOMINGO, Adolfo (Coord.). Introducción a la informática jurídica. Madrid: FUNDESCO. 1986. p. 14-15)

[8] BOURCIER, Danièle. **Inteligencia artificial y derecho**. Barcelona: Editorial UOC, 2003. p. 50-51.

[9] BOURCIER, Danièle. **Inteligencia artificial y derecho**. Barcelona: Editorial UOC, 2003. p. 51.

para compreender, de alguma maneira, aquilo que se considera *inteligente*[10]. H. A. Simon y C. Caplan[11] escreveram o seguinte:

> La ciencia cognitiva es el estudio de la inteligencia y de los sistemas inteligentes, con una particular referencia al comportamiento inteligente como computación. Aunque aún no poseemos ninguna definición intencional realmente satisfactoria de la inteligencia, normalmente somos capaces de juzgar cuándo muestran inteligencia los seres humanos. Decimos que nos comportamos de forma inteligente cuando escogemos cursos de acción que son relevantes para alcanzar nuestros objetivos, cuando respondemos coherente y apropiadamente a las preguntas que se nos formulan, cuando resolvemos problemas más o menos difíciles o cuando creamos o diseñamos algo útil, bonito o nuevo. Aplicamos un término simple, inteligencia", a este conjunto de actividades tan variado porque suponemos que en la ejecución de todas éstas hay implicado un conjunto de procesos subyacentes común.[12]

Vale lembrar que neurocientistas contemporâneos designaram como *Erro de Descartes* a crença de que a inteligência humana poderia existir independente do corpo, e como *la falacia de Leibniz*, de que a crença complementaria todo pensamento, ou seja, a *mente* como resultado de processos neurológicos do cérebro e que pode ser expresso por meio de uma linguagem universal[13]. Mas, poderia mesmo existir uma *máquina de julgamento*? Poderia uma **máquina fornece**r respostas corretas e exatas para um problema e não apenas um conjunto de informações sobre um problema[14]?

Fornecer informações ao computador significa traçar aspectos normalmente atribuídos à inteligência humana, ao jurista (raciocínio, tomada de decisão, etc.) e simulá-los[15]. Tudo o que está sendo discutido, ao que parece, passa a ser multidisciplinar: tecnologias de informação e comunicação, neurociência, filosofia, psicologia, robótica, linguística, dentre outros.

Inúmeros são os defensores de que as máquinas já não são puros autômatos restritos à comunicação previamente estabelecida e imodificável. Inúmeros operadores do direito afirmam que os computadores

---

[10] Todavía estamos en busca de una definición ampliamente admitida de los que es la inteligencia. Para unos corresponde a un único factor general, g, que se llama inteligencia, que conlleva la capacidad de captar relaciones complejas y de resolver problemas en un contexto útil, es decir, es el elemento conjunto de la capacidad intelectual que refleja las habilidades cognitivas específicas (fluidez verbal, el habla, la habilidad matemática, la capacidad de representación espacial, etc.). Para otros hay que hablar de inteligencias múltiples, IM, a saber, la lingüística, la lógica-matemática, la musical, la espacial, la corporal-cinética, la interpersonal (la habilidad de interpretar el estado de ánimo, las motivaciones y otros estados mentales de los demás) y la intrapersonal (la habilidad de acceder a los propios sentimientos y de utilizarlos para guiar el comportamiento). Estos dos últimos talentos suelen considerarse como la base de la inteligencia emocional. Hay también quien habla de un octavo talento, el naturalista, que permite el reconocimiento y la categorización de los objetos naturales; y de un noveno, la inteligencia existencial, representativa de la inclinación humana a formular preguntas fundamentales sobre la existencia, la vida, la muerte y la finitud, meditando sobre ellas. (MUÑOZ PÉREZ, José. **Inteligencia artificial**. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 118)

[11] SIMON, H. A. **The ciencies of artificial**. Cambridge: MIT Press, 1991 apud BOURCIER, Danièle. Inteligencia artificial y derecho. Barcelona: Editorial UOC, 2003. p. 10.

[12] SIMON, H. A. **The ciencies of artificial**. Cambridge: MIT Press, 1991.

[13] Veja, para uma expressão mais completa, J.C. Smith, 1999.

[14] Un software desarrollado en China está siendo usado por jueces de ese país para decidir las sentencias a aplicar por 100 tipos de delitos distintos, entre los que figuran asalto y violación. Esta "calculadora legal" realiza sus cálculos y dicta su sentencia, incluyendo la pena capital. El software fue desarrollado con el fin de reducir el problema de los jueces corruptos, y hasta ahora ha sido empleado en 1.500 causas judiciales. El desarrollador de este macabro software, Qin Ye, ha trabajado en el desarrollo de este programa desde 2003. El mismo, analiza los datos ingresados y lo compara con una base de datos de legislación y jurisprudencia china. Una vez terminados de analizar los datos, el programa dicta sentencia. Por ahora el programa ha sido usado durante un período piloto de dos años, pero muy pronto será adoptado en el resto del país asiático. Voces críticas a la aplicación de este "juez virtual", argumentan que el software permitirá a los jueces relajarse y trabajar en causas complejas, que requieren aplicación de criterio y que ninguna máquina lo puede aplicar. Además, recalcan que el software, como cualquier otro, puede ser hackeado y alterado dando cualquier clase de sentencia. China aplica la pena de muerte para 68 delitos, que incluyen la bigamia, el robo de combustible, la evasión impositiva y el delito informático. En ese país, el Estado quita la vida a más personas que ningún otro país del mundo, incluso en términos demográficos relativos. En 2005 se documentaron 1.779 ejecuciones en China, pero según Amnistía Internacional la cifra real se acerca a las 8.500 debido al número de ejecuciones sumarias secretas.

[15] BOURCIER, D., y CASANOVAS, P. (Ed.). **Inteligencia artificial y derecho**. Barcelona: Editorial UOC, 2003. p. 51.

recebem autonomia, intervindo no fluxo de representações simbólicas, usando, inclusive modos muito parecidos ao do processamento mental[16] (...) *parecidos*. E, isso tudo afeta o Direito, principalmente: no processo de redação jurídica (*drafting*), no processo de tomada de decisão[17] (sentença) e no exercício da própria profissão de advogado (*lawyering*)[18].

4 Hermenêutica jurídica (crítica) da tecnologia

A hermenêutica jurídica (*crítica*) da tecnologia se apresenta como um espaço no qual se pode pensar adequadamente como resposta para o problema da compreensão, interpretação e aplicação do direito na era pós-moderna, livre que está, tanto das amarras desse sujeito em que reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas, como por exemplo – sistemas jurídicos inteligentes para uma melhor decisão.

Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento desse impacto tecnológico, do positivismo e de suas condições de possibilidade. Sobre a decisão, entende Streck que:

> A resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata 'da resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição. [...] Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de indeferimento do 'princípio democrático' – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da 'verdade real', para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade 'assujeitadora' do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida, vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina). A decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz (ou um computador dotado de inteligência artificial), diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. [...] A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato personificado em uma dada circunstância.

Muitos cientistas são da opinião de que a atividade de julgar (legal decision making) é uma tarefa exclusivamente humana, razão pela qual os sistemas jurídicos inteligentes devem funcionar apenas como programas de *alívio* para a tomada de decisão judicial e, talvez, serem conhecidos como *legal advisory system* ou *legal decision support system*. Mas, o que viria a ser esse alívio: melhorar as metas? Julgar mais rápido?

Acontece a hermenêutica jurídica *crítica* da tecnologia como resultado dessa complexidade que se dá por meio de um processo de compreensão e interpretação daquilo que é influenciado pela tecnologia, não somente e diretamente nos textos, mesmo que virtualizados, mas dos casos tecnológicos baseados em contexto históricos variáveis sob a falsa ideia de eficiência.

Esse caminho não deve ser percorrido apenas por um relativismo jurídico, mesmo porque as pré-interpretações desses textos virtuais continuam possibilitando uma nova compreensão, interpretação

[16] O desenvolvimento da técnica é realizado cada vez mais rápido e não pode ser parado. Em todas as regiões o homem está, cada vez mais, cercado por forças de dispositivos técnicos. [...] arrasta e persegue o homem sob alguma forma de ferramentas ou instalação técnica, esses poderes são há muito a vontade e a capacidade de decisão humana feitos pelo próprio homem. (MIRANDA, Angela Luzia. **Técnica y Ser en Heidegger**: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 208-213. Tese (Doutorado) -- Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008)

[17] Informática decisional es tal vez la más problemática de las aplicaciones de la informática jurídica de decisión y debe ser perfectamente comprendida para no pensar en un automatismo de la decisión equivalente a una iuscibernética, sino a la ayuda al juez en cuanto a establecer unas determinadas pautas en resoluciones muy repetitivas y facilitar la redacción de las mismas bien al propio juez, bien al funcionario judicial que tenga que llevar a cabo la tarea de copia. En efecto, existen en todos los Juzgados una serie de resoluciones de fondo claramente repetitivas, en las que el juez lo que comprueba es si se dan los elementos fácticos correspondientes, pues, admitidos éstos la pura redacción de la resolución es casi automática, utilizándose incluso pre-impresos en donde solo faltan los datos variables que ha de aportar el propio juez. Buena prueba de esta afirmación son los siguientes supuestos. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Manual de informática y derecho**. Barcelona: Ariel, 1996. p. 22)

[18] Para acceder a información sobre Derecho y tecnología, vid. REDI. **Revista electrónica de derecho informático.** Disponível em <http://www.alfa-redi.org>.

e aplicação de uma lei, as quais estão sempre condicionadas a arbitrariedades, mesmo que pela tradição. Transferir o poder de decisão seria mais um erro (...) **é o que Gadamer den**omina de "fusão" de horizontes, ou seja, a hermenêutica como compreensão e interpretação das relações das pessoas com o mundo; é nessa complexidade técnica que se exige um pensar filosófico mais apurado. E, por *Ser* o mundo uma *realidade interpretada*, a existência humana também será uma *subjetividade situada*. O que o mundo jurídico é e quais assuntos *são* surge a partir da interação entre o intérprete e *realidad*e. A principal questão hermenêutica (jurídica) sobre a tecnologia é: qual o papel que as tecnologias desempenham na maneira como o sujeito compreende e interpreta a *realidade* do/no Direito? Estaria o sujeito perdendo ou limitando essa sua capacidade de compreender o mundo? Estaria caminhando no sentido de uma existência linguística totalmente diferente?

Ora, o ensinamento heideggeriano indica o modo de ser no mundo típico do homem, que, diferentemente de todas as coisas, que simplesmente estão dentro do mundo:

> [...] tem o mundo como seu correspondente, como *horizonte* da sua intencionalidade. O existir inaugura essa presença que tem seu constitutivo na relação homem mundo, ou melhor, na reciprocidade dessa relação, na qual se expressa a co-presença do mundo que se remete ao homem, e do homem que se volta, como um jogo. [19]

Assim, este solipsista o faz não compreendendo (pré-conceito) os fundamentos e vínculos do direito (hermenêutica fenomenológica) dividem o mundo dos fatos em difíceis e fáceis, interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento) para descobrir o conteúdo da norma, extraindo o significado ideal do texto, o que é feito ao acreditar-se no "no mito do dado". Para combater esse mal que impinge desmandos ao mundo jurídico, impõe-se, assim, ao Judiciário uma atuação que reúna à coerência e integridade necessárias a assegurar as condições asseguradas Constitucionalmente para com a resolução de lides individuais e coletivas[20].

A hermenêutica se apresenta, nesse contexto, como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está tanto das amarras desse sujeito *klingon* onde reside a razão prática, como também daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito *Data* por estruturas e/ou sistemas[21]. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.[22] Neste paradigmático avanço tecnológico, uma pausa:

> [...] Já que o momento é *Trek*, buscamos ao máximo simplificar a ideia de que tudo, definitivamente tudo converge para uma teoria de um modelo físico-matemático onde os blocos fundamentais são objetos extensos unidimensionais, semelhantes a uma *corda*, e não pontos sem dimensão que são a base da física tradicional. Por isso, a teoria baseada *na teoria das cordas* - motivo do "*Start*"- *Trek Científico e Fictício* deste texto esteja associada ao interesse e grande esperança (deste autor) de que o Direito possa vir a fazer parte de uma *teoria de tudo.* Não podemos excluir esta possibilidade – os sistemas jurídicos são conflitantes, confusos e a supermáquina legiferante do Estado é operada por *in-operantes*. As normas não convergem; pelo contrário. É preciso *dimensionar* o sistema para que ele funcione. Os avanços tecnológicos impactam no Direito; ou a Ciência Jurídica é inerte?! (1ª Lei de Newton – a Lei da Inércia) Mesmo que num primeiro e último momento, pareça *loucura*, é uma possível solução do problema. Ora, a Filosofia também estuda a natureza. Vamos tentar explicar: não se sabe ainda se a teoria das cordas é capaz de descrever o universo com a precisa coleção de forças e matéria que nós observamos; mas, se assim for, os trabalhos na teoria das cordas têm levado a avanços na matemática inclusive, principalmente em geometria algébrica. Os

---

[19] GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e Techne**: o homem na idade da técnica. São Paulo. Editora: Paulus. p. 29-829.

[20] ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 55.

[21] Faremos a referência ao androide Juiz-Data. O impacto das novas tecnologias no Direito exige um criador humano, para o sistema jurídico informatizado. Parece que o conflito com o "ser-ai" humano, será o máximo triunfo da Robótica: o juiz-data será capaz de aprender, socializar-se e viver como um ser humano, porém possuirá a força, a velocidade e a rapidez de processamento de uma máquina solipsista; pois se **alcançará o paradigmático rearranjo de recursos humanos aparentemente triviais, além dos embaraços tecnológicos encobertos por uma crescente ideologia eficientista, na captura simbólica das Tecnologias da Informação pela Ciência Jurídica.**

[22] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 508.

> novos princípios matemáticos utilizados nesta teoria permitem aos físicos afirmar que o nosso universo possui 11 dimensões: 3 espaciais (altura, largura e comprimento), 1 temporal (tempo) e 7 dimensões recurvadas (sendo a estas atribuídas outras propriedades como massa e carga elétrica, por exemplo), o que explicaria as características das forças fundamentais da natureza, inclusive sob o ponto de vista filosófico. Assim, no mundo i-real, fica o questionamento: a Sociedade e o Direito pertencem a que dimensão?[23] O nosso sistema é finito, temporal e inerte? Heidegger estaria certo?

Na dimensão que conhecemos as doutrinas processuais modernas, por exemplo, devem desapegar-se da busca da verdade (real-correspondência e formal-relativa) vista como uma verdade que se revela da própria consciência do interprete-julgador, deve-se reincluir a hermenêutica da facticidade.

> O ser-ai (*Dasein*) de Heidegger supera no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo do sujeito moderno a partir da demonstração das estruturas existenciais do ser-no-mundo e dos existenciais do ser-em e do ser-com. A intersubjetividade se manifesta no conceito de significância, que se apresenta como o responsável pela formação dos projetos de sentido e significados que os seres-ai articulam no *Discurso*. A afecção e a compreensão propiciam a abertura do ser-ai, que, assim, se compreende, compreende o mundo e os outros seres-ai, no movimento circular progressivo do *circulo hermenêutico*. E desta dimensão de significância, portanto, que emerge a possibilidade do significado. Isto quer dizer que, quando produzimos um enunciado – que, por sua vez, foi resultado da interpretação da compreensão afetivamente disposta –, e porque ja nos movemos antes compreensivamente nesta estrutura chamada significância. Esta estrutura não tem o sentido do ver teórico contemplativo, mas, sim, o sentido da lida cotidiana de cada ser-ai. Desse modo, Heidegger inverte a polaridade clássica que reconhecia um privilegio teórico na formação do conhecimento, demonstrando o significado pratico da compreensão que desde sempre temos do mundo. O aparecimento de conhecimentos mais sofisticados, como e o caso do conhecimento cientifico, será demonstrado pela relação – igualmente circular – entre o *logos hermenêutico* e o *logos apofântico*, sendo que sempre restara uma dimensão pratica acentuada no nível hermenêutico, compreensivo. A relação entre pratica e teoria, portanto, terá essa característica circular, mas ambas estarão articuladas numa unidade, que e a antecipação do sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em "razão teórica" ou "razão pratica", uma vez que o termo "razão" vem imbuído da ideia solipsista que revestia o sujeito moderno. E por isso que, a partir de Heidegger, ocorre uma (re)introdução do mundo pratico na filosofia. Note-se: *mundo prático* e não *razão pratica*. Mundo, aqui, implica transcendência. Aponta para o fato de o ser-ai estar sempre "fora" de si mesmo na relação cotidiana que tem com os entes. [24]

O paradigma cartesiano impõe que em Processo Civil, por exemplo, que se pense a solução do caso concreto a partir da lei, não a partir da situação fática que no caso se apresente[25]. A decisão exarada pelo juiz[26] não deve seguir suas intimas convicções fulcradas apenas e tão somente na consciência do sujeito, aprisionando o sujeito assujeitador, ou seja, vem a "aprisionar" a realidade, aqui frisamos (...) *a nossa realidade*, por intermédio de *nossa rede de sentidos*: filosofia da consciência[27]. Pretendendo, como narrado, combater

---

[23] KAKU, Michio, Hyperspace: A Scientific Odyssey Through Parallel Universes, Time Warps, and the Tenth Dimension. New York, Oxford University Press (1994) ISBN 0-195-08514-0. **No Brasil**: Hiperespaço: uma odisséia científica através de universos paralelos, empenamentos do tempo e a décima dimensão. Rio de Janeiro, Rocco (2000) ISBN 85-325-1046-9.

[24] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

[25] ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 63.

[26] "La obra final del juez es una decisión, sea cual fuere el nombre que se le imponga, de juicio, fallo, sentencia, decreto, precepto, ó mandato. Cuando un particular recurre á un juez, es para pedirle una decisión, que no puede ser relativa sino á un punto de hecho ó á un punto de derecho. En el punto de hecho, se trata de saber si el juez estima que el hecho que se somete á su juicio es verdadero ó no, y en este caso la decisión no puede estribar sobre otra ¿ase que las pruebas. En el punto de derecho, se trata de saber cual es la ley sobre tal ó cual materia, que derecho da ó que obligación impone en una cierta y determinada suposición. El actor pide un servicio de una naturaleza positiva, que consiste*en ponerle en posecion y usufructo de un derecho; y cuando se le litiga esta demanda, el demandado pide un servicio de naturaleza negativa, que consiste en no someterse ¿ la obligación que su adversario quiere imponerle. En todas estas cuestiones, el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, según su fuerza comprobante. Asi, pues , el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas." (BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas**. Tomo Primero. Paris: Bossange Freres, 1825. p. 2-4)

[27] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

essa forma de conceber o mundo jurídico que surge a hermenêutica como um espaço *A Fronteira Final* no qual se deve repensar a teoria da decisão judicial, *livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas*. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade[28].

Neste sentido, o 'homem' visto como parte Processual tem a faculdade de mover aquelas peças do jogo Direito Processual tendo de observar o cumprimento de outras[29], para que, de tal forma a Verdade vá sendo desvelada-desocultada, e por "esse compreender não compreende o tu, mas aquilo que este nos diz de Verdadeiro. Com isso eu tenho em mente aquela verdade que se revela a alguém somente através do tu, e somente pelo fato de que aquele permite que esse outro lhe fale algo. É exatamente isso que ocorre com a tradição histórica." [30]

Para que assim resolva o problema que: "é dar sentido aos fatos", pois, "não lhes basta estabelecer sua veracidade. Esta é a tarefa é do historiador, não do magistrado. O Direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter significados diversos e até antagônicos."[31]

No há de extrañar, por tanto, que un *NIETZSCHE historiador declarara que la verdad es una suma de relaciones humanas que han sido realzadas poética y retóricamente y que, después de un prolongado uso,*

---

[28] STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 93-94.

[29] Ante absurdo semejante, pregunta uno humildemente al filósofo: Pero, señor, ¿por qué todo esto? ¿Por qué no he de contentarme con ver esta luz y procurar que me alumbre cuando la he menester, sino que he de azacanarme tras ese supuesto ser de ella, o, lo que es aún peor, tras el ser de cosas que aun como simples cosas me son desconocidas, de cuya simple existencia no tengo la menor noticia? No necesito grandes explicaciones para comprender que me interesa todo lo que se refiere a mí, y si yo tengo un ser, comprendo que debo preocuparme en descubrirlo. Pero, ¡señor mío!, ¿es cosa tan evidente y nada menesterosa de justificación que yo tenga que interesarme por ese ser que según los filósofos tienen las cosas ellas por sí? ¿No es esto un supuesto arbitrario? Ya veo que hay ciertos hombres que se ocupan en averiguar el ser de las cosas: el matemático, el físico, el biólogo, el historiador, el filósofo —son los intelectuales. Pero yo no pretendo sino ser un pobre hombre, que se ha encontrado teniendo que vivir sin que se le haya consultado antes de nacer. ¿Por qué tengo obligación de ser intelectual? En todo el pensamiento griego, en casi todo el medieval y moderno late esa afirmación de que ser hombre es ser intelectual. Pero, señor, ¿por qué? Denme una razón, aunque sólo sea un pretexto, con tal que sea un pretexto serio. No veo, no veo por qué estoy obligado a interesarme en el ser de las cosas, si este ser lo tienen ellas por su cuenta y aparte de mí. Es más: apurando tan sólo un poco el asunto, sería preciso que esos gentiles caballeros que son intelectuales justificasen por qué lo son, por qué dedican a eso su vida. La vida de cada cual es lo único que para cada cual hay, es la realidad radical, y, por lo mismo, inexorablemente seria. Cada cual tiene, quiera o no, que justificar ante sí mismo su empleo. Si hace esto, y no aquello, es por algo. No vale suponer que dedicarse a la ocupación intelectual no necesita justificación, pero sí la necesita dedicarse al ajedrez o a la embriaguez. Eso es pura arbitrariedad. No vale, pues, decir que teniendo las cosas un ser y el hombre la facultad de descubrirlo, le es natural ejercitar ésta. También el ajedrez tiene piezas y reglas y el hombre la facultad de mover aquéllas cumpliendo éstas, y, sin embargo, no se define al hombre como el animal ajedrecista. Parejamente acaece que tengo piernas para correr, y, no obstante, corro muy pocas veces y ahora, por ejemplo, me conviene más estar sentado. (ORTEGA Y GASSET, Jose. La verdad como Coincidencia del Hombre Consigo Mismo. In: Obras Completas de Jose Ortega y Gasset. Tomo V (1933-1941) Sexta Edición. Madrid: Revista de Occident, 1961. p. 83-84)

[30] Corrobore-se a citação em sua integralidade, para que assim compreenda-se o aludido por GADAMER, que, ensina: "Ali, partindo da experiência do tu, também o conceito da experiência da história efeitual ganha iluminação. Pois também a experiência do tu mostra o paradoxo de que, algo que está diante de mim valida seu direito próprio e obriga a um reconhecimento absoluto - e justamente por isso é "compreendido". Porém, penso ter demonstrado corretamente que esse compreender não compreende o tu, mas aquilo que este nos diz de verdadeiro. Com isso **eu tenho em mente aquela verdade que se revela a alguém somente através do tu, e somente pelo fato de que aquele permite que esse outro lhe fale algo. É exatamente isso que ocorre com a tradição histórica**. Ela não mereceria o interesse que nós lhe demonstramos, se não tivesse algo a nos dizer, algo que nós, por contra própria, não conseguimos reconhecer. A frase "o ser que pode ser compreendido, é a linguagem", deve ser lida nesse sentido. Ela não significa o domínio absoluto da compreensão sobre o ser, mas pelo contrário, ela diz que o ser não é experimentado onde algo pode ser construído por nossas próprias mãos e que nesta medida seria concebido, mas lá onde aquilo que acontece pode ser meramente compreendido." (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 24-25)

[31] SILVA, Ovídio Baptista da. **Verdade e Significado**. In: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes. La verdad, de acuerdo al énfasis historicista que la sentencia genealógica aquí reclama, expresaría los valores perennes de la comunidad, ella revelaría el interés y la voluntad de un cumplimiento siempre productor, siempre en movimiento. Ahora bien, y la pregunta aquí se impone, indagar por la verdad de una comunidad histórica es también, en tanto inquisición historiadora, indagar por la memoria de la misma, o más precisamente, por la política del olvido que toda verdad histórica necesariamente comporta. "Solamente mediante el olvido puede el hombre alguna vez llegar a imaginarse que está en posesión de una 'verdad'". *La sentencia es provocadora. Ella obliga a revisar y discutir una y otra vez las relaciones establecidas entre memoria y olvido al interior del trabajo historiográfico*. Pues, si la historiografía es ante todo un acto de escritura que busca dar lugar a aquello que por principio se sustrae a la escena de representación de los imaginarios y las frases, también es, al mismo tiempo, olvido de sí, olvido de ese olvido que es el propio acto de escribir. De ahí que la escritura de la historia al presentarse como una decisión de escribir la división, de narrar la violencia originaria que la constituye, exteriorice, a su vez, sin saberlo, la imposibilidad de lograr ese encuentro por el solo hecho de que ya ha decidido.[32]

> La giustizia non è unicamente il prodotto di um équo processo, ma forza centrifuga dell´intera istituzione-diritto, e sai la enorme che sovrintendono il processo, sai le singole procedure, nonchè la sentenza del giudice, sono tutte caratterizzazioni di um´única realtà giuridica che há incessantemente bisogno della verità quale presenza informata che si manifesta nella singolarità degli atti. La verità non è um prodotto del diritto e non vi resiede se non nella misura di um ***continuo disvelarsi***; in quanto il diritto non parla della verità se non nel silenzio, mentre la verità è presente nei discorsi del diritto come impulso che lo alimenta e lo poda. Um rapporto di mera conformità, sai essa legale rispetto alle norme, ideológica rispetto alle finalità, o processuale rispetto *ai fatti limita il diritto nella sua portata di senso e lo confina a um destino di storicismo.*[33]

E ainda, *GADAMER* aponta que a função do historiador realiza-se pela mesma reflexão que deve orientar o operador do Direito, medindo assim o conteúdo fático do que compreendem de um e de outro modo vem a ser o mesmo. Portanto, somente existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura realizar a sobrevivência do direito como um *continuum ou dobras espaciais continuas* para salvaguardar a tradição da ideia jurídica.[34]

---

[32] VALDERRAMA, Miguel. **Historia y Verdad, una Vez Más**. Santiago, La Nación, 1991. p. 3-4.

[33] IACCARIO, Antonio. **Veritá e Giustizia** per um´ontologia del pluralismo. Città Nuova. p. 82-83.

[34] Sendo assim, é razoável que nos interessemos agora em particular pela divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente. Trata-se de investigar o comportamento do historiador jurídico e do jurista, comportamento que assu- /"mem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente. Para isso podemos tomar como base os excelentes trabalhos de E. Betti, acrescentando nossas considerações às suas. Nossa pergunta vai no sentido de saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico é uma diferença unívoca.Que existe uma diferença é evidente. O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual. Não me pareceria suficiente limitar a tarefa do historiador do direito à "reconstrução do sentido original do conteúdo da fórmula legal", e ao contrário, dizer do jurista, que "ele deve, além disso, pôr em concordância aquele conteúdo, com a atualidade presente da vida". Uma delimitação desse tipo implicaria que o labor do jurista é o mais amplo, e incluiria em si também o do historiador. Quem quiser adaptar adequadamente o sentido de uma lei tem de conhecer também o seu conteúdo de sentido originário. Ele tem de pensar também em termos histórico-jurídicos. Só que a compreensão histórica não seria, aqui, mais do que um meio para um fim. Na direção oposta, a tarefa jurídico-dogmática não interessa ao historiador como tal. Como historiador ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico. A descrição de Betti trilha mais ou menos esse caminho. o problema é agora saber se o comportamento do historiado foi visto e descrito suficientemente. No nosso exemplo, como se produz a mudança rumo ao histórico? Ante a lei vigente, vivemos já de antemão com a idéia natural de que seu sentido jurídico é unívoco e que a práxis jurídica do presente se limita a seguir simplesmente o seu sentido original. Se isso fosse sempre assim não haveria razão para distinguir entre sentido jurídico e sentido histórico de uma lei. O mesmo jurista não teria outra tarefa hermenêutica senão a de comprovar o sentido original da lei e aplicá-lo como correto. Savigny, em 1840, descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como puramente histórica (no System des romischen Rech ts). Assim como Schleiermacher não via problema

Portanto, vale concluir, pelo ensinado por *CARNELUTTI* deixando de lado algumas divergências estatuídas pelas suas construções teóricas, sendo que, o mesmo expõe que a Verdade sendo desvelada, depois de ter retomado o curso do tempo remexendo no passado, o juiz tem de dirigir para o futuro; depois de ter estabelecido o que foi, tem de estabelecer o que será.[35] Parecem dimensões (...) o espaço/tempo. Na mesma trilha *VELLOSO*[36] segue o aludido pelo autor acima referendado.

Essa fusão[37] entre Juiz e Historiador, se dá pela *interrogação no que tange a hermenêutica de cunho filosófico*, perguntando e respondendo, a conversação, o dialogo: são fenómenos fundamentais da hermenêutica fenomenológica. A compreensão e a pré-compreensão são uma condição de conversação aberta entre passado e presente, em que um Intérprete põe tudo o que tem a servi-lo de reconstruir um sentido dialogando com a tradição. Portanto, esse Intérprete apreende um sentido que tem pretensão de ser verdade e não mentira (falsidade ou erro), e claro apresenta-se. A compreensão e a pré-compreensão vinculam-se a uma determinada noção de verdade[38], e não precisamente a de adequação do subjetivo e do objetivo. [39]

---

algum em que o intérprete tenha de se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre sentido jurídico originário e atual. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 483-486)

[35] Por mais distinto que seja CARNELUTTI de GADAMER, note-se que o papel do historiador é fundamental para o Direito, pois: "Foi dito que o juiz faz historia; não é tudo o que se deve dizer dele, mas o certo é que a primeira de suas responsabilidades é exatamente o da história, ou melhor, o da historiografia, concebida em seus termos mais estritos e infelizmente insuficientes. O historiador perscruta no passado par saber como ocorreram as coisas. Os juízos que ele pronuncia são, portanto, juízos de realidade ou, mais exatamente, juízos de existência; em outras palavras, juízos históricos. Um fato aconteceu ou não. O juiz, a principio, encontra-se diante de uma hipótese; não sabe coo aconteceram as coisas, se soubesse, se estivesse estado presente aos fatos sobre os quais deve julgar, não seria juiz, e sim testemunha, e se decide, precisamente, converte a hipótese em tese, adquirindo a certeza de que aconteceu ou não um fato,, ou seja, certificando esse fato. Estar certo de um fato quer dizer conhece-lo como se o tivesse presenciado. Para estar certo de um fato que não se viu, é necessário ver outros fatos dos quais, de acordo com a experiência, pode dizer-se que, se aconteceram, o fato desconhecido aconteceu por sua vez ou não. O juízo de existência exige, pois, antes de tudo, do juiz uma atividade perceptiva: deve aguçar a vista e o ouvido e estar muito atento a olhar e a escutar algo. Os fatos que o juiz olha ou escuta chamam-se provas. As prova (de probare) são fatos presentes sobre os quais se controi a probabilidade de existência ou de inexistência de um fato passado; a certeza se resolve, a rigor, em uma máxima probabilidade. Um juízo sem provas não se pode pronunciar; um juízo não se pode fazer sem provas. Todo modo de ser do mundo exterior pode construir uma prova. Por isso a atividade do juiz exige uma constante e paciente atenção sobre os homens e sobre as coisas que estão em relçao com o fato desconhecido que se lhe pede declarar certo, a literatura policial fez do domínio público estas noções. (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 49-50 e 59)

[36] VELLOSO, aponta que o Juiz e o Historiador de forma idéntica atuam, pois: "particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin hechos afirmados que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en la norma Jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un Derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales." (VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La Prueba Judicial** (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 29-30)

[37] Se Fusão é o conceito de um processo físico de transformação do estado da matéria, o que tem haver com o Direito e a História?

[38] Esta qualificação implica o imaginário, a realidade e a ficção, questões centrais tanto em antropologia cultural, artes, filosofia e a própria razão?

[39] A **tradição** para RUBIO que melhor resume GADAMER: "no es un ser fijo rescatable mediante la hermenéutica metodológica. La historia, la reflexión histórica, toma conciencia ella misma de que es histórica. La comprensión no es un procedimiento que tenga que eliminar el obstáculo de la tradición. La comprensión es un fenómeno histórico, un continuum del que forman parte tanto el intérprete como aquello que es comprendido. Aplicado esto a los textos, la tradición no es un obstáculo colocado entre el texto y el lector. La tradición se hace presente tanto en el texto como en el lector, los une y los separa, es su condición fundamental de posibilidad. El intérprete intenta de comprender el pasado y es condicionado por la tradición, y lo es porque pertenece a la misma y no elige arbitrariamente sus puntos de vista. La tradición impone a todos, de modo vinculante, las formas de comprensión no reflexiva. Luego, iremos tomando conciencia de toda esa trama de prejuicios, esto es la pre-estructura de la comprensión. No hay método, sino círculo; tampoco hay estructura metodológica, esto es, el intérprete no accede como sujeto al objeto que pudiera ser la tradición. El intérprete forma parte de la tradición, de modo que ésta media la experiencia que el intérprete experimenta de la tradición. La conciencia hermenéutica gadameriana se entiende como abierta a la alteridad. Efectivamente, la tradición es un otro que le habla al intérprete, un interlocutor que le interpela, le habla como si fuera un tú. No es una

Do todo exposto resta claro que o direito Processual não trabalha com verdades absolutas, mas com versões, ao menos a luz da perspectiva hermenêutica, é que a interpretação do fato (direito) só se faz possível quando o intérprete está inserido em uma situação hermenêutica fenomenológica. Esta é que fornecerá os elementos necessários ao próprio ato interpretativo a partir de sua condição de ser-no-mundo, a tradição em que está inserido e de sua percepção em diferenciar os pré-juízos legítimos/autênticos (pré-compreensão e compreensão) de ilegítimos (pré-conceitos inaltênticos), além de sua capacidade na antecipação de sentido.[40]

Nesta direção, "*las continuas prácticas hermenéuticas intentaron fundamentar y negar las garantías y meta-garantías, desde su aparición, para su orientación en determinado contexto político. Estas interpretaciones, sin embargo, críticas en el desenvolvimiento de certo sistema jurídico, se refomularán como nuevos principios políticos que legitimarán las representaciones y ficciones decierto poder y justicia. Esta visión es la que nos permitirá analizar los contenidos escénicos del principio de publicidad del juicio bajo un marco teórico filosófico.*"[41]

Contudo, o problema que se apresenta em um *todo*[42] no Direito, é o de que continua refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência[43], justamente por não compreeder a proposição apresentada pela hermenêutica filosófica fenomenológica que apresenta a factividade como um importante elemento de integração do direito. É chegada a hora, pois, da superação a qualquer pretensão objetivista e subjetivista como métodos de interpretação do caso concreto (sempre fruto de uma compreensão hermenêutica e, portanto, conteudistica, que se constrói no interior de uma subjetividade), o que antém os operadores do direito na condição de reféns do positivismo jurídico e do (continuado) apego ao esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência. [44]

A Filosofia Contemporânea, que pretende descrever a angustiada situação do *homem de nossa época* e que faz dele o centro de sua mediação, obriga a todos os jusfilósofos a revisar seus pontos de vista sobre a situação do jurídico no mundo (ser-aí) e sobre seu papel e seu sentido para a vida humana (quem sabe *vulcana*). Se filosofia é a permanente problematicidade, é dizer constante urgência por saber algo, necessidade inelidível de encontrar situações presentes, se faz imprescindível o replanejar dos mais importantes temas jusfilosóficos a fim de adequá-los aos aportes da filosofia última para aproveitar seus resultados e, sobre tudo, sua metodologia. Apontam já os precursores desta atitude, precursores que experimentam a ânsia de marchar a fundação de uma nova Filosofia do Direito que tem como tarefa previa de aproximação nítida do fato fundamental da existência, para insertar em que o Direito como uma de suas formar radicais.[45]

A fenomenologia hermenêutica dedica-se a explicitar esse modo de conhecer do mundo – além da escuridão - do ser-no-mundo, do *Dasein*, sustentado pelo ser-em. Dele se alimenta toda a teoria do conhecimento[46] no universo

---

relación inane de sujetos y objetos sino una relación moral entre un tú y otro tú. La experiencia hermenéutica tiene carácter moral, porque si bien el otro es alguien que se pone o construye, hay que refrenar el impulso de dominar ese tú; hay que reconocerlo como un yo. Entender al otro transforma. Alguien que quiere decirnos algo, la tradición, y hay que respetar y escuchar eso que quiere decirnos, para luego dialogar con ella. La comprensión, por tanto, tendrá estructura de conversación o diálogo. Y este modelo de comprensión no se basa en el esquema cerrado de sujeto-objeto, sino en el esquema abierto de preguntas y respuestas, en el que texto e intérprete se reconocen recíprocamente y juegan en posiciones cambiantes y alternativas." (RUBIO, Fco. Javier Benítez. **La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer**. In: https://www.scribd.com/document/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER. Acessado em 08/05/2018. p. 17-19 e 27)

[40] ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 65.

[41] GUARDIA, Lucas. **Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio** (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). In: Lecciones y Ensayos. p. 100.

[42] Há um todo?

[43] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 465.

[44] ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 75.

[45] SESSAREGO, Carlos Fernández. **Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho**. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950. p. 5.

[46] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

5 Conclusão

Por essas razões, a compreensão e a reinterpretação dessa fenomenologia são de suma importância, uma vez que criam a possibilidade de uma nova filosofia fenomenológica da tecnologia no Direito, de uma nova *e*-linguagem que vai além do diagnóstico clássico de alienação.

Para algumas pessoas talvez seja emocionante estar recebendo os "benefícios" das inovações tecnológicas, mas não sabemos como lidar com os muitos desafios que a ciência jurídica irá enfrentar.

Vivemos a euforia *start-up* de tecnologia no direito ou nossa esperança no processo eletrônico... ferramentas para que qualquer pessoa interessada ganhe uma melhor compreensão do direito? Resolver os conflitos, dar celeridade... na compreensão, interpretação e aplicação do direito, ficarão os *easy cases* ao intérprete ... *hard cases* para a CPU.

Referências

ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). **Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI**. Málaga: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004.

AVENDAÑO CERVANTES, Guillermo**. El mito de la tecnología**. México, DF: Diana, 1995.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas**. Tomo Primero. Paris: Bossange Freres, 1825.

BOURCIER, D., y CASANOVAS, P. (Ed.). **Inteligencia artificial y derecho**. Barcelona: Editorial UOC, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CASTELLS, M. **La era de la información: Economía, sociedad y cultura**. México: Siglo XXI, 2000. v. 1: La sociedad red.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e Techne**: o homem na idade da técnica. São Paulo. Editora: Paulus.

GUARDIA, Lucas. **Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio** (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). In: Lecciones y Ensayos.

IACCARIO, Antonio. **Veritá e Giustizia** per um´ontologia del pluralismo. Città Nuova.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

KAKU, Michio, Hyperspace: A Scientific Odyssey Through Parallel Universes, Time Warps, and the Tenth Dimension. New York, Oxford University Press (1994) ISBN 0-195-08514-0. **No Brasil**: Hiperespaço: uma odisséia científica através de universos paralelos, empenamentos do tempo e a décima dimensão. Rio de Janeiro, Rocco (2000) ISBN 85-325-1046-9.

MIRANDA, Angela Luzia. **Técnica y Ser en Heidegger**: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 208-213. Tese (Doutorado) -- Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008.

ORTEGA Y GASSET, Jose. **La verdad como Coincidencia del Hombre Consigo Mismo**. In: **Obras Completas de Jose Ortega y Gasset**. Tomo V (1933-1941) Sexta Edición. Madrid: Revista de Occident, 1961.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Manual de informática y derecho**. Barcelona: Ariel, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El derecho ante las nuevas tecnologías. In: BAUZÁ REILLY, Marcelo; BUENO DE MATA, Federico (Coord.). **El derecho em la sociedad telemática**: estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.

RIVERO, Antonio M., SANTODOMINGO, Adolfo (Coord.). **Introducción a la informática jurídica**. Madrid: FUNDESCO. 1986.

RUBIO, Fco. Javier Benítez. **La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer**. In: https://www.scribd.com/document/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER. Acessado em 08/05/2018.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho**. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Verdade e Significado**. In: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIMON, H. A. The ciencies of artificial. Cambridge: MIT Press, 1991.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALDERRAMA, Miguel. **Historia y Verdad, una Vez Más**. Santiago, La Nación, 1991.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La Prueba Judicial** (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

O MELHOR CAMINHO PARA A COMPREENSÃO DA TECNOLOGIA PÓS-MODERNA NO DIREITO

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

pjtrindades@hotmail.com

Vinícius Almada Mozetic

Pós-doutor e doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS;

Professor e membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC - Chapecó (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais).

vinicius.mozetic@unoesc.edu.br

Resumo: Autores como Heidegger e Gadamer questionam os fundamentos de amparo de uma cultura de época ou de um *mundo técnico.* Talvez seja esse o ponto mais interessante na prática Heideggeriana e Gadameriana, mesmo porque esse progresso técnico-científico não é metafísico, mas *consumado*, é o destino final da filosofia moderna, que considera o mundo como objeto de uma implacável vontade de poder e dominação. Por se decidir fazer a análise da técnica e sua influência, na ciência jurídica, aprofunda-se o pensamento em Heidegger. Por isso era preciso passar pelo estudo da chamada *ontologia fundamental*, que, na verdade, não fornece um novo *fundamento*, mas que surge também do fundamento dos fundamentos. Então, toda essa problematização que se percebe em Heidegger – que já pensa em *Ser* e *Tempo*, como o lugar onde *des-cobrem* várias maneiras de interpretar o próprio *Ser* (*não somente entes*) é que vai dar grau a uma relação entre a filosofia, tecnologia e direito; entre hermenêutica, filosofia, tecnologia e direito.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Novas tecnologias. Pós-modernidade.

Abstract: This research investigates the contribution of philosophy in the field of Law. Authors such as Heidegger and Gadamer question the fundamentals of support of a culture of time or a technical world. Perhaps this is the most interesting point in Heidegger and Gadamer's practice, even as this technical and scientific progress is not metaphysical, but finished, is the ultimate destination of modern philosophy, which regards the world as the object of a relentless will to power and domination. Why decide to do the analysis of the technique and its influence in legal science, deepens the thought in Heidegger. It was necessary to go through the study of so-called fundamental ontology, which actually does not provide a new fundamental, but also arises from the fundamental of the fundamentals. So, all this questioning that is perceived in Heidegger – who already think in Being and Time, as the place where they discover several ways to interpret Being itself (not only ones) is going to grade a relationship between philosophy, technology and right; between hermeneutics, philosophy, technology and law.

Keywords: Legal hermeneutics. New technologies. Postmodernity.

1 Introdução

*Na obra Ser e Tempo, Heidegger a*presenta a diferença entre a superação (Überwindung) e *Verwindung*, que é um termo usado quando se trata de o *Ser* humano ter de "aguentar/lidar", em caso de uma doença, ou admitir um fato muito complicado, em vez de esquecê-lo. A metafísica[1] é a parte da história (*ocidental*) que embasa a compreensão do *Ser*. Desse modo, Heidegger questiona: *o que acontece quando os fundamentos – também chamados de valores por Nietzsche – perdem sua função de amparar uma época, uma cultura ou um mundo técnico*? Um fator importante e que evidencia isso é o ponto de vista de Heidegger a respeito de Nietzsche: ele o vê como o pensador que melhor previu a que extremo poderia chegar a tecnologia moderna e de sua cegueira: a técnica como pretensão de poder do Homem. Talvez seja esse o ponto mais interessante na prática heideggeriana, mesmo porque esse progresso técnico-científico não é metafísico, mas *consumado*, o destino final da filosofia moderna, que considera o mundo como objeto de uma implacável vontade de poder e dominação, nada mais é do que isso mesmo: *consumação*.

Por se decidir fazer análise da técnica e sua influência na ciência jurídica, aprofunda-se o pensamento em Heidegger. Ele é o grande responsável por permitir pensar em novos fundamentos que justificassem uma Hermenêutica Jurídica (crítica) da tecnologia. Nesse intuito, tornar-se-ia necessário passar pelo estudo da chamada *ontologia fundamental*, que, na verdade, não fornece um novo *fundamento*, embora surja do fundamento dos fundamentos. Quando se questiona o significado de *Ser*, é o mesmo que questionar sobre o significado de tais fundamentos e, especificamente, a relação entre o *Ser* e *Tempo*, que é para o *Ser* o mesmo que: *Ser* interpretado da primazia da presença e do presente, o qual deixa de lado os momentos temporais do passado e do futuro, realizando presença neste momento tão crítico do Direito ao receber em toda a sua dimensão a influência da tecnologia.

Por essa razão a ontologia fundamental de *Ser* e *Tempo* é vista como uma tentativa de distorcer (*no sentido Popperiano*) a tese clássica de que o *Ser* é igual à presença, uma vez que existe pelo menos um *Ente* – representado pelas pessoas mesmas – cujo *Ser* está caracterizado por essa abertura tri-temporal. Isso deixa em aberto a questão da relação entre este *Ente*, ou seja, o ser humano mesmo cujo *Ser* é precisamente o lugar tri-temporal (*é tempo*), o "*aí*" do *Ser* como o tempo (tridimensional), inclusive com outras formas de *Ser* dos *Entes* "*não existentes*", cujo modo de *Ser* não é bem aquele do *Ser* humano.

Então, toda essa problematização que já se percebe em Heidegger – que já pensa em *Ser* e*Tempo*, como o lugar onde *des-cobrem* várias maneiras de interpretar o próprio *Ser* (não somente entes) é que vai dar grau a uma relação entre a filosofia, tecnologia e Direito; entre hermenêutica, filosofia, tecnologia e Direito. Isso vai acontecer de tal maneira que se pode perceber a filosofia da tecnologia dentro do Direito, pelo viés da hermenêutica filosófica, em outras palavras, acontece a hermenêutica jurídica da tecnologia como resultado dessa complexidade.

2 Por que Heidegger?

Na literatura do século XX, a leitura heideggeriana tem sido o que se encontra de mais radical sobre a ontologia da técnica moderna. A explicação é porque existe a ideia de que Heidegger possui uma visão pessimista e fatalista da filosofia da tecnologia. Nos anos sessenta, seu pensamento ganhou muitos adeptos, mas também opositores. No ano de 1969, em uma entrevista ao professor Wisser, Heidegger afirma que:

---

[1] Etimologicamente a palavra metafísica é formada a partir de duas palavras gregas: *metà* que significa além e *phiysica* que quer dizer física, natureza. Neste eixo a metafísica vem a ser a ciência que estuda as coisas para além da física, ou seja, o que não se restringe ao mundo físico e além do materialismo, é o que designamos de mundo fenomenológico. Classicamente a metafísica é a parte da filosofia que se ocupa do entendimento das causas primeiras: formais, materiais, finais e eficientes, da supremacia dos princípios das coisas, com grande apreensão às razões da realidade. Ao decorrer dos séculos tal definição foi modificada de vários modos. É importante lembrar a definição clássica de Aristóteles, que delineava seus estudos acerca da metafísica chamando-a de ciência primeira, definindo como ciência que estuda o ser enquanto ser e suas propriedades. O pensamento aristotélico é uma reprodução do pensamento de Platão, e foi em Aristóteles que se alcançou a definição do *ser* com uma multiplicidade de significações. Aristóteles visava essencialmente uma fenda do que até então Platão havia estudado, à procura por uma universalidade, "nele, a linguagem não se manifesta, mas significa as coisas. A palavra é (*somente um*) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (*apenas*) por significação". STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 148.

"*Primero, hay que decir que no tengo nada contra la técnica. No he hablado nunca contra la técnica, tampoco contra lo así llamado 'demoníaco' de la técnica. Sino lo que intento es comprender la esencia [Wesen] de la técnica*"[2]. Há uma má interpretação dessa fala, quando Heidegger comenta a abordagem para a *essência da técnica*, e de que o filósofo seria contra. O que ele visivelmente está falando é a respeito das consequências da civilização tecnológica, tal como já anunciado no seu tempo, com a construção da bomba atômica e o surgimento da biofísica, por exemplo; como comenta nesta entrevista:

> […] em um tempo previsível, estaremos em condições de fazer o homem, quer dizer, construí-lo na mesma substância orgânica, assim como o necessitamos: homens hábeis e torpes, inteligentes e estúpidos. Vamos chegar a eles! As possibilidades técnicas estão presentes, neste momento. […] na ténica, ou seja, na sua essência, vejo que o homem provocado sob o poder de uma potência que o leva a aceitar desafios com relação ao qual já não é livre – vejo que algo se anuncia aqui, ou seja, uma relação entre o Ser e o Homem – e que essa relação, que se dissimula na essência da técnica, poderá um dia ser divulgada de forma mais clara.[3]

Talvez, isso signifique que Heidegger se oponha à técnica; talvez não. Mas, o que acontece é que, de acordo com Heidegger, na história do *Ser*, o homem perdeu sua relação livre com a *técnica*. Portanto, o que Heidegger tenta resgatar, algo que também se fez nesta pesquisa, é esse sentido original do relacionamento livre entre o homem com a técnica. Heidegger faz uma crítica, dizendo que é um erro o homem pensar que domina a técnica e de que está em plena afinidade com ela; pois essa relação é uma situação de escravidão, em que ele, o próprio homem, está sendo dominado. E, isso não tem nada a ver com a ideia de ser contra a técnica. *Que el hombre vive bajo el poder de la esencia de la técnica moderna, encadenado a ella.* O que Heidegger não tem em vista, ainda, é se a relação – *Ser* e *Homem* –, que até o presente momento está encoberta pelo poder da essência da ténica moderna, poderia um dia ser divulgada claramente.

O resgate do sentido original e a livre relação entre homem e a técnica eram motivo de inquietação para Heidegger. Dessa forma, a questão não é negação à técnica, todavia afirmação, no que é mais peculiar e ordinário. Seguindo essa ideia, a revelação do *Ser* significa que qualquer reflexão sobre a *ontologia da tecnologia moderna* fatalmente leva, pelo menos, no sentido filosófico, ao campo da metafísica, porque a técnica e a metafísica concordam com a modernidade. Portanto, se quiser compreender o significado da técnica pós-moderna, a hermenêutica jurídica da tecnologia no Direito, é preciso situar-se, inicialmente, no campo da metafísica e entender o porquê da necessidade de destruí-la.

2.1 No Homem a Manifestação do Ser

Durante a Primeira Guerra Mundial e depois, surgiu a crítica ao caráter de natureza de sistema fechado da concepção sistemática neokantiana, o qual discutia a legitimação dos problemas da história; nessa atmosfera é que Heidegger deu início a sua carreira de pensar. Já se percebia nesse aspecto certo distanciamento dos problemas da história. Com a dissolução desse marco filosófico transcendental, a única coisa que se manteve em pé foi o legado de idealismo, o qual precisava deixar de lado também esses problemas. Isto se reflete até mesmo quando Heidegger tenta mudar o trabalho histórico reflexivo do pensamento de Dilthey. Na concepção sistemática da filosofia transcendental, de seu admirado professor Husserl, o fundador da fenomenologia, obteve, assim, uma espécie de síntese entre a problemática diltheyana da historicidade e os problemas da ciência de base transcendental. É assim que se encontra, em *Ser e Tempo*, a combinação surpreendente de uma dedicatória a Husserl e uma homenagem a Dilthey[4]. Em verdade, o que Heidegger quer que se compreenda é que a metafísica é como um destino para o *Ser*; foi *ela*quem levou a humanidade ocidental até ao completo e extremo esquecimento do *Ser*, esse *Ser*que conheceu a era da tecnologia e hoje

---

[2] MIRANDA, Angela Luzia. *Técnica y Ser en Heidegger*: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 72-85. Tese (Doutorado) — Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008.

[3] MIRANDA, Angela Luzia. *Técnica y Ser en Heidegger*: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 71-77. Tese (Doutorado) — Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008.

[4] GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 140.

impacta no Direito.[5]

Nota-se que o primeiro Heidegger é definido na obra *Ser e Tempo*, obra que se estabelece em duas partes: cada qual com três seções. Na primeira, encontra-se a reflexão acerca da interrogação do *Ser* no intuito de examinar e apontar o tempo e o horizonte, tal questionamento é de uma característica única, determinada, e muito, na metafísica, desde Platão, com suas ideias, até, enfim, na dialética de Hegel; uma tentativa de elevar o *Ser* à presença; o próprio Husserl fala dessa consciência como *presentificação*, um fazer-se presentes as coisas. Heidegger, então, comenta a primazia do *presente* e sugere um novo horizonte para a compreensão do *Ser*: a temporalidade estática; ou seja, a temporalidade no *passado-presente-futuro*; o tempo em seu transcurso efetivo. Por esse motivo, os temas em questão das três seções da primeira parte, subsequentemente, seriam; o *Ser humano-aí*, sua temporalidade estática e a conexão de *Ser* e *Tempo*. Seguindo essa ideia, a segunda parte destinar-se-ia à destruição da história da metafísica, algo que muito interessa a este estudo, Heidegger, todavia, ignora-a. Examinando, particularmente, seriam suas três seções – o esquematismo transcendental de Kant, o *cogito* cartesiano e a concepção aristotélica de tempo.

Não obstante, *Ser e Tempo* inclui apenas as duas primeiras seções da primeira parte, as quais se findam com tom problemático e com questionamentos sobre presságios, aos quais não haverá respostas. Heidegger adverte repetidamente em *Ser e Tempo* que o pensar movimenta-se em círculos, o que se prende com a metodologia interrogativa que tem dopado; aqui não é só isso, mas que precisa ser reconhecido na Carta sobre o humanismo (em 1947) *que el pensar que intenta dar algunos pasos más allá de Ser y Tiempo, siegue todavía hoy,* (já se passaram vinte anos), *sin pasar adelante*.

Em relação à produção literária de Heidegger, é um pouco difícil esclarecer a evolução do seu pensamento, mas é preciso fazê-lo; ao que tudo indica, o filósofo alemão deu algum valor importante às meditações. Alguns insistem em sublinhar, acima da mudança a que já se aludiu, a unidade de pensamento heideggeriano. E, com alguma razão, porque, como ele gostava de dizer, é um pensamento a caminho; ele mesmo aconselha que, *somente desde o que foi pensado em Heidegger I, você pode acessar o que há em Heidegger II*[6]. Do primeiro Heidegger, há outras obras importantes, não mencionadas por ora, que sobrevieram à obra *Ser e tempo*, são elas: *Sobre a essência do fundamento* (escrita em 1929); *Sobre a essência da verdade* (palestra de 1930); *Lógica* (curso de semestre de Verão de 1934); *Introdução à metafísica* (curso em 1935); e *Fundação da metafísica* (curso de 1936, publicado em 1936 e em 1962, intitulado *A Pergunta pela caisa),* bem como uma conferência denominada *A origem da obra de arte e outra*, sobre Holderlin e a essência da poesia, nos anos 1935-36. Em 1936, durante o período da nazi Alemanha, mudanças começaram a ocorrer em Heidegger[7]; para mudar o que consiste no que Colomer expressou com veracidade, em *Transformando o pensamento sobre o próprio pensamento*[8].

Vale dizer que a primeira versão de Heidegger é de um pensador que eleva a produção à ordem transcendental: regressa o *Ser* para suas origens; é produção, é de seu *ativo* e *produtivo*. A crítica à metafísica, que acomete Heidegger em *Ser e tempo,* e que também se faz a fim de fundamentar este trabalho, é baseada na suspeita de que a tradição não chegou para o *Ser*, mas que se prendeu ao *Ente*, perdendo com isso, ou pelo menos, reduzindo a intensidade produtiva que o *Ser*tem. Isso influenciou de maneira determinante a modernidade. Essa intensidade produtiva do *Ser*acabou sendo esquecida com Platão e Aristóteles, pois a metafísica voltou-se a atender às necessidades do *Ente* já formado, presente e dado no tempo atual, nesta *Era da Técnica*, inclusive no Direito; seu nascimento e aparecer, assim se esqueceu também de questionar a presença do momento presente. Na opinião de Heidegger, a fundamentação da tradição filosófica ontoteológica cristã é, segundo dizem, um ferro de madeira, pois esta propõe a entidade Deus como base para a entidade criatura. Da mesma forma, o princípio da razão suficiente, que preside a especulação moderna sobre a *Verdade* e o *Ser*, permanece no nível puramente entitativo: a causa e o efeito, o fundamento e o fundado; mas isso não

---

[5] GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 144.

[6] HEIDEGGER, Martin. Prólogo. In: RICHARDSON, W. L. *Heidegger*: Through phenomenology to thought. La Haya: M. Nijhoff, 1963. p. xiii.

[7] Poggeler fecha este cambio, de acuerdo con su distinción de tres etapas en el pensamiento heideggeriano, en 1930. POGGELER, O. *El camino de pensar de Martin Heidegger.* Madrid: Alianza,1986. p. 404.

[8] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 359-362.

faz perceber o seu sentido genético e produtivo. Mas se tem sentido verbal, dinâmico, atuante e produtivo, como será para entendê-lo? Talvez, aqui, seja necessário aprofundarem-se os motivos que determinam a tecnologia fundante no Direito e razão única de caráter eficientista, cego e ao mesmo tempo, oculto ao próprio sujeito[9].

De certo modo, Heidegger descreve a história da metafísica como o crescente esquecimento do *Ser*. O estar livre pelo Ente, o mostrar-se do *eidos* em seu contorno invariável, deixou em suas mãos a indagação da procura pelo *sentido* do *Ser*. O pensamento de Heidegger em *Ser e Tempo*não era apenas um ajuste em um nível mais profundo dos fundamentos da fenomenologia transcendental, porém seu trabalho preparava, ao mesmo tempo, uma reviravolta que levaria ao colapso de todo o conceito de estabelecimento de qualquer validade impensável dentro do ego transcendental e, acima de tudo, a concepção de que o ego é, em si mesmo, muito do que se presencia nos dias atuais e nas ciências. O pensamento heideggeriano determina e passa a exigir, então, um retorno à busca pelo *Ser* na modernidade, na era da tecnologia, no Direito[10].

2.2 Manifestação da Metafísica e suas Formas

Historicamente, é possível observar três formas nas quais a metafísica se apresentou: metafísica como teologia; metafísica como ontologia e metafísica como gnosiologia. Primeiramente, apresenta-se como tudo aquilo que está além da experiência, elencada no perfeccionismo, em que os seres e coisas do mundo dependem dela. A segunda: a ontologia refere-se às caracterizações fundamentais do *Ser*, aquilo que o qualifica; se não por isso, não o seria. A terceira forma de apresentação da Metafísica é a gnosiologia "*uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum, antes que os caminhos se separem e se desunam*"[11].

O *Ser* foi entendido na Filosofia Clássica como algo unívoco, caracterizado pelo princípio da univocidade, não permitindo nenhuma outra realidade, ou o vir-a-*Ser* como afirmado por Heráclito[12] em sua metafísica, o que existe é a apenas aquilo que é, e sendo não pode *vir-a-ser*, porque já é. Todo o pensar ocidental desenvolveu-se a partir do pensamento de Aristóteles e Platão nas suas concepções acerca do sentido do *Ser*, porém, esqueceu-se da problematização da questão uma abertura sobre o sentido do *Ser* que deixou de ser alvo de uma investigação aprofundada. Um problema visivelmente filosófico da metafísica é a distinção entre as três formas em que ela se apresenta, entre aqueles que conseguiram distingui-la, destaca-se Heidegger, que, por sua vez, de forma acintosa, criticou veementemente a metafísica em sua abordagem sobre o problema do *Ser*, em sua obra *Ser e Tempo.* Martin Heidegger empreende a repetição da questão do sentido do *Ser*, no horizonte do tempo, indicando um primeiro passo na delimitação da pergunta em face da tradição metafísica, consistindo a temática na diferença ontológica, na qual ressalta a pergunta pelo sentido do *Ser* e abre um caminho de debates e uma desleitura do clássico, ressaltando o que até então havia sido encoberto na história da filosofia, no Direito e na tecnologia, inclusive.

A recuperação da ontologia e a superação da ontoteologia da metafísica no pensamento moderno deram-se pela hermenêutica da facticidade e uma fixação de uma ontologia fundamentalista com uma profunda análise verídica acerca da teoria do *Ser*, realizando um desligamento da ontologia tradicional e encarando algo não cogitado pela tradição clássica, mas através das lentes da contemporaneidade com novos métodos e conceitos. Para entender a crítica de Heidegger, necessário se faz perceber que ele não negou que a metafísica tenha sido guiada por uma ideia vaga de *Ser,* e isso já foi abordado nas páginas anteriores, mas que a compreensão sobre a qual se basearam os gregos, em toda investigação, não fora posta em questão,

---

[9] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 366-367

[10] Heidegger levantou o problema da fatualidade em um sentido mais radical e original. Na medida em que a metafísica incipiente começou a pedir, dentro dos logos, o desvelamento dos seres, a sua presença e preservação no pensamento e na enunciação, a verdadeira dimensão da temporalidade e historicidade de ele ser envolto em uma sombra profunda e duradoura. GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 86-87.

[11] STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 186.

[12] Heráclito pensou o *Ser* como algo não idêntico. O *Ser* é o *Vir-a-Ser*. Nada é idêntico a si mesmo, o ser é mutável, pois "não somos os mesmos ao entrarmos num rio duas vezes, pois tanto as águas, como nós, deixaram de ser.

quanto à interrogação sobre o seu sentido. Heidegger vai além, discute e coloca na história da filosofia uma nova questão a ser resolvida. O fato de a tradição ter esquecido a questão do sentido do *Ser*demonstrou sua mentalidade de interpretar o mundo e entender o *Ser*. Sobre a ontologia heideggeriana[13] é importante que se ressalte que surge, agora, como alternativa à metafísica para que se compreenda o mundo fora do mimetismo clássico através do método fenomenológico.

Então, Heidegger sugere: "*Será que hoje temos a resposta para a pergunta do que queremos dizer com a palavra Ente*?" De forma alguma, trata-se de colocar novamente a questão sobre o sentido do *Ser*[14]. Com essa frase adentra-se num eixo filosófico quanto à preocupação na obra *Ser e Tempo,* proporcionando uma desleitura do texto filosófico clássico, além de abrir um caminho mais específico com base nela. Heidegger, de alguma forma, parece discordar das fundamentações aristotélicas no que tange à noção do *Ser,* o que, de fato, defende, parece, num primeiro momento, é que tais questões não são intrínsecas em relação ao sentido do *Ser*, mas, sim, uma crítica ao método de explicar o *Ser* como um objeto científico capaz de determinar adequadamente o sentido. *Ser e Tempo* confere uma mudança de paradigma, fugindo da dicotomia histórico-tradicionalista e avança para além da relação sujeito-objeto na questão da ontologia e conhecimento. Isso ajuda no caminho científico com o intuito de determinar a real necessidade das tecnologias no Direito e o problema da relação sujeito-objeto. Heidegger propõe uma investigação desligada do *Ente* que procura o acesso ao *Ser*, à própria revelação[15], pois o *Ser* não se manifesta diretamente, está, todavia, sempre alienado como o *Ser* de determinado *Ente*[16]. Para tanto, o estudo de determinado *Ser* deve ser efetuado com fulcro na particularidade do Ente, desligando tudo o que não lhe pertence, concentrando a atenção no *Ente* particular.

Destarte, será possível alcançar a transparência do *Ser* como *Ser*, ou do *Ser* como tal, sendo o homem o eixo excêntrico de ligamento, com base no método fenomenológico, deixando que o *Ser*se manifeste, procurando compreender a manifestação tecnológica. A fenomenologia é o caminho e o modo de verificação para o que deve constituir tema de Ontologia, ou seja, é a ciência do *Ser*do *Ente*. *A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível através da fenomenologia*[17]. O homem é o *Ente,* por intermédio do qual o *Ser* manifesta-se, torna-se visível. É, por meio da reflexão, que o homem pode encontrar o *Ser*, a partir de uma reflexão[18] sobre ele mesmo, partindo da premissa da existência humana como *Daisen*, assim o homem desvendará a si mesmo, inclusive na era tecnológica. Heidegger cria uma terminologia própria ao denominar o homem como Daisen[19], assim expressa que o homem é o *Ser-aí* em um determinado momento histórico, situado nesse

[13] Es en esa ontología hermenéutica con pretensiones de universalidad y ultimidad, donde para Habermas las categorías de la ontología fundamental de Heidegger y los conceptos más básicos del Heidegger posterior quedan reinterpretados en términos de una ontologización de la tradición (y del prejuicio) y de una decidida deslegitimación de las estructuras de la conciencia moderna. Y ello por más que dicha deslegitimación quede atemperada por una culta, elegante y urbana apelación a la tradición humanista, que tampoco es sin más la tradición que sirvió de vehículo a las estructuras de la conciencia moderna. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Gadamer sobre el concepto aristotélico de phrónesis. *Éndoxa*: series filosóficas, Madrid, n. 20, p. 313, 2005. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-200585D12EE7-A6BA-14AA-F3D2-FE2DBB7AB7C0/gadamer_sobre.pdf> Acesso em: 23/05/2018.

[14] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 24

[15] Para Heidegger a repetição da questão do sentido do ser não requer mais uma *Analítica Transcendental,* mas uma *Analítica da Existência,* a qual se inscreve na perspectiva da transcendentalidade do *Dasein* e não mais do sujeito. A estrutura formal dos *existenciais,* aberta pelas modalizações da temporalidade (*Zeitlichkeit*), marca a diferença da *modalidade* no sistema categorial kantiano, enquanto modalidade lógica dos juízos, em face da modalização ontológica, ou modalidades da temporalidade. Contudo, embora considerando o hiato entre a lógica e à ontologia, convém buscar os nexos temáticos entre as filosofias de Kant e Heidegger no contexto da crítica heideggeriana da metafísica tradicional. BARRETO, Sônia. Ontologia e crítica da metafísica: Kant e Heidegger. *Revista Estudos Filosóficos*, São João del-Rei, n. 8, p. 18-32, 2012. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art2_rev8.pdf>. Acesso em: 23/05/2018.

[16] A determinação do "ente" dá-se por tudo aquilo que somos e como somos tudo aquilo de que falamos e nos referimos.

[17] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 66.

[18] A reflexão como reflexo da ação. A reflexão não é determinada como produto da consciência, mas como reflexo. Reflexo das ações bem-sucedidas a sua memória. A ação é o modo como o homem expressa a vontade de existir, contra a qual o homem da reflexão se rebela, atribuindo à existência objetivos e fins aos quais deve atender. A autonomia da reflexão apoia-se sobre a remoção da sua origem. A técnica não quer um simples prosseguimento da vida de maneira cômoda. GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne*: o homem na idade da técnica. São Paulo: Paulus, 2006. p. 101-103.

[19] Daisen (Ser-aí) Não se pode confundir o Daisen com o homem ou com a humanidade. É no Daisen que o homem constrói a sua história, o seu modo de ser, sua existência, o Daisen não é o homem individual, mas toda a humanidade fática e concreta, assim Ser e Tempo não se torna uma investigação antropológica, mas o ponto de partida de uma ontologia fundamental.

contexto.

O homem é aquele que interroga a sua existência no mundo tecnológico através de um caminho, um ato de liberdade, isto é, *estar-no-mundo tecnológico*. Esse fenômeno apresenta uma tripartição: "O *'em – um – mundo', o ente que sempre é,* o *Ser – em como tal*"[20]. O *Ser* como existência fática é algo que não se pode medir ou calcular – veja; há um questionamento do *Ser Tecnológico*, em que a existência do *Ser* não poderá ser sinônimo de objetificação, de virtualização, a verdadeira ontologia deve estar hermeneuticamente ligada à facticidade moderna, por facticidade Heidegger entende "*a designação para o caráter ontológico, de nosso Ser-aí próprio.* […]. *Esse "Ser-aí" em cada ocasião*"[21]. O ponto de partida é o fático moderno estabelecendo uma relação com o ontológico. A partir dessa linha, Heidegger estrutura o *Ser* não mais como algo fixo, objetual, como o sujeito-objeto, que por fim deve se esgotar. Assim, A fenomenologia constitui o *como* da pesquisa sobre o *Ser* na tecnologia, ou seja, o modo como ela deve ocorrer. Com esses conceitos, Heidegger argumentará, então, que a *hermenêutica é o caminho mais adequado de apreensão do ser fático e tecnológico*, uma interpretação fenomenológica da tecnologia e da existência humana na era moderna.

É possível afirmar, então, que *Heidegger inaugura o que se pode chamar de hermenêutica filosófica*, uma vez que em seu pensamento a hermenêutica é mais do que uma preocupação epistemológica, pois se torna o esforço compreensivo acerca do *Ser* em vista do horizonte existencial do Dasein, no tempo, neste tempo. É importante lembrar-se de que hermenêutica visa a compreender o *Ser* tecnológico, sua relação com a ciência jurídica. Heidegger vincula a hermenêutica à existência, tendo por objetivo um conhecer puramente existencial do *Ser-aí* que permite o homem conhecer o *Ente* e interpretá-lo. Heidegger projeta os novos rumos para a hermenêutica como compreensão do homem na era moderna como o *Ser* que só se compreende ao interpretar, ou seja, o conhecimento humano na era da tecnologia é interpretativo-existencial – sua relação com a ciência jurídica. Essa fenomenologia hermenêutica atribui sentido para com o intérprete e a interpretação, no que tange à fenomenologia hermenêutica da tecnologia – entendida globalmente, e que se verá mais adiante; comportando as descobertas tanto de Heidegger quanto de Gadamer – é possível notar nas obras de Josef Esser, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann e Ronald Dworkin a recepção dos principais conceitos desenvolvidos por esta tradição[22] hermenêutica do século XX e do século XXI. Por tudo isso, e, em todos esses autores, agora, há a possibilidade de se pensar em um *acesso hermenêutico* para a tecnologia do (e no) Direito[23–24].

2.3 A Necessária Superação da Metafísica

É necessário entender por que, para Heidegger, o trabalho de superação da metafísica, antes de qualquer coisa, teria de desfazer toda uma arquitetura que foi planejada na história do Ocidente. Esse trabalho foi planejado para pensar incorporação de *Ser* e *Ente*. O *Ser*, assim nivelado a partir dessa perspectiva,

---

[20] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 91.

[21] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 13.

[22] Buscando apresentar um ferramental para a interpretação do Direito, desde a primeira edição, venho utilizando, como fio condutor, o "método" fenomenológico-hermenêutico, visto a partir de Heidegger, como "interpretação ou hermenêutica universal", é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a* práxis *humana, como existência e faticidade,* em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada. Para tanto, ver: Stein, Ernildo. *A questão do método na filosofia*. Um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 100 e 101. In: Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2.

[23] Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 278.

[24] Daí a necessidade da elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional – ainda (fortemente) assentada nesses dois paradigmas filosóficos (metafísica clássica e filosofia da consciência) – através da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) o *Ser* que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), *onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido*. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

construiu também as bases do mundo pós-moderno, a discussão do *Ser* na tecnologia e, consequentemente, seus reflexos ao Direito. Desse modo, a ideia é tratar inicialmente da diferença ontológica não apenas como proposta de superação da metafísica[25], mas também como fonte de interpretação desse impacto da pós-modernidade na ciência jurídica como um todo. Veja-se o que diz Heidegger:

No homem impera um pertencer ao Ser; este pertencer escuta ao Ser, porque a ele está entregue como propriedade. O *Ser*? Pensemos o *Ser* em seu sentido primordial como presentar. O Ser se presenta ao homem, nem acidentalmente nem por exceção. Ser somente é e permanece enquanto aborda o homem pelo apelo. Pois somente o homem, aberto para o Ser, propicia-lhe o advento enquanto presentar. Tal presentar necessita do aberto de uma clareira e permanece assim, por uma necessidade, entregue ao ser humano, como propriedade. Isso não significa absolutamente que o Ser é primeiro e unicamente posto pelo homem[26]. Ernildo Stein muito bem complementa a respeito da superação da Metafísica:

> O que Heidegger fez, falando em superação da metafísica, foi nos libertar das ilusões de fundar a metafísica no ente e no positivo e nos levar ao adentramento da metafísica, para nela vermos a moldura que dá unidade e funda nosso conhecimento positivo. Aqui Heidegger nos fala de necessidade de desconstrução da metafísica como presença.[27]

De acordo com essa perspectiva, é possível afirmar, segundo as reflexões de Heidegger, que a história do *Ser* pertence apenas a si mesmo. Isso posto, vê-se que, para fundamentar a história *Ser-Ente*, o homem nivela a si mesmo e aos demais entes, uma vez que ele próprio produz uma essência ontológica. Alguns estudiosos ou pensadores precipitados deixam amostras de que a pós-modernidade não conseguiu, de fato, superar a metafísica.

2.4 A Análise Crítica da Diferença Ontológica Supera Finalmente a Metafísica

O filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976), dentre outros objetivos de suas reflexões filosóficas, objetivou *superar a metafísica por meio de uma análise crítica da diferença ontológica.*Para tal, Heidegger pesquisou as bases da própria metafísica. Em outro sentido, o filósofo recorreu ao período da filosofia pré-socrática para tentar construir um fio condutor acerca da diferença ontológica, isto é, seu percurso, seu esquecimento e a necessidade de recuperá-la. Essa base de pensamento será necessária para entender o significado do *Ser* na perigosa travessia do Direito na era da tecnologia e seus reflexos. A metafísica é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras, e como princípio próprio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Na sua história, apresentou-se sob três formas fundamentais diferentes, como dito anteriormente, as quais se podem detalhar brevemente: 1 – Metafísica como teologia; 2 – como ontologia; e 3 – como gnosiologia. Na primeira, a metafísica se apresenta como "*ciência daquilo que está além da experiência*". Implica reconhecer como objeto da metafísica o ser mais alto e perfeito do qual dependem todos os outros seres e coisas do mundo. É o que Aristóteles chama de "*algo de eterno, de imóvel e de separado*" (Met. VI, 1, 1026 a). A segunda é a ontologia ou doutrina, a qual estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é, refere-se às determinações necessárias do ser. Essas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede todos os outros e é por isso ciência primeira enquanto seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e enquanto, consequentemente, o seu princípio condiciona a validade de todos os outros

[25] A nova ontologia proposta por Heidegger se inicia a partir de *Ser e Tempo*, quando este propõe desconstruir a metafísica mediante uma análise aprofundada da existência humana, se imiscuindo em seus aspectos mais fundamentais. Esses aspectos são justamente sua própria existência que se dá e se desfaz no próprio tempo, sem que seja permitida qualquer intervenção que manipule tal existência através de explicações como infinitude ou conceitos imutáveis e eternos como o fez à metafísica. O *Ser*, segundo Heidegger, é advento consubstancial da própria história e, portanto, essencialmente diferença não apreensível absolutamente por qualquer conceito à margem dos desdobramentos históricos. Assim, o *Ser* acontece no aberto do tempo e que conduz o homem para o ocultamento e desencobrimento de sua própria existência. COSTA, Poliana Emanuela da. Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger. *Saberes*, Natal, v. 1, p. 61, jan. 2015. Número Especial. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/6423/5133>. Acesso em: 23/05/2018.

[26] COSTA, Poliana Emanuela da. Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger. *Saberes*, Natal, v. 1, p. 62, jan. 2015. Número Especial. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/6423/5133>. Acesso em: 23/05/2018.

[27] STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 85.

princípios. O terceiro conceito da metafísica, vista como gnosiologia, é expresso por Kant, resgatando Bacon na sua *filosofia primeira*: "*ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum, antes que os caminhos se separem e se desunam*".

Essa definição de Kant à Metafísica como o estudo de formas ou princípios cognoscitivos que, por serem constituintes da razão humana, condicionam todo saber e toda ciência e de cujo exame, portanto, de onde podem ser retirados os princípios gerais de cada ciência, inclusive a jurídica. Muitos filósofos, mesmo Aristóteles, por vezes sobrepõem essas distinções e são poucos os que realmente dominam esse problema primeiro e último, da/na filosofia. Entre os eruditos que entenderam bem esse problema fundamental da filosofia, destaca-se Aristóteles, que, por primeiro, a formula ordenadamente; Plotino, Tomás de Aquino – que leva adiante o projeto de Aristóteles e o aplica às ciências; Duns Scotus – que muito crítica a tradição aristotélico-tomista; Francisco Suarez – que recebe a encomenda de fazer uma grande síntese; Bacon e Kant – os quais que dão condições para o positivismo filosófico; e Heidegger – o qual será o defensor de uma nova formulação na ontologia fundamental.[28] Para dar início ao seu processo de sua investigação, Heidegger renuncia os conceitos de finitude e facticidade do homem no sentido de promover uma discussão radical sobre a existência humana. Os temas fundamentais do *Ser*, para Heidegger:

A natureza do *Ser*, que é o assunto da filosofia, pertence ao *Ser* no modo de *esconder-se* e encobrir-se – e isto não vem de modo acessório, mas de acordo com a sua natureza de *Ser* – em seguida, a categoria fenômeno é realmente levá-lo a sério. A tarefa de levá-lo ao fenômeno é aqui radicalmente fenomenológica.

Partindo de uma proposta analítica existencial, parece que Heidegger recupera o eixo articulador de todo o edifício da metafísica[29], isso é, o esquecimento do *Ser*, que será útil para definir os problemas do impacto das novas tecnologias no Direito. Com essa discussão, é possível perceber que a questão do *Ser* constitui toda a filosofia de Heidegger, inclusive no século XXI. É somente a par dessa percepção que se pode compreender como a questão ontológica sustenta todas as suas concepções filosóficas.[30] A questão da diferença ontológica, segundo Heidegger, constitui-se como a compreensão de que o *Ente* só pode ser pensado a partir do *Ser*, ou seja, do espaço, do aberto por onde o *Ente* se apresenta. Daí o homem ser *Dasein*, um *Ente* lançado ao mundo pós-moderno e que traz sérios problemas para aquilo que se entende como integridade do Direito; e o único capaz de dizer o que é o *Ente* através da compreensão do *Ser*. Diante desse pressuposto, Heidegger constrói sua crítica à metafísica clássica, pois, de acordo com o filósofo, a história da metafísica é de igual maneira a história do esquecimento do *Ser*[31].

2.5 A Possibilidade de Abertura para o Pensar Através da Ontologia Fundamental

A "ontologia fundamental" não proporciona um novo fundamento, porém abre caminhos para pensar sobre fundamentos, bem como a respeito do fundamento dos fundamentos, que é o Ser, visto exatamente dessa forma pela metafísica. Mas, qual o significado de *Ser*? Seria o mesmo que perguntar-se sobre o significado de tal fundamento e, especificamente, a relação entre *Ser* e *Tempo*, que é para o *Ser* o mesmo que ser interpretado, da primazia da presença e do presente, o qual deixa de lado os momentos temporais do passado do futuro, o momento em que se vive. Para se superar a metafísica e, consequentemente, atentar-se à questão da diferença ontológica que interfere na maneira como se interpreta a tecnologia do/no Direito, é preciso pensar no processo de mutualidade no qual o homem está inserido, isto é, na condição histórica do *Ser*. *Ser é o conceito mais universal e o mais vazio e, como tal, resiste a toda tentativa de definição.* A universidade do Ser *ultrapassa* toda essa universidade genérica. Segundo a designação da ontologia medieval, é um

[28] Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 186.

[29] No projeto de uma ontologia fundamental significa um retorno à fundação da Metafísica. A necessidade dessa, e como dela mesma, já foi revelado para analisar a destruição da história da Ontologia. HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* 2. ed. corr. Traducción, estudio, notas y comentarios de textos por: Jose Luis Molinuevo. Madrid: Narcea Ediciones, 1980. p. 31.

[30] COSTA, Poliana Emanuela da. Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger. *Saberes*, Natal, v. 1, p. 60, jan. 2015. Número Especial. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/6423/5133>. Acesso em: 23/05/2018..

[31] COSTA, Poliana Emanuela da. Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger. *Saberes*, Natal, v. 1, p. 60, jan. 2015. Número Especial. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/6423/5133>. Acesso em: 23/05/2018.

transcendente porque o *Ser* só se *completa*, quando ultrapassa a sua cotidianidade e se torna um si mesmo, ou seja, sai da esfera do *eles* para entrar na esfera profunda do *eu*[32]. Quer dizer, primeiramente, *existir*, estar no mundo de um modo específico. O *Ser,* nesse sentido, é *temporalidade* pura, é um f*azer* contínuo no tempo.

Na verdade, o *Ser* é a *transcendência*, porque ele só se *completa*, para ele mesmo quando ultrapassa a sua cotidianidade e se torna um si mesmo, ou seja, sai da esfera dos *eles* para entrar na esfera profunda do *eu*. *Existir*, portanto, ganha um sentido de interioridade.[33] Para Heidegger, o perguntar sobre o *Ser* é universal, mas muito vazio, pois contém uma extrema individualização, de interpretação, investigação e especialidades por ele desenvolvidas. Com isso a questão do *Ser*foi desenvolvida em duas partes. Na primeira: A interpretação do *Dasein*, que se refere à *temporalidade*; a explicação do tempo como horizonte transversal da pergunta do *Ser*. Na segunda parte: linhas fundamentais de uma destruição fenomenológica da história da *ontologia pelo fio condutor da problemática da temporalidade.*[34]

Então, esse transcender de Heidegger se refere à capacidade do *Dasein* decidir o seu próprio destino, mas, se isso significa romper com o mundo sem a antiga perspectiva filosófica da produção de novos valores para o próprio mundo, então, chega-se, de fato, ao ápice da ruptura entre o *pensamento* e a *vida*. Uma vez que ocupa, na história do espírito do Ocidente, uma crítica cheia de cultura[35], o *Ser*. *Dasein,* do alemão, é um termo vernáculo para designar existência e significa *existência humana* ou *presença*, ou seja: como em *eu estou satisfeito com a minha existência*. Para Heidegger, uma das maneiras mais fundamentais para entender o *Ser* é por meio das relações. Vive-se este mundo, um *mundo virtualizado*, em que a tecnologia passa a tomar conta das relações. Mas para o autor, o *Ser* em si é uma de suas principais preocupações. Aquela rede de crenças, valores e afetos compartilhados pelos homens que vivem em certo meio social, neste século XXI, uma vida em rede que serve ao mesmo tempo de matéria-prima das projeções e de limite para elas.[36] O homem é um ser social, e passou a ser, antes de tudo, técnico, não no sentido essencial de que ele quer ou precisa viver em sociedade, e sim no sentido existencial de que a definição do seu *Ser-aí* se alimenta (como continuidade, renovação ou oposição) de uma massa de imagens e motivos que já existem antes dele e no qual cada homem se vê mergulhado ao fazer parte de um mundo social e técnico-virtual. Por isso, a ontologia é o aspecto da metafísica que visa a caracterizar *a realidade*, identificando todas as suas categorias essenciais e estabelecendo as relações que mantêm entre si. É a ciência ou estudo mais geral do *Ser, Existência* ou *Realidade*. Nesse sentido, a precedência ôntica é demonstrada pela razão de o *Ser-aí*; determinado em seu *Ser* pela existência em seus primeiros textos de *Filosofia Transcendental, lógica y psicologismo* – problemática metafísica.

Não haveria sentido deixar de analisar, em *Ser e Tempo*[37], o fato de que Heidegger introduz conceitos fundamentais e importantes para a discussão acerca da possibilidade de se alcançar condições de interpretação capazes de garantir uma resposta constitucionalmente adequada; no Direito não será diferente. Por essa razão, a hermenêutica vai iniciar objetivando a busca e o descobrimento no próprio ser humano a ideia de compreensão. Streck vai colaborar com a declaração de Heidegger, demostrando que a compreensão sempre chega a uma horizontalidade para o homem, pois é impraticável estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de imparcialidade proporcionada por um princípio. É que cada interlocutor sempre virá de um lugar de compreensão, ou seja, terá uma pré-compreensão a respeito do objeto de estudo. Por isso, na formulação do juízo de validade do caso concreto, para a filosofia e para o Direito, já estará presente a dimensão estruturante, pré-concebida ou pré-compreendida, pois, diante dos procedimentos, sempre se chega com elementos e valores anteriores a eles e que são, portanto, inelimináveis.[38] Não há dúvidas de que em sua obra *Ser e Tempo*, Heidegger procura examinar a vida e a

[32] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 33.

[33] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 33.

[34] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 119.

[35] O homem é definido, pois, como existência, como poder-ser. É aí que entra a noção de ser-no-mundo. Se o estar-aí é ser-no-mundo, diz Vattimo, o resultado da análise da mundanidade deverá refletir–se também na determinação das estruturas existenciais do *Dasein.* Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 283.

[36] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 57.

[37] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo.* Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 304.

[38] STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.

filosofia, descrevendo a sua ascensão à proeminência intelectual, e expondo os motivos de seu envolvimento. O autor repropõe a chamada questão do *Ser,* uma interrogação formulada a partir da análise ontológica de um *Ente exemplar*, que tem por isso a função de ontologia fundamental, que é denominado por Heidegger de *Dasein*, conforme já exposto. Heidegger crê ter sido tudo isso feito de maneira incorreta ao longo da história da filosofia; razão pela qual, propõe-se a diferenciar *Ser* de *Ente*, levando em conta a questão da temporalidade. "*Por que há algo em vez de nada?*"[39] Mas, que estrutura é essa? É *a busca pela interpretação do Ser*. É a concepção de que o *Ser* é o conceito mais universal e mais vazio, resistindo a qualquer tentativa de definição. Depois, salienta que o *Ser* se articula de maneira conceitual, segundo gênero e espécie, sendo que a *universalidade* do *Ser transcende* toda a universalidade genérica. O *Ser* é um conceito evidente por si mesmo, uma vez que em todo conhecimento pronunciado ou relacionamento com os *Entes*, e propriamente em seu relacionamento intrapessoal, faz-se uso de *Ser*.

Na busca de uma elaboração em relação ao *Ser*, torna transparente um *Ente,* o qual possa exercer a atividade de questionar e, concomitantemente, tempo de falar dele, então para encontrar uma solução, Heidegger apresenta o *Dasein*, que se relaciona e pergunta por esse *Ser*. O *Dasein* vai ter esse primado ontológico como sendo sua existência interpretada na *temporalidade*. Tudo isso vai fundamentar a ideia do *Ser* na tecnologia e que busca responder aos problemas de uma sociedade tecnicista, desconhecedora de sentidos. A pergunta sobre o *Ser* deve ser interpretada para além das aparências, em que se percebe o sentido do cuidar que implica temporalidade, estrutura constitutiva desse homem *tecnologicus*. Desenvolver a pergunta que interroga pelo *Ser*na era da técnica, quer dizer: fazer "ver através" de um *Ente*, o que pergunta sobre o ponto de vista de seu próprio *Ser*.

> […] O perguntar desta pergunta está, enquanto modo de *Ser* de um Ente, ele mesmo determinado essencialmente por aquilo pelo que se pergunta nele – pelo *Ser*. Este *Ente* que somos em cada caso nós mesmos e que tem entre outros traços a possibilidade de *Ser* do perguntar, nós o designamos com o termo Dasein.[40]

A respeito do questionamento de Heidegger, vê-se que ele elabora a analítica existencial como ontologia fundamental identificada com a fenomenologia. Isso porque a fenomenologia[41] é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do *Ser*. Então, a fenomenologia não se liga somente à compreensão, mas à questão do próprio *Ser*. E, na medida em que a compreensão do *Ser* de que trata a fenomenologia diz respeito a uma questão ontológica, que é prévia, antecipadora, porque a compreensão do *Ser* é algo com que já se sabe e se opera quando se conhecem os entes –, *a ontologia de que aqui se fala se refere a esse contexto*[42–43]. Assim é possível compreender que Heidegger analisa a fenomenologia como uma nova maneira de filosofar. Na presente pesquisa, é uma nova maneira de filosofar a tecnologia do/no Direito: um modo de devolver a filosofia a seu lugar, mesmo que se trate de uma vida baseada em relações

63 apud BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014.

39 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 119.

40 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 39.

41 Em uma carta ao P. Richardson, (publicada como prefácio da obra *Heidegger, Trough Phenomenology to Thought,* Martinus Nijhoff, The Hague, 1963) hace un balance de su pensamiento y explica el significado de la "Kehre" – el camino de la Fenomenología al pensar del Ser. Anota Heidegger que el título es correcto si: a) se entiende por fenomenología la postura filosófica; b) se deshace la ambigüedad que hay en la expresión "pensar del Ser", ya que menciona tanto el pensar de la Metafísica (sobre el Ser o del Ser del ente), como el de la pregunta por el Ser (por la apetura del Ser).[72] Pero si se entiende la Fenomenología en el sentido descrito en los apartados anteriores, quizá la expresión más adecuada fuera: "Un camino *por* la Fenomenología en el pensar del Ser". HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* 2. ed. corr. Traducción, estudio, notas y comentarios de textos por: Jose Luis Molinuevo. Madrid: Narcea Ediciones, 1980. p. 29-30.

42 Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 253.

43 O privilegiamento da ontologia fundamental heideggeriana radica na construção das condições de possibilidades que esse ferramental representa para uma crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do direito. A ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do *Ser* próprio do pensamento dogmático-jurídico. Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da ideia de que o *Ser* (o sentido) é um ente (isto é, como se o conceito de "coisa julgada" ou "legítima defesa" fosse um ente apreensível como ente), a partir de Heidegger pretendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso. Stein, Ernildo. *Diferença e metafísica:* ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 48 apud Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

virtualizadas, de uma ciência jurídica que precisa de correções e que seja capaz de levar a experiência e as vivências do mundo e da vida, a fim de que se possa chegar às respostas realmente corretas[44].

A filosofia é a atividade na qual nos envolvemos (às vezes de forma não intencional) quando pensamos criticamente sobre os conceitos, crenças e procedimentos que usamos regularmente. Os conceitos que usamos podem ser comparados com os óculos com que olhamos para o mundo ou a estrutura sobre a qual o edifício do conhecimento que temos dele é baseado. Assim a filosofia pode ser caracterizada como metaforicamente, a atividade de reflexão sobre as mesmas lentes destes óculos, ou em comparação com a atividade de um engenheiro quando projeta a estrutura de um enorme edifício[45].

Por isso, compreender a fenomenologia como aquilo que se apresenta ou que se mostra é de suma importância; o *logos* como a (explicação, estudo) e afirmação dos fenômenos da consciência[46]; esses, sim, devem ser vistos como em si mesmos, nesse sentido, tudo o que se pode saber sobre o mundo (jurídico inclusive) se limita aos fenômenos (aquilo que aparece à consciência-cuidado com o julgamento). A fenomenologia terá como conceito fundamental, então, essa noção de intencionalidade**;** aquela que afirma que o objeto não existe sem o sujeito, nem a consciência sem um objeto, mas sempre com cuidado, por meio da hermenêutica. O objeto só aparece ao sujeito na medida em que a consciência está direcionada para ele, e este pode ser definido por meio de uma correspondência entre consciência e conceito: só existe consciência de alguma coisa; em outras palavras: há uma correlação entre consciência e coisas como intencionalidade da consciência. […] *estrutura do cotidiano, ou "o estar no mundo", com tudo que isto implica. Com Heidegger não haverá mais a preocupação em passar do sujeito empírico para o sujeito transcendental.* Busca-se, agora, entender o *Eu*, a existência dos outros e do mundo técnico que pertence à experiência.[47] Esses questionamentos e tantos outros não podem ficar sem resposta, e para isso exigem uma série de considerações fundamentais que se manifestam em disciplinas e pesquisas, as quais procuram novos fundamentos e investigações. Talvez por essa razão chegar-se-á à conclusão de que esses conceitos nada mais significam do que a interpretação do *Ser* ontológico. *Ser* significa possibilidades, e como já foi dito, essas possibilidades são infinitas. Quando Heidegger define: "*O homem é um ser biopsicossocial*", está engessando essa ideia de *Ser* como possibilidades em uma única maneira de conceber esse próprio homem.

Nesse sentido, a analítica ontológica do *Dasein* põe em liberdade o horizonte para uma interpretação do sentido do *Ser* em geral. Investigar as estruturas que tornam possíveis *a priori* a existência concreta é precisamente investigar a existência, fazer ontologia deste *Ente*, o *Ser-aí*, que se distingue por uma relação com o *Ser;* é, portanto, realizar uma analítica existencial. Assim sendo, com base na compreensão fática, o lugar de onde emerge a referencialidade e a significância, existe, então, um mundo que remete a uma unidade, o *Dasein*. Razão pela qual, na metafísica, o conceito tradicional de existência é desconstruído. Desse modo, a existência não se determinará como atributo do *Ente*, nem se relacionará à categoria da efetividade e por isso não conectará com a realidade, ou a determinação da objetividade, a exemplo da solução apresentada pela filosofia transcendental. A *desconstrução* é assim definida por Heidegger: "*Exprimimos o fato de não se poder conceber o ente dotado do modo de Ser do Dasein, a partir de realidade e substancialidade com a seguinte tese: a substancialidade do homem é a existência*"[48]. O termo problemático da metafísica irá se referir ao significado que essa expressão apresenta em *Kant*: *y el problema de la Metafísica*[49]*:* se trata de

---

[44] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 13.

[45] BONORINO, Pablo Raúl; AYAZO, Jairo Iván Peña. *Filosofía del Derecho*. 2. ed. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006. p. 7.

[46] A palavra fenomenologia surge no século XVIII na escola de Cristian Wolff, no *Neus Organon*de Lambert, e significa: *Doctrina* para evitar o aparecimento. Heidegger interroga-se a este respeito: Por que a fenomenologia chegou a ser compreendida dessa maneira? Por que a palavra fenômeno passou a ter o significado de aparência? O próprio Heidegger tem procurado o sentido do fenômeno e da fenomenologia em Aristóteles, seguido um pouco o desenvolvimento posterior deles e questiona-se por suas raízes filosóficas. VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 95.

[47] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 119.

[48] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 69.

[49] Para Heidegger, a Crítica da Razão Pura é o estudo da possibilidade de um conhecimento ontológico, uma compreensão do *Ser*, em última instância, de como sintéticos julgamentos a priori são possíveis? É uma investigação transcendental como examinar a possibilidade de transcendência; é uma *Filosofía transcendental*. HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* 2. ed. corr. Traducción, estudio, notas y comentarios de textos por: Jose Luis Molinuevo. Madrid: Narcea Ediciones, 1980. p. 31.

um *problema* surgido da reflexão sobre o objeto da Metafísica tradicional, o *Ser* de seres é de uma natureza acobertadora da metafísica que a problematiza, exigindo a sua melhoria num retorno às bases escondidas ou apenas, parcialmente, ocultas. Esse fundamento é o *Ser*, que inutilmente tenta uma aproximação com a Metafísica, perguntando sempre pelo *Ser* do *Ente*. *El conocimiento de su temática anula la pretensión – comprensible en un primer momento – de clasificar a Heidegger entre los "existencialistas", lo que significaría falsear gravemente el sentido de su pensamiento*[50].

Nesse sentido, é que o *Kehre* significa uma mudança na forma de pensar em relação ao *homem* e o *Ser*: o homem é aquele que existe e desvela, na verdade, *locus* de manifestação do *Ser*, *m*as também parece claro que o *Ser* também precisa dos *homens*.

Essa interpretação da existência como cura e a sua delimitação frente à realidade não significa, porém, o fim da analítica existencial. Ao contrário, permite apenas que os imbricamentos problemáticos com a questão do *Ser* na era da técnica e seus possíveis modos, no Direito inclusive, assim como o sentido de tais modificações, ou por assim dizer impactos tecnológicos, possam emergir de maneira ainda mais aguda: o *Ente* como *Ente* só é acessível se houver uma compreensão do *Ser*: essa compreensão do *Ser* como *Ente* e sua relação no Direito só é possível se o *Ente* possui o modo de *Ser* do Dasein. Coloca a existência do homem – ou mesmo o intérprete *em seus limites*. Existência caracteriza simplesmente a possibilidade de *Ser* sob o modo da *compreensão do Ser*. A compreensão ontológica move a construção analítica da existência, que consiste na interpretação dos múltiplos modos possíveis de *Ser* do *Ente*, que tem a prerrogativa da existência no Direito. Contexto este que traz a *desconstrução como a via da interpretação* para melhor aplicação.

É justamente isso que faz a ciência, é assim que opera o pensamento metafísico. Essa afirmação está localizada no contexto ôntico, pois, entre todas as possibilidades, é a escolha enunciada, embora não seja a única.

2.6 O Mundo da Vida como Ponto de Partida

Vale dizer que não se tem dado a Heidegger a merecida consideração acerca do seu pensamento sobre a fenomenologia. Na verdade, quase não existe nenhum estudo sobre essa fase do pensamento de Heidegger. Quando iniciou sua docência, Heidegger repetidamente se ocupou de tratados com a fenomenologia; até 1927-1928, com aulas sobre *Los problemas fundamentales de la fenomenología* y la *Interpretación fenomenológica de la Crítica de la razón pura de Kant*. Não demorou muito para parar de falar explicitamente da fenomenologia, mas ele continuou a usá-la como um método[51].

Parece que Heidegger seguiu considerando a fenomenologia como método válido até o fim, embora tenha, em relação ao objeto, uma longa evolução. A fenomenologia merece maior atenção em estudos sobre Heidegger, assim, atreve-se dizer que é necessário entrar no pensamento de Heidegger, para uma interpretação adequada daquilo que se defende como um caminho a ser percorrido como solução corretiva no direito de uma tecnologia que oculta no homem a possibilidade de manifestação do *Ser.* Por isso afirma-se que a fenomenologia de Heidegger é uma fenomenologia especial: É a fenomenologia hermenêutica. Em Heidegger, entende-se a hermenêutica no seu sentido original, focando o *Dasein* histórico que permitirá solucionar questões importantes da ciência jurídica, as quais têm sido tema de discussão, principalmente naquilo que tange aos aspectos de caráter eficienticista. Essas características são fundamentais na filosofia de Heidegger e se estendem ao longo da evolução de seu pensar. A filosofia de Heidegger parte de uma visão radicalmente histórica da realidade e do homem. Disso resulta uma profunda inovação, uma verdadeira revolução da filosofia no Direito e por que não dizer da filosofia da tecnologia do/no Direito. A Filosofia da Heidegger se distancia da metafísica tradicional, coisa que o Direito e os operadores não conseguem fazer, em suas várias formas; distancia-se do próprio sistema; distancia-se também muito da fenomenologia de Husserl; destaca-se também pela distância do nihilismo.[52]

---

[50] HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* 2. ed. corr. Traducción, estudio, notas y comentarios de textos por: Jose Luis Molinuevo. Madrid: Narcea Ediciones, 1980. p 12-14.

[51] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 10-11.

[52] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 12.

Na verdade, Heidegger diz não só o que é a origem da filosofia, mas também em que ela consiste. É uma filosofia que está sempre perguntando, uma vez que é dada na temporalidade, renovando-se sempre. Por isso afirmar-se que a filosofia não é disciplina filosófica. O ponto de partida para a filosofia é a experiência factual da vida. Mas parece que a filosofia levou da experiência factual da vida. Mas parece que a filosofia conduziu fora da experiência fatual da vida. De verdade, esse caminho leva apenas à filosofia, não para ela. A própria filosofia só pode ser obtida girando (Umwendung) naquele caminho. Mas não por uma simples torção, de modo que através dele se possam conhecer outros objetos, mas mais radicalmente é dirigido por uma mudança real *(Umwandlung).*

Heidegger, então, acrescenta em seu pensamento que não basta um caminho para o sujeito, tal como consta do neokantismo. Alguns anos mais tarde, Heidegger vai aparecer ainda mais radical com suas declarações: "*tengo la persuasión de que ha llegado el final de la filosofía. Tenemos ante nosotros tareas totalmente nuevas, que no tienen nada que ver con la filosofia*". É visto que Heidegger quer uma renovação radical da filosofia, a partir de sua perspectiva da vida no mundo, um mundo que é histórico, e que está em crescimento, é, acima de tudo, temporário. É nesse mundo técnico e temporário que se quer uma compreensão da realidade por um *Dasein*, que também é histórico. Conceber a linguagem como totalidade, isto é, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem. Daí a assertiva anteriormente feita: com o giro, morre o *cogito* cartesiano e todas as formas de *eu*puro, desindexado de cadeiras significantes, da superada(?) relação sujeito-objeto passa-se à relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a ontologia fundamental (analítica existencial). Com ela, decreta-se a morte da ideia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito[53]. A complexidade da compreensão da tecnologia, da tecnologia no Direito, as suas consequências na vida das pessoas, já se pode prever uma ruptura da linguagem e a perda da integridade[54].

2.7 A Destruição Fenomenológica

Os dois pensadores que mais fizeram para estabelecer a hermenêutica como o método das ciências humanas e sociais foram Friedrich Scheiermacher e Wilhelm Dilthey. Para o resultado dessa pesquisa é importante que se façam considerações às suas ideias. Em resumo, ambos reconhecem que a compreensão e a interpretação como métodos originais à compreensão de fenômenos psicológicos e sociais humanos. No caso de Dilthey, a noção *logocêntrica* de entendimento foi pensada para se diferenciar essencialmente dos métodos que se haviam revelado bem-sucedidos nas ciências naturais. Nas ciências naturais, Dilthey argumenta, em vez de compreender, explicar e conceber ao longo de linhas hipotético-dedutivas. Essa *divisão*, como Don Ihde[55] chama, separou o modo, o método e o resultado do humano que agora se opõe às ciências naturais. Ele procurou fundamento nas ciências humanas, ciências estas já projetadas para representar as relações espirituais da história e da cultura humana. Dentro dessas ciências é que acontece não somente o conhecimento, mas também os valores, os propósitos, e inclusive a fé religiosa, etc. O que se percebe é que Dilthey, na obra *La construcción del mundo histórico en las ciencias del espíritu*, abdica dessa posição. Dilthey é considerado um historicista não relativista, justamente por tentar explicar o problema das ciências humanas, que não é um problema único, mas o problema de explicar a vida. Parece claro que a filosofia tem a função de fazer ver como é a experiência filosófica e trazê-la para a expressão da intuição e de expressão. A ideia aqui é expressar que filosofar não é a posição em que um conteúdo deve ser compreendido na realização do próprio filosofar.

A racionalidade da filosofia parece um esclarecimento imanente da própria experiência de vida, da experiência que permanece ainda hoje, que não quer sair e se torna objetividade; fato na experiência do Direito, inclusive. A filosofia do/no Direito está dominada por essa experiência fundamental que deve ser constantemente renovada; necessita, então, partir de si mesma *(Selbst)*sua verdade. "*Nós não temos consciência absoluta, nem uma fatualidade absoluta*". *O mesmo (Selbst) na forma de realização corrente da*

[53] STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 231

[54] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 19.

[55] IHDE, Don. Interpreting Hermeneutics: Origins, developments and prospects. In: IHDE, Don. *Postphenomenology and Technoscience*. The Peking University Lectures, SUNY Press, 2009. Chapter 4. Do Thinks Speak? Material Hermeneutics, p. 63-80.

experiência de vida, o mesmo (Selbst) no mesmo experimentado é a originária[56]. Essa vida fatual técnica deve lidar com a filosofia.

A filosofia tem a tarefa de manter a fatualidade da vida e reforçar a fatualidade do *Dasein*. A filosofia como experiência fatual da vida precisa de uma razão, que permanece lidar com a mesma experiência fatual da vida. Chamamos essa *experiência filosófica fundamental*[57].

Por isso, é importante buscar entender essa destruição da metafísica como uma destruição fenomenológica de Heidegger, que a partir das aulas de 1919, espalhou-se à filosofia de Husserl também desde o início; especificamente, a sua redução fenomenológica, que atinge uma essência nativa e autotranscendental. Nos anos seguintes, Heidegger continua a praticar essa destruição; ele a pratica, ao longo de sua vida inteira, embora em outros contextos e com outros termos. Heidegger até fala de destruição, mas com referência à superação da metafísica pelo pensamento ocidental e que reforça a fundamentação à tese de criação de uma hermenêutica jurídica da tecnologia, que se passará a consolidar.

2.8 Heidegger e o Caráter Especial da Técnica

Realmente Heidegger foi um dos pensadores mais notáveis do século XX, vindo depois de Hegel; assim como, surge, nesse século, outra grande revelação ao qual o homem precisou adequar-se: o espantoso desenvolvimento tecnológico. Naturalmente, a técnica ocupou um lugar especial e muito particular no pensamento de Heidegger, porque a técnica é, para Heidegger, algo especial: um símbolo, ou melhor, um paradigma da metafísica que já terminou daquela que se esqueceu do *Ser* por se agarrar exclusivamente ao *Ente*. É o tema de que trata em *Heidegger y la técnica*[58]. Por isso, na obra *Ser e Tempo* precisa-se o primeiro Heidegger, obra estabelecida em duas partes, cada uma com três seções[59] uma volta a interrogação do *Ser* no intuito de examinar e apontar o tempo e o horizonte, questionamento que é destinado à exegese do *Ser-aí*; fundamental para a justificação do momento de transição tecnológico que envolve a ciência jurídica e o modo de compreendê-la, de interpretá-la. De acordo com Heidegger, a presença do *Ente*, seu desvelamento, manifestação presente na verdade, impediu de pensar corretamente o *Ser* do *Ente*no Direito; a preeminência da presença do *Ser*, é, em sua opinião, uma característica que determina toda a tradição metafísica, de Platão com as suas ideias, a Hegel, com sua dialética; uma tentativa de elevar e estar à presença; Husserl fala da consciência como *presentificação*, um fazerem-se presentes as coisas. Heidegger comenta, então, que a primazia do presente sugere um novo horizonte para a compreensão do *Ser*: *a temporalidade estática; ou seja, a temporalidade no passado-presente-futuro; o tempo em seu transcurso efetivo.* Por esse motivo, os temas em questão das três seções da primeira parte, subsequentemente, seriam: o *ser humano-aí, sua temporalidade estática e a conexão de tempo e ser*.

A segunda parte destinar-se-ia à destruição da história da metafísica, que Heidegger entende ignorada, examinando particularmente suas três seções, ou seja, o esquematismo transcendental de Kant; o *cogito* cartesiano; e a concepção aristotélica de tempo. Por que isso importa? Por que pensar nessa circularidade, no Direito? Heidegger recomenda várias vezes em *Ser y Tiempo* que o pensar movimenta-se em círculos; portanto não se poderia excluí-lo do Direito, o qual está relacionado com a metodologia interrogativa também; mas aqui não se trata somente disso, é preciso reconhecer na Carta sobre o humanismo (de 1947) *que el pensar que intenta dar algunos pasos más allá de Ser y tiempo, siegue todavía hoy,* (já se passaram vinte anos), *sin pasar adelante*[60]. Diante disso, Heidegger vai de encontro às perguntas

[56] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 131.

[57] VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001. p. 130.

[58] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 357.

[59] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 359-360.

[60] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 360.

tradicionais sobre o que é a técnica; ao contrário de uma visão meramente instrumental, vai defini-la como um desocultar.

2.9 A Pergunta pela Técnica

Neste momento, já é possível fazer comentários a respeito da obra *La pregunta por la técnica*[61]; em uma conferência que Heidegger realizou em 18 de novembro de 1953, no *auditorium maximum,* na escola técnica superior de Munich, em palestras intituladas *Las artes en la época de la ciencia*, organizadas pela Academia Bávara de Bellas Artes. Nessa conferência, Heidegger reproduz parte do que foi dito em 1 de dezembro de 1949, em Bremen, o *La disposición*, no ciclo *La mirada sobre lo que es*. Essa linha de tempo mostra que Heidegger tomou um tempo fazendo reflexões. Em *La pregunta por la técnica se publicó* na *Conferencias y artículos,*em 1954, Heidegger *levanta a necessidade de interrogar-se pela essência da técnica*. Chega-se ao ponto que, se se pensar a técnica somente como um instrumento do homem, a qual serve apenas para propor soluções para determinados fins, e cujo único problema é este: subordinados ao espírito, ou seja, que não se está fora de mão, *não se está conectado* – no que diz respeito à essência da técnica. Essa abordagem parece correta; mas ainda não é a verdade sobre a técnica. É preciso passar à reflexão filosófica: *a conexão entre verdade e liberdade do homem*[62].

Há o entendimento de que a primeira abordagem com a essência da técnica só pode ser alcançada quando se compreende a técnica como meio de produção, isto é, como uma maneira de fazer surgir algo novo. Perspectiva em que a técnica deixou de apenas ser um meio. Acredita-se na assimilação ao *physis*; a natureza pela qual os *Entes* a veem como uma ferramenta para fins originados pelo próprio homem, a técnica se contradistingue da natureza, no entanto, como um meio para mostrar algo novo, a técnica se assemelha à natureza. Heidegger propõe, então, que essa análise seja realizada num sentido aristotélico da causalidade, ou seja, a reunião dos sentidos causuais leva o presente à presença, resultando no que parece. Bem, o produzir, o criar, o quer pela natureza, o quer pela produção técnica ou pela arte, está resumido em trazer ou fazer nascer algo novo; mas isso também parece um desocultar, no sentido de que Heidegger compreende como aletheia, *a verdade*. A técnica, portanto, é uma forma de desocultar, de *surgir a verdade*. Heidegger vai apoiar essa reflexão sobre a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, em que há hábitos intelectuais, incluindo tanto a ciência, como a arte ou técnica. De tal forma, compreender a técnica da técnica como forma de suscitar não é o suficiente, porque não é possível determinar a característica da técnica moderna[63].

Heidegger não viu a revolução da informática no Direito, que alguns entendem como o sistema unitário entre diferentes tecnologias e que mais servem para fazer gestão do que para compreensão. Assim sendo, há ainda mais. Essas características da técnica pós-moderna (no Direito), como visto por Heidegger, é a causa, não há ingenuidade, nem parece, por acaso (no Direito), mas é causado (no Direito); ela está localizada nas coisas jurídicas. Do mesmo modo, as coisas que acontecem no caso concreto, sobre as que a técnica incide e julga tornam-se ou mesmo tornar-se-ão *existências*.

---

[61] Utilizou-se a tradição de Die Frage nach der Technick, e os dados de nota de rodapé, de Luis de Santiago Guervós; traducción todavía inédita.

[62] Foram os gregos que pensavam que a técnica como TEKNE, não só como fabricação ou manipulação, mas como a locação fora do oculto, deixar-se manifestar. Para ver esta diferença entre o caráter da técnica artesanal (grega) e a técnica moderna (a técnica moderna não permite que a natureza se manifeste). AYESTARÁN ÚRIZ, Ignacio. Modernismo reaccionario y técnica: Heidegger frente a Nietzsche y Jünger. In: ALONSO, Andoni; AYESTARÁN, Ignacio; URSÚA, Nicanor (Coord.). *Para comprender ciencia, tecnología y sociedad*. Espanha: Editorial Verbo Divino, 1996.p. 95.

[63] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 372.

2.10 Rumo a uma Ontologia da Técnica Moderna[64]?

A tecnologia sempre foi motivo de reflexões aos filósofos sobre as ações humanas, mas foi somente nas últimas décadas que se foi moldando a filosofia da tecnologia como especialidade acadêmica de importância crescente. Tradicionalmente, a relevância filosófica da tecnologia foi limitada ao problema de como se pode transformar a realidade jurídica, uma questão aparentemente secundária, quando comparada com outros problemas filosoficamente mais interessantes, e ganhou recentemente um tratamento mais sistemático. No entanto, hoje, a técnica afeta todos os aspectos da vida humana e os problemas mais genuínos de toda a história da filosofia (como é a realidade, como se a conhece, o que se deve fazer) são fatores que estão condicionados pela influência tecnológica da forma da realidade em que se vive e se vê o Direito[65] Mas, de onde vem a tendência moderna da técnica pós-moderna? Assim como a filosofia no/do Direito, ela também está? Heidegger, em uma conferência de 1956, sobre *El principio de razón*[66], traça a origem da tecnologia moderna ao espírito calculador exposto soberbamente por Leibniz (século XVII). No princípio da razão, que é o princípio do representar racional ou cálculo assegurador: "*nihil est ratlone sine*". "*Nada é sem razão*."

De acordo com Heidegger, as ciências da informação e a cibernética[67–68], que predominam na ciência contemporânea, exaltam o princípio de Leibniz da razão. É nesse esforço calculador e assegurador que a ciência jurídica vai se apoiar e justificar suas decisões[69].

---

[64] Por que a dimensão ontológica da técnica? Primeiro você tem que começar pela dimensão ontológica, se quisermos fazer filosofia sobre a técnica. Isto é, sem responder, ou pelo menos colocar a questão do que significa a técnica na modernidade não podemos questionar, por exemplo, sobre sua epistemologia. Em outras palavras, e em sentido inverso: a questão da epistemologia e da axiologia da tecnologia moderna requer, acima de tudo, a questão da ontologia da técnica. Portanto, ainda mais merecedora de críticas no sentido negativo, porque, dizem, a postura heideggeriana nada pode contribuir significativamente para o estudo da técnica moderna. O próprio pensamento de Heidegger pode contribuir significativamente para a construção de uma ontologia da técnica moderna. E, no entanto, tornou-se imperativo para pensar sobre a técnica moderna. Heidegger não é um ponto de chegada, mas é um ponto de partida quando perguntando sobre a identidade da tecnologia moderna; ele não pode fazer sem a filosofia da tecnologia, se esta tenta analisar a identidade da técnica moderna. MIRANDA, Angela Luzia. *Técnica y Ser en Heidegger*: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 42-44. Tese (Doutorado) — Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008.

[65] QUINTANILLA, Miguel Ángel. *Tecnología*: un enfoque filosófico. Madrid: Fundesco, 1989. p. 15.

[66] HEIDEGGER, Martín. *Der Satt*: vom Grund. Pfullingen: Günther Neske, 1971. p. 189-211 apud HEIDEGGER,:Martin. *¿Qué es filosofía?* Trad. José Luis Molinuevo. Madrid: Narcea, 1983. p. 69-93.

[67] Veja por cibernética em Heidegger; *Das Ende der phiiasaphie und die Aurgabe des Denícens.* HEIDEGGER, Martín. *Zur Sache des Denkens,* Tübingen: Max Niemeyer, 1971 apud HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* Trad. José Luis Molinuevo. Madrid: Narcea, 1983. p. 95-120.

[68] Os sistemas cibernéticos podem ser deterministas ou probabilistas. Quando a informação de entrada determina inteiramente as reações de um processo natural, sua descrição formal recebe o nome de sistemas são o computador (modelização do cérebro humano) ou o processo produtivo inteiramente robotizado (modelização da fábrica tradicional). Quando, ao contrário, o processo não é totalmente determinado pelas informações de entrada, mas apresenta certo grau de liberdade nas suas reações, fala-se de sistema cibernético probabilista (ou estocástico). Exemplos desses sistemas são o cérebro humano (que o computador procura imitar) ou o ciclo produtivo apenas parcialmente robotizado (em que subsistem elementos da fábrica tradicional). Esses conceitos encontram eco nas teorias do primeiro Luhmann sobre os sistemas probabilista e determinista e sobre os programas causais. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: do século XX à pós-modernidade, p. 10. Até aqui se entrelaçaram o discurso sobre o sistema cibernético aplicado à realidade e o discurso sobre a modelização teórica necessária para gerar aquele sistema. No decorrer de sua evolução, a cibernética dividiu-se em dois ramos. A cibernética pura ou geral ocupa-se das estruturas fundamentais e, por sua vez, subdivide-se em disciplinas setoriais, como a teoria geral dos sistemas, a teoria da informação, a teoria dos autônomos, a teoria dos jogos e, por fim, a inteligência artificial. A cibernética aplicada, ao contrário, transfere aqueles modelos gerais para cada campo do saber e procura introduzir modelos cibernéticos na biologia, na medicina, na pedagogia, na psicologia, na linguística, na sociologia e também no direito. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: Do século XX à pós-modernidade, p. 13.

[69] Os problemas do direito, de modo geral, são problemas cibernéticos no sentido de que são problemas de comunicação; todavia, sua intrínseca mutabilidade não permite formalizá-los, nem mesmo aplicando os instrumentos matemáticos mais avançados de que dispõe a cibernética. Será útil ter presente essas considerações quando se falar da juremetria de Loevinger e da previsibilidade das sentenças judiciais. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: Do século XX à pós-modernidade, p. 26.

2.11 A Técnica Pós-Moderna como Imagem do Mundo e o Critério de Avaliação

É muito comum associar o pensamento de Heidegger com o pessimismo tecnológico atual que corresponde a uma classificação que aparece frequentemente, inclusive no campo da filosofia no Direito, da tecnologia no Direito, e que considera a abordagem de avaliação sob três perspectivas diferentes: o otimismo tecnológico, o pessimismo tecnológico e a corrente dos moderados. São três posições de avaliação sobre a técnica e organizadas de acordo com essa classificação. A posição de Adam Schaff, que pertence aos otimistas; para ele, a informação iria fornecer orçamentos para a vida humana mais feliz; eliminaria o que tem sido a principal fonte da má qualidade de vida das massas, ou seja, a pobreza. Ela abria possibilidades de autorrealização plena do conhecimento disponível, o suficiente para garantir o desenvolvimento e fazer com que as pessoas não precisassem se privar de algo. Abriria possibilidades para a plena autorrealização do conhecimento disponível, suficientes para assegurar o desenvolvimento. Para Ortega:

> […] la técnica está ligada, necesariamente, a lo que significa ser humano. La filosofía de la tecnología de Ortega descansa en su idea de la vida humana como un fenómeno que supone una relación con las circunstancias, pero no de forma pasiva, sino como creador activo de esas circunstancias. El significado de la expresión «yo soy yo y mis circunstancias» no debe ser identificado consigo mismo (idealismo), o con sus circunstancias (empirismo), sino con ambos y su interacción. Así, dedica la primera parte de sus Meditaciones (secciones 1-5), al desarrollo de esta tesis metafísica. La naturaleza humana, a diferencia de la de una roca, un árbol o un animal, no es algo dado por la existencia; ella es, al contrario, algo que la persona tiene que crear por sí mismo. La vida de una persona «no coincide, por lo menos totalmente, con el perfil de sus necesidades orgánicas»,[70] sino que se proyecta más allá. el ser humano podría ser realmente definido, en cierta medida, como homo faber, pero dicho faber no se limita a la fabricación material, sino que incluye, además, la creatividad espiritual. «Esa vida inventada, inventada como se inventa una novela o una obra de teatro, es a lo que el hombre llama vida humana… y la cual se la hace él, y este[71] hacérsela comienza por ser la invención de ella.»[72]

Para o estudioso da técnica, Lewis Munford, essa é a tradição dos pessimistas, em virtude de verem os resultados da técnica sem terem em vista o bem-estar dos homens, mas, sim, são orientados para a lógica interna do progresso técnico. Por isso a importância da hermenêutica a todas essas realizações técnicas humanas que têm sido feitas: "*más para utilizar sus propios ingentes recursos orgánicos con miras a satisfacer más adecuadamente sus demandas y aspiraciones superorgánicas, que por el propósito de incrementar el abastecimiento de alimentos o controlar la naturaleza*". Seguindo essa linha de classificação, encontra-se a posição dos moderados.Ferramentas mudam a direção do desenvolvimento humano, não devem, todavia, permanecer como um objetivo fora da tecnologia, já que as máquinas devem ajudar a alcançar tal objetivo. David Rothenberg[73] explica que:

> […] quanto mais aprendemos sobre como usar um instrumento, menos pensamos sobre como iremos utilizá-lo. Torna-se como um membro extra, uma nova maneira de chegar e mudar o mundo. Mas o que é isso que se estende? Não simplesmente uma ideia interna humana, mas uma idéia de agir, um pensamento que envolve o mundo, tornando possível e real. Quanto mais entendemos da ferramenta, mais maneiras nós concebemos de como ela pode ser colocada em
>
> prática. Nossos desejos e intenções de agir sobre o mundo são alterados por meio das ferramentas que nós utilizamos. Esta é a essência da filosofia da tecnologia como extensão humana.

Mas para o progresso chegar, dever-se-ia assumir esses riscos? Se se agir com cautela para minimizar os danos da tecnologia nas relações sociais, políticas, econômicas e mesmo jurídicas, para maximizar seus benefícios, valeria a pena? Os critérios de classificação utilizados estão diretamente relacionados à ideia de avaliação da tecnologia social, jurídica inclusive; uma avaliação que parece equivocada ao autor desta tese, por ser meramente quantitativa.

---

[70] ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la técnica*. Madrid: Espasa-Calpe, 1965. p. 19.

[71] MITCHAM, Carl. *¿Qué es la filosofía de la tecnología?* Prólogo de Manuel Medina. Barcelona: Anthropos, 1989.

[72] MITCHAM, Carl. *¿Qué es la filosofía de la tecnología?* Prólogo de Manuel Medina. Barcelona: Anthropos, 1989. p. 36-37, 55-56.

[73] ROTHENBERG, D. Hand's end: technology and the limits of nature. Berkeley: University of California Press, 1993 apud TRIPATHI, Arun Kumar. Cultura de sedimentação na interação humano-tecnologica. Londres: Springer-Verlag, 2015. p. 14.

3 Conclusão

O século XX trouxe e provoca a investigação, por incitar o capricho da humanidade de fazer do homem e da técnica o seu próprio desenvolvimento. Talvez não seja o homem que, por interesse pragmático, desencadeie o fenômeno técnico, mas ele próprio é exigido pela técnica e, portanto, forma parte desse fenômeno, um *Ser* meramente técnico, um ingrediente da essência da técnica. Para Heidegger, a essência da tecnologia está na correlação que acontece entro o *técnico* e o *homem*, que se torna provocado a suscitar, agora, a compreensão da técnica moderna. Essa correlação é um tipo de dispositivo do todo, o que Heidegger chama de *disposição*. Heidegger está convicto de que essa disposição é a *essência da técnica*; e o essencial da técnica moderna é a ciência e sua dependência desta. Veja-se, antes mesmo da formação da ciência moderna[74], a natureza já se via como calculável, ou seja, já havia certa provocação à natureza, fazendo suscitar o que dela se *mede*. Assim se pré-anuncia, na ciência moderna, a técnica em sua verdadeira essência, outra vez, à *disposição*. A ciência, por si só, incluiu desde a sua formação até o presente, um domínio tecnológico do século XX e XXI; o qual, antes, estava dormente, agora ressurge disponível. (Heidegger já tinha falado do *pre-tendi-do* pela ciência moderna em *La pregunta por la técnica*). A liberdade do homem compõe-se propriamente em seu destino; mas não se submete a ele como seu escravo, ao contrário, atendendo, *sabendo ouvir*, acolhendo ao chamado de seu destino. Para Heidegger, a liberdade mostra a diferença com o destino e mostra que são opostos; não têm o mesmo caminho (como pensava Kant), porém relacionam-se, e de alguma forma, estão ligados. É claro que a ligação da liberdade humana com o futuro, em última análise, sustenta esse destino, ou seja, o homem é aquele que pode tomar o destino. Talvez o problema resida exatamente aí; o homem técnico acredita ser o senhor da terra, porém é uma ilusão; pura antropologização técnica do mundo, diz Heidegger, uma falsa maneira de ver as coisas: porque o homem, sob a disposição provocante, nunca pode encontrar-se. O perigo não está somente na técnica e ou nos perigos e catástrofes tecnológicas; o que é perigoso, diz Heidegger, *é a essência da técnica*[75].

O que se pode afirmar é que Heidegger usou uma consideração da tecnologia moderna para expor os fundamentos que formam sua ontologia. Heidegger tem sua justificativa: a técnica é, no sujeito, o paradigma da produtividade ilimitada. Essa preocupação pela produtividade é que vai circundar a ciência jurídica e precisamente os tribunais brasileiros, assunto a ser desenvolvido mais adiante, conforme a consciência objetivadora que engessa a capacidade interpretativa e anula a possibilidade de uma melhor compreensão dessa fusão de horizontes, aquilo que já preocupava o primeiro Heidegger.

Viu-se, anteriormente, que a ciência não pode refletir sobre si mesma, é por esse fato que é preciso outro olhar sob a posição da própria ciência:

O fundamento deste estado de coisas é que a ciência não pensa. Não pensa porque, de acordo com o modo do seu proceder e os meios que utiliza, nunca pode pensar; pensar, de acordo com o modo de pensadores. O fato de que a ciência não pode pensar não é a falta, mas uma vantagem. Esta vantagem assegura à ciência a possibilidade de entrar em cada zona de objetos por meio de pesquisa e resolver isso. A ciência não pensa. Para todos nós, as instalações, aparelhos e máquinas do mundo técnico de hoje são indispensáveis. Para alguns mais e outros menos. Seria tolo para lançar-se cegamente contra o mundo técnico. Seria míope querer condenar o mundo técnico como uma obra do diabo. Nós dependemos de objetos técnicos; nos desafiam até mesmo a seu aperfeiçoamento constante. Sem perceber, no entanto, estamos tão ligados aos objetos técnicos que nos deparamos em uma relação de servidão a eles[76].

Podem-se usar objetos técnicos no Direito e corretamente servir-se deles, deve-se, todavia, cuidar

---

[74] La ciencia moderna se caracteriza por una objetivación del mundo natural, la representación del mundo en términos matemáticos que necesariamente ignora su carácter terrenal, creando, de esta manera, la posibilidad de producir objetos sin real individualidad o cosificidad. Heidegger sugiere que, en vez de describir la tecnología como ciencia aplicada, sería más preciso llamarla tecnología científica MITCHAM, Carl. *¿Qué es la filosofía de la tecnología?* Prólogo de Manuel Medina. Barcelona: Anthropos, 1989. p. 68-69.

[75] GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004. p. 374-380.

[76] AYESTARÁN ÚRIZ, Ignacio. Modernismo reaccionario y técnica: Heidegger frente a Nietzsche y Jünger. In: ALONSO, Andoni; AYESTARÁN, Ignacio; URSÚA, Nicanor (Coord.). *Para comprender ciencia, tecnología y sociedad*. Espanha: Editorial Verbo Divino, 1996. p. 106.

e deixar de estar presos a eles, pode-se, inclusive, tentar ver-se livre deles, e usá-los apenas como coisas, exatamente como deve ser, ou ainda permitir que esses objetos descansem sobre si mesmos. A decisão de dizer *sim* ao uso de objetos técnicos jurídicos pode ser inevitável; pode-se também dizer *não* na medida em que se precisa recusar, curvar-se.

Há um profundo desejo pela técnica nas relações jurídicas. Portanto, quando se diz *sim* ou *não* aos objetos técnicos, a relação com o mundo técnico se torna uma negação? Pensa-se o oposto. A relação com o mundo técnico jurídico deveria ser muito simples e pacífica; *não é*, contudo. Usar objetos técnicos na atividade profissional e, ao mesmo tempo, conseguir mantê-los descansando em si mesmos, como coisas que não são absolutas, depende de algo mais elevado. É possível dizer *sim* e *não* ao mundo técnico e jurídico com uma palavra antiga: *serenidade*[77]. Havia um questionamento a respeito do *Ser*, que dava um sentimento de urgência em relação a si mesmo. Questionar e tentar entender a respeito desse *Ser*, da finita existência humana, apesar de sua temporalidade, talvez seja o primeiro e mais antigo feito pela metafísica. Há muito tempo, a metafísica tenta entender como a raça humana é consciente de seu próprio fim e de como também poderia entender um *Ser* que não fosse só privação e falta – não apenas uma subjetiva passagem pela Terra, no sentido até mesmo de uma participação na eternidade do divino, mas como um *Ser*que experimenta e se distingue do seu *Ser Humano*[78].

Não consideramos a determinação suficiente à essência da ação' é verdade que o sentimento de vida da geração mais jovem, que entrou para a vida espiritual nos anos sessenta, se caracteriza por uma nova tendência de desencanto, por uma nova inclinação para domínio e controle técnico, sem exposição a riscos e incertezas. O destino geral da modernização e industrialização encontrou nele sua reflexão filosófica, mas ao mesmo tempo, graças a ele, também a diversidade e a multiplicidade de vozes da herança humana que se integra no diálogo mundial do futuro, adquiriu uma nova presença[79].

Uma nova fase inicia quando Heidegger completa 75 anos, em 26 de setembro de 1964, introduzida pela pesquisa da física moderna da energia nuclear. Uma era ao mesmo tempo promissora, mas também ameaçadora para o futuro, e que logo se espalhou por toda a terra. As ações humanas na contemporaneidade passam a ser determinadas por regulamentações racionais na política e na economia, na convivência humana, na coexistência dos povos e em grandes blocos do poder político do presente que determina o espírito do nosso tempo. Mais uma vez, a fé incondicional na ciência, seja sob o reflexo do marxismo ou mesmo sob o perfeccionismo técnico do mundo ocidental, a filosofia deixa novamente o questionamento de sua razão de existir. Heidegger deixou uma impressão crítica à cultura. Essa crítica à cultura é uma forma de reprimenda à cultura do presente e perda e repressão da liberdade. Esse fenômeno é certamente um dos mais estranhos da *era da tecnologia*; o fato de que sua consciência do progresso estivesse cercada por dúvidas quanto à necessidade de uma padronização e nivelamento. Historicamente, sua crítica foi dura e severa do *homem*, ou seja, "*da esfera pública e da mediocridade que é a existência humana*". *Heidegger não foi um filósofo crítico da técnica*; acredita-se que, de tendência romântica, ele buscava capturar sua essência, inclusive de se antecipar com o seu pensamento, aquilo que se mostrava, e que realmente era.[80] Aí, sim, neste momento, parece oportuno posicionar a ideia de que uma *destruição da metafísica pela ontologia fundamental seja, então, o melhor caminho para a compreensão da tecnologia no Direito.*

---

[77] HEIDEGGER, Martin (1959): *Gelassenheit,* pfullingen: Verlag Günther Neske *(Serenidad.* Trad. Yves Zirnrnennann. Barcelona: Serbal. 1989. p. 26-27.

[78] GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 23.

[79] GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 25-26

[80] Devemos estar cientes disto se você quiser entender o trabalho de Martin Heidegger não só historicamente, como um movimento de pensamento no passado recente que pouco a pouco está ficando estranho, mas sua proximidade com o presente, ou melhor, como uma questão ao presente. Para perfeccionismo técnico do nosso tempo é mostrado como um pouco em oposição à filosofia de Heidegger instância que realmente pensá-lo com coerência e radicalismo que é incomparável na filosofia acadêmica do nosso século. GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002. p. 27-28.

Referências

AYESTARÁN ÚRIZ, Ignacio. Modernismo reaccionario y técnica: Heidegger frente a Nietzsche y Jünger. In: ALONSO, Andoni; AYESTARÁN, Ignacio; URSÚA, Nicanor (Coord.). *Para comprender ciencia, tecnología y sociedad*. Espanha: Editorial Verbo Divino, 1996.

BARRETO, Sônia. Ontologia e crítica da metafísica: Kant e Heidegger. *Revista Estudos Filosóficos*, São João del-Rei, n. 8, p. 18-32, 2012. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art2_rev8.pdf>. Acesso em: 23/05/2018.

BONORINO, Pablo Raúl; AYAZO, Jairo Iván Peña. *Filosofía del Derecho*. 2. ed. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

COSTA, Poliana Emanuela da. Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger. *Saberes*, Natal, v. 1, p. 60, jan. 2015. Número Especial. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/6423/5133>. Acesso em: 23/05/2018.

GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Traducción Ángela Ackermann. Barcelona: Herder, 2002.

_____ *El giro hermenéutico.* Madrid: Editora Cátedra, 1998.

GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne*: o homem na idade da técnica. São Paulo: Paulus, 2006.

GARCÍA GONZÁLEZ, Juan. Heidegger y la técnica. In: ATENCIA, José Maria; DIÉGUEZ LUCENA, Antonio Javier (Coord.). *Tecnociencia y cultura a comienzos del siglo XXI*. [Málaga]: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es filosofía?* 2. ed. corr. Traducción, estudio, notas y comentarios de textos por: Jose Luis Molinuevo. Madrid: Narcea Ediciones, 1980.

_____ *Conferencias y Artículos*. Barcelona: Editora Odós, 1990.

_____ *Identidade e diferença*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____ *Introdução à filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____ *Ser e Tempo.* Tradução: Márcia de Sá Cavalcanti, São Paulo: Vozes, 1988. v. 1.

_____ *¿Qué es filosofía?* Trad. José Luis Molinuevo. Madrid: Narcea, 1983.

IHDE, Don. Interpreting Hermeneutics: Origins, developments and prospects. In: IHDE, Don. *Postphenomenology and Technoscience*. The Peking University Lectures, SUNY Press, 2009. Chapter 4. Do Thinks Speak? Material Hermeneutics,

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Gadamer sobre el concepto aristotélico de phrónesis. *Éndoxa*: series filosóficas, Madrid, n. 20, p. 313, 2005. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-200585D12EE7-A6BA-14AA-F3D2-FE2DBB7AB7C0/gadamer_sobre.pdf> Acesso em: 23/05/2018.

QUINTANILLA, Miguel Ángel. *Tecnología*: un enfoque filosófico. Madrid : Fundesco, 1989.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: do século XX à pós-modernidade.

MIRANDA, Angela Luzia. *Técnica y Ser en Heidegger*: hacía una ontología de la técnica moderna. 2008. f. 72-85. Tese (Doutorado) — Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía, Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha, 2008.

MITCHAM, Carl. Un campo interdisciplinar: la historia, filosofía, economía y sociologia de la ciencia y la tecnología. In: ALONSO, Andoni; AYESTARÁN, Ignacio; URSÚA, Nicanor (Coord.). *Para comprender ciencia, tecnología y sociedad*. Espanha: Editorial Verbo Divino, 1996.

MITCHAM, Carl. *¿Qué es la filosofía de la tecnología?* Prólogo de Manuel Medina. Barcelona: Anthropos, 1989.

MUMFORD, Lewis. *El mito de la máquina*. Buenos Aires: Emecè, 1969. v. 1.

NASCIMENTO, Miguel Antonio do. Leitura de Heidegger: sobre o fundamento. *Princípios*: revista de filosofia, Natal, v. 9, n. 11-12, p. 109-125, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://www.periodicos.ufrn.br/principios/article/view/613/559>. Acesso em 23/05/2018.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la técnica*. Madrid: Espasa-Calpe, 1965.

POGGELER, O. *El camino de pensar de Martin Heidegger.* Madrid: Alianza,1986.

QUINTANILLA, Miguel Ángel. *Tecnología*: un enfoque filosófico. Madrid: Fundesco, 1989.

RODRIGUEZ GARCÍA, Ramón. ¿Más allá del Ser? Reflexiones sobre um tema de Emmanuel Lévinas. In: METAFÍSICA y pensamiento actual: conocer a Nietzsche. Salamanca: Ed. Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1996.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*. Um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 100 e 101. In: Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____ *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

_____*Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____ *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 63 apud BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014.

TRIPATHI, Arun Kumar. Cultura de sedimentação na interação humano-tecnologica. Londres: Springer-Verlag, 2015.

VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La revolución filosófica de Martin Heidegger.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2001.

ZIMMERMAN, E. Confronto de Heidegger com a modernidade: tecnologia, política e arte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

"LEX DIGITALIS" E FLEXIBILIDADE DO DIREITO

Ariel Moura

Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS) e pesquisador-bolsista CNPQ vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria do Direito orientado pelo Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

ari.moura06@gmail.com

RESUMO: O presente artigo busca analisar a questão da flexibilidade do direito tomando como exemplo a construção de um direito autônomo no âmbito do ciberespaço. De início, defende-se o reconhecimento da *lex digitalis* como direito positivo válido a partir dos pressupostos da teoria dos sistemas. Posteriormente, especifica-se a análise à construção jurídica de uma organização central no âmbito digital, a ICANN. Por fim, desenvolve-se conceitos da teoria dos sistemas afim de entender como é possível a flexibilização do sistema autopoiético do direito.

Palavras-chave: *Lex digitalis*; ICANN; Teoria dos Sistemas; Direito reflexivo; Flexibilidade

1 INTRODUÇÃO

A análise do sistema jurídico vem sofrendo inúmeras transformações desde a intensificação do processo de globalização, sendo a realidade do ambiente do direito a sociedade mundial funcionalmente diferenciada. Percebe-se, nesse contexto, que teorias que centram suas análises na produção e legitimação estatais do direito não conseguem lidar com os conflitos entre ordem jurídicas e entre ordens jurídicas e não jurídicas.

A epistemologia construtivista da teoria dos sistemas mostra a realidade jurídica como uma construção constante do subsistema do direito intencionada à redução da complexidade social a partir do meio de comunicação "direito". Nessa perspectiva, verifica-se um processo de fragmentação jurídica diante da multiculturalidade do social (pluralismo jurídico), o que é intensificado na globalização pela atuação no direito de inúmeros atores que não o Estado-nação, como empresas multinacionais e organizações não governamentais.

A *lex digitalis*, nesse sentido, é eminentemente um fenômeno característico do global, um direito produzido em estrita relação com um âmbito parcial da sociedade global, o ciberespaço. Afirma-se, então, que as mudanças que ocorrem nos níveis da estrutura e das operações do direito, que podem ser vistas como flexibilizações do sistema, são necessárias à evolução e adaptação do mesmo.

Sendo assim, a investigação da mutabilidade do direito – que deve ser regulada pelo mesmo – centra-se na questão de como é possível a influência do social ao jurídico de forma que as respostas dadas pelo sistema sejam aceitas pelo âmbito a ser regulado e de forma que o sistema mantenha a sua autonomia perante o ambiente e outros subsistemas.

2 LEX DIGITALIS E O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

As teorias do direito que tem como fonte a prática ou o ensino jurídico são, para Luhmann, a forma pelo qual o direito se apresenta como resultado de interpretações. Nesse sentido são produto da auto-observação do sistema jurídico, mas "[...] de modo algum são teorias reflexivas, que descrevem a unidade do sistema, o sentido do direito, sua função e assim por diante para, então, extrair consequências e com elas

suscitar experiências". (LUHMANN, 2016, p. 14)

A teoria dos sistemas exige que se substitua uma explicação, primeiramente, baseada em normas, regras e princípios, por uma explicada por distinções, sendo a principal a diferença entre sistema e ambiente. Ademais, são necessárias as distinções entre variação/seleção/reestabilização para descrever o processo de evolução do direito, este que regula sua própria mutabilidade; a distinção entre informação/mensagem/entendimento, em teoria da comunicação; e a distinção entre operação e observação. (LUHMANN, 2016, p. 34).

Luhmann propõe um pressuposto básico da sociologia: tudo está incluído dentro da sociedade, ou seja, tudo que é comunicação é sociedade. Nesse sentido, se observa a sociedade como altamente complexa, o que significa um aumento de contingência, de possibilidades de algo acontecer de certa forma. Diante disso, temos o desenvolvimento de subsistemas (como o Direito) na sociedade para produção de sentido, o quais reduzem a complexidade externa aumentando sua complexidade interna, esta a partir de uma perspectiva própria relacionada com sua diferenciação funcional. (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p.19).

A teoria dos sistemas, então, observa o direito como um subsistema da sociedade, um sistema que é, na perspectiva de Luhmann, autopoiético, ou seja, que (re)produz os elementos necessários à sua reprodução. Dessa forma, ensina Rocha (2009, p.20) que para Luhmann:

> 'complejidad (...) significa coación de la selección. Coacción de la selección significa contingência, y contingencia significa riesgo'. Esse processo necessita de critérios próprios de auto-observação, critérios próprios de auto-organização [...] sistemas autopoiéticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autoproduzirem a partir de um *código* e uma *programação* própria.

A função do direito, nessa perspectiva, é a generalização congruente de expectativas normativas contrafaticas, ou seja, expectativas orientadas a partir de expectativas sobre expectativas, as quais são mantidas apesar da frustação – a norma é definida a partir da distinção entre expectativas normativas e cognitivas, conforme Luhmann (2016. p. 177). E isso se da em três níveis: temporal, social e prático, conforme ensina Rocha (2016, p. 166).

Nesse sentido, passa-se à defesa da *lex digitalis* como um direito autônomo construído no âmbito do ciberespaço, mas para isso, são necessárias algumas considerações acerca do pluralismo jurídico, uma mudança teórica e política, ocorrida no final do século XX e no início do século XXI. (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 34). Ora, o pluralismo jurídico pode ser visto no Brasil a partir dos "quase-direito" das favelas, ou seja, das expectativas normativas que se constituem de forma relativamente independente do direito oficial-estatal, na periferia do sistema jurídico. E, ainda, como afirma Teubner (2005, p. 81), é percebido:

> [...] nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da justiça privada e, ainda, nos **regulamentos internos de organizações formais e redes informais** [...]. [grifo nosso]

A teoria dos sistemas explica esse fenômeno a partir de, principalmente, dois conceitos. O de fechamento operativo dos sistemas e de acoplamento estrutural entre sistemas: o primeiro ressalta que o sistema somente opera com seus próprios elementos, mas que a constituição de sua identidade a partir da distinção entre autorreferência e heteroreferência torna o sistema "[...] dependente do ambiente, utilizando as perturbações externas como requisitos às suas próprias operações, seja como irritações seja como oportunidades para mudanças estruturais [...]". (TEUBNER, 2005, p. 84).

O acoplamento estrutural, por sua vez, condensa a única forma pela qual o direito pode ser influenciado pelo seu ambiente ou por outro sistema. Influência essa que é descrita por um observador como irritação comunicacional, ou seja, uma operação da comunicação que se apresente como surpresa (informação), mas que ao mesmo tempo possa ser tida pelo sistema como uma expectativa jurídico-normativa. (LUHMANN, 2016, p.593).

O conceito de perturbação, irritação, é substituído por Teubner pelo conceito de "mal-entendidos produtivos", justamente para ir além da paradoxal relação que gera o acoplamento, um comunicar que ao mesmo tempo não é comunicação. Assim, o autor frisa que "[...] no pluralismo jurídico, o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de reprodução da sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-los como fontes de produção de normas". (TEUBNER, 2005, p. 86).

Nesse sentido, a *lex digitalis* se afirma como direito, e, paradoxalmente, como regulação social. Um pensador baseado em teorias do direito "pré giro-linguístico", focadas nas dimensões sintáticas ou até semânticas da linguagem, perguntaria se conseguiríamos identificar uma *groundnorm* na escala global a fim de validar o direito desse âmbito da sociedade ou quais seriam as normas secundárias que reconhecem as primárias e fariam a distinção entre elas e meras normatizações profissionais-sociais. (TEUBNER, 2002, p.3).

Ora, isso é uma questão de identidade do direito, que nada mais é que a "[...] unidade como o objeto de uma observação ou descrição [...]". (LUHMANN, 2016, p.98). Assim, a unidade do sistema pode ser respondida pelo que já foi desenvolvida acima a partir dos conceitos, principalmente, de fechamento operativo e da distinção entre autorreferência e heteroreferência, o que é direcionado pela referência ao código do sistema. Nesse sentido, afirma Luhmann (2016, p.98) que:

> Diferentemente do que exigem os lógicos e do que pensava Kelsen, a *unidade* do sistema do direito *não é premissa operativa* [...] para sua execução operativa o direito tampouco requer uma estrutura hierárquica com a função de garantir a unidade do direito mediante uma norma superior capaz de referência [...] tais representações tem sentido como descrições do sistema no sistema [...] A referência à unidade será substituída, será "representada", pela referência ao código [...].

Ainda, segundo Teubner (2002, p.3), poderia ser feita uma terceira pergunta básica acerca desse direito, qual seja: "O que funda a *lex [digitalis]* e em que ano você determina como sua data de origem?"[1]. Essa, pode ser respondida pelo seu conceito de mal-entendidos produtivos, já explanado acima, que será uma operação passada que servirá como elemento para recursividade futura e o consequente reconhecimento daquela normatização social também como direito. Nesse sentido, assevera Teubner (2002, p.12) que:

> Operações recursivas não surgem do nada; elas só conseguem referir a algo que já existe [...] Direito como um sistema de operações recursivas só consegue referir a operações legais passadas. A solução, de novo, é "como se", mas não a ficção de um mito fundador como uma auto-observação, mas como ficção de decisões legais concretas passadas como a base para operações recursivas.[2]

Assim, reafirmando com Teubner (2005, p.89), é necessária uma mudança conceitual em teoria do direito:

> [...] de estrutura para processo, de norma para ação, de unidade para diferença [...] de função para código [...]. O pluralismo jurídico define-se, então, não mais como um corpo de normas sociais em conflito [...] mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito.

Dessa forma, é desconstruído o paradigma hierárquico da produção de normas, substituindo-a, inexoravelmente, uma noção heterárquica que se usa da distinção entre centro e periferia. Esta noção chama a atenção para a dissolução das realidades social e legal na discursividade, na fragmentação e no caráter fechado dos múltiplos discursos. E, ainda mais importante, a fundação do direito em paradoxos, antinomias e tautologias. (TEUBNER, 2002, p.5).

A desconstrução dessa hierarquia e a distinção entre centro/periferia decentraliza a politização da produção normativa, ou seja, retira a política do topo da hierarquia da produção de normas e a coloca em um mesmo nível que outros tipos de produção social de normas. (TEUBNER, 2002, p.9).

---

[1] Tradução livro do original: "*What are the foundations of lex mercatoria and which year do you determine as its date of origin?*"

[2] Tradução livre do original: "*Recursive operations cannot begin ex nihilo; they can only refer to something that does already exist [...] Law as a system of recursive legal operations can only refer to past legal operations. The solution again is an 'as if', but not the fiction of a founding myth as a self-observation, rather the fiction of concrete past legal decisions as basis for recursive operations.*"

Ora, a matriz teórica analítica normativista, e a matriz hermenêutica que é uma derivação dialético-crítica do normativismo, são vinculadas à noção de Estado de Direito, pois a validade jurídica é fundamentada na força obrigatória do poder estatal. Em seu lugar, defende-se a perspectiva da teoria sistêmica para melhor observar (compreender) o contexto da sociedade transnacionalizada, globalizada e hipercomplexa, no qual os processos autopoiéticos dos sistemas fazem frente a fragmentação do poder e do direito. (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p.45-46).

Essa diferenciação entre direito/política é substituída pela distinção direito/outros sistemas sociais. Nesse sentido, a *lex digitalis* surge da periferia do sistema jurídico, em um acoplamento com o ciberespaço, sendo a produção de regras, externa ao direito, o material para produção normativa, interna. Ora, como afirma Teubner (2002, p.12), "[...] a falta de identidade de um direito não estatal precisa ser suplementada pela participação de um social externo no legal interno"[3].

Ressalta-se neste momento que o próprio conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito é modificado por Teubner, no contexto da globalização, para ser entendido como, também, o acoplamento entre direito e outros âmbitos sociais autônomos. O pluralismo do direito, como será melhor desenvolvido na sequência, evolui para uma questão de pluralismo constitucional – inúmeros processos de autoconstituição de fragmentos sociais autônomos.

Nesse sentido, afirma Teubner (2002, p.12) que

> [...] parece-me que isso é o movimento libertador que o paradoxo do direito global sem estado tem realmente provocado: uma expansão do constitucionalismo para dentro da produção privada do direito que leva em conta que aqueles governos "privados" são governos "públicos".[4]

É necessário, ainda, explanar o conceito de "re-entry", um conceito de Spencer Brown usado tanto por Luhmann quanto por Teubner, o qual representa uma forma de desparadoxização de paradoxos – a externalização e internalização dos paradoxos. Nesse sentido, a exemplo, temos os contratos mercantis e o paradoxo da legitimação de tribunais arbitrais pelo mesmo. Ora, o contrato dispõe sobre sua própria validade. Para sair desse "problema" (paradoxo), permite-se que um determinado tribunal arbitral decida sobre a validade do contrato, o que forma outro paradoxo – o tribunal decide sobre a validade de sua própria decisão decidindo sobre a validade do contrato. (TEUBNER, 2002, p.12).

É exatamente esse movimento dinâmico ocasionado pelo "re-entry", a reentrada da forma (distinção) em um dos lados da forma, que permite a interação entre o direito oficial e o direito não oficial, o que é constitutivo do direito moderno. Isso introduz uma diferenciação interna entre a produção espontânea e a organizada do direito, o que cria, segundo Teubner, um equivalente funcional, no âmbito internacional, do direito estatal e de contratos, em contextos nacionais. (TEUBNER, 2002, p.14).

Assim, Teubner (2002, p.15) afirma que:

> Corpos de arbitragem e legislação privada mudam dramaticamente o papel do próprio contrato internacional. Ainda que arbitragem e os próprios estandartes dos contratos são baseados em contratos, eles transformam a criação contratual de direitos e deveres em "direito não-oficial" de corpos arbitrais. Arbitragem privada e legislação privada tornam-se o núcleo de um sistema de decisões que começa a construir uma hierarquia de normas e de corpos organizacionais. **Isso torna a reflexividade da *lex [digitalis]* possível** [...].[5] [grifo nosso]

Assim, diante da perspectiva defendida pela teoria dos sistemas, a "lex digitalis" é eminentemente um

[3] Tradução livre do original: "*[...] The lack of identity of a non-state law needs to be supplemented by the participation of an external social in the internal legal*".

[4] Tradução livre do original: "*[...] That seems to me is the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that "private" governments are 'public' governments.*"

[5] Tradução livre do original: *[...] arbitration bodies and private legislation change dramatically the role of the international contract itself. Although arbitration and standard contracting themselves are based on contract, they transform the contractual creation of rights and duties into "unofficial law" which is controlled and disciplined by the "official law" of the arbitration bodies. Private arbitration and private legislation become the core of a decision system which begins to build up a hierarchy of norms and of organizational bodies. It makes the reflexivity of lex [...] [digitalis] possible [...].*

direito positivo válido. É relativamente autônoma, pois é produzida constantemente na relação complexa entre direito/não direito, o que pode levar a pensa-la como um "mix" de fontes normativas autônoma, "internacional" e nacional.

Na sequência, adentrar-se-á em uma organização específica desse âmbito social (ICANN), e buscar-se-á demonstrar uma evolução normativa específica diante das mudanças das práticas cibernéticas, o que se verifica, com os casos "companynamesucks", um processo de constitucionalização, e não mais apenas de juridificação, do âmbito digital.

3 ICANN E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AUTÔNOMO NO CIBERESPAÇO

A "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" (ICANN) é uma organização sem fins lucrativos fundada como associação privada vinculada ao direito societário da Califórnia (EUA). Ela é responsável pela manutenção de uma base de dados e da coordenação de processos relacionados ao registro de nomes de domínio na internet. Dessa forma, ajuda a coordenar as funções da IANA (Internet Assigned Number Autority)[6] no sistema de nomes de domínio (DNS – Domain Name System)[7]. (ICANN, 2018a).

Esses domínios são o que facilitam a comunicação entre pessoas (ou maquinas, tecnicamente) no âmbito digital, pois transformam o IP (Internet Protocol Adresses) – os pontos de acesso à internet – em um nome e/ou número expresso pelo endereço do site na "web" (exemplo.com). Conforme opinião expressa no site, sem essa coordenação, não haveria uma internet global. (ICANN, 2018a).

Os domínios da "Root Zone", localizados no topo da hierarquia do sistema de nomes de domínio, e que são gerenciados pela IANA, são definidos como "Top-Level Domains", e são subclassificados em ccTLDs (Country Code Top-Level Domains)[8] – atribuição de nome de domínio de duas letras para países e territórios conforme a ISSO 3166 – e gTLDs (generic Top-Level Domains)[9] – nomes de domínios genéricos com mais de duas letras.

A ICANN é responsável, também, pela definição da política para os nomes e números. Essa política é descrita como "bottom-up, consensus-driven, multi-stakeholder model". O primeiro ("bottom-up") significa que os membros de subgrupos na ICANN – "at the grassroots level" – possam levantar assuntos perante o "Advisory Committees" e "Supporting Organizations" a fim de fazer recomendações para o programa político.

O segundo ("consensus-driven"), seria a criação de âmbitos para discussões jurídicas voltadas aos assuntos da política na internet. E o último ponto ("multi-stakeholder model"), não menos importante, é a abertura da própria organização a múltiplos atores. Conforme o site, na comunidade ICANN, você encontrará registros, registradores, Provedores de Serviço de Internet (ISPs – Internet Service Providers), advogados de propriedade intelectual, interesses comerciais e negociais, representação de mais de 100 governos, e um agregado de usuários individuais. (ICANN, 2018a)

Nesse sentido, então, é criado o UDRP ("Uniform Domain-Name Disput-Resolution Policy"), e seu respectivo procedimento, com o intuito de uniformização da política de resolução de conflitos. De início, o principal tipo de caso a ser solucionado eram os denominados "cybersquatting". Nestes casos, geralmente, há um registro de má-fé de uma marca comercial em um domínio de nome, o que gera problemas de competitividade no sistema econômico. (ICANN, 2018b)

O problema desses casos é que, no mais das vezes, até o estabelecimento do processo para resolução – e até que se prove a confusão ou identificação entre os nomes, a ilegalidade do registro e o uso de má fé – a pessoa que registra tenta rapidamente obter vantagem, o que pode se realizar em muitos casos, fazendo com que a futura decisão não seja efetiva.

---

[6] Site oficial disponível no endereço: https://www.iana.org/about.

[7] O DNS foi desenvolvido na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos, já por volta de 1983.

[8] "Exemple.br".

[9] "Exemple.org".

Como uma forma de combater esse "estelionato", entre outros intuitos, é desenvolvido na ICANN o URS ("Uniform Rapid Suspension System"), um procedimento de baixo custo e rápida resolução, para os titulares de direitos que enfrentam "casos claros" de violação causados por registros de nome de domínio – é usado, também, para qualquer tipo de reclamação incidental à um processo em andamento. Com isso, o operador que recebe a denúncia pode "trancar" o nome de domínio em 24 horas, o que não é permitido se houver mais de um nome, devendo, nesse caso, suspendê-los apenas, para melhor averiguar. (ICANN, 2018c)

Dito isso, passa-se a temática dos casos identificados como "companynamesucks", os quais aparecem apenas recentemente com frequência sob a jurisdição da ICANN. Estes casos se apresentam como uma forma de crítica dos reclamados às empresas/pessoas através do registro de um nome de domínio parecido com o dos reclamantes, majoritariamente com o sufixo "sucks" (nikesucks.com; airfrancesucks.com; entre muitos outros).

Em parte dos julgados, verifica-se que tribunais arbitrais entendem que há perigo de confusão entre os nomes de domínio, de forma que o sufixo "sucks" não é considerado uma grande mudança a ponto de evitar um prejuízo econômico às marcas de empresas.[10] Por outro lado, há julgados[11] que consideram que o sufixo em questão por si só impede a confusão dos nomes de domínio, indicando uma clara crítica ou paródia, o que é permitido em nome da liberdade de expressão. (TEUBNER; KARAVAS, 2003, p. 6).

Nesses casos, verifica-se (TEUBNER, 2016b, p. 109), que:

> [...] os painéis da ICANN não recorreram a positivações nacionais relacionadas à liberdade de expressão, mas que desenvolveram normas de direito fundamental transnacionais vinculantes e atentas às particularidades da internet.

Os casos citados pelas notas 11 e 12 mostram uma flexibilização de posicionamento em relação aos casos "companynamesucks". Resumidamente, temos no primeiro caso, julgado no ano 2000, no centro de mediação e arbitragem "WIPO", o entendimento de que "walmartsucks.com", junto a outros nomes de domínio relacionados, representa(m) uma ofensa a "imagem" (marca) da empresa, e que isto está afetando de forma (in)direta o equilíbrio concorrencial. No segundo caso, julgado no mesmo ano, no mesmo centro de arbitragem, entendeu-se que o "wallmartcanadasuks.com" constituiria liberdade de expressão, de acordo com parâmetros de outros julgados.

Isso mostra, além da flexibilidade, o processo de constitucionalização do âmbito digital encabeçado pela constituição binária da ICANN. Pelo amplo sistema regulatório desenvolvido, compreende-se uma rede de contratos que é administrada, também, por inúmeros órgãos nacionais[12] – lembrando que apenas a estrutura formal dessa organização não explicaria seu sistema de ordenamento "privado" (*private ordering*). (TEUBNER, 2016b, p. 117).

Segundo Teubner (2016a, p.140), esse complexo sistema institucionalizado de normas "[...] nos permitem interpretar o processo de constitucionalização como um processo de 'tradução' bidirecional [...] uma dinâmica coevolutiva entre sistemas sociais constituídos e o direito constitucional [...]" que está sendo desenvolvido, também, e de forma acelerada, no âmbito do ciberespaço.

Demonstra-se, com isso, a presença de processos de fragmentação do direito e da política –

[10] Wal-Mart Stores, Inc. v. Walsucks and Walmarket Puerto Rico. Caso nº. D2000-0477. WIPO Arbitration and Mediation Center. Panelista único: Frederick M. Abbott. Data: 20 de Julho de 2000. Disponível em: < http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0477.html>. Acesso em: 8 de maio de 2018.

[11] Wal-Mart Stores, Inc. v. wallmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey. Caso nº D2000-1104. WIPO Arbitration and Mediation Center. Panelista único: Henry H. Perritt, Jr. Data: 23 de Novembro de 2000. Disponível em: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1104.html>. Acesso em: 08 de maio de 2018. Interessante notar que o julgamento é majoritariamente fundamentado em outros julgados, tanto quanto a própria UDRP, mas sem menção à tratados internacionais ou **à** leis nacionais.

[12] A exemplo, temos a "At-Large Strutures" que é a agregação de outras organizações e movimentos externos a ICANN para efetivação de seu modelo "multistakeholder". Ademais, temos o sistema IDN (Internacionalized Domain Names), que fazem uma representação local de nomes com marcas diacríticas (sinais e alteração da fonética da linguagem) ou com escritas não latinas, estabelecendo uma parceria com organizações nacionais.

subsistemas que mais sofrem com a globalização – unido à um processo de formalização de organizações hierarquicamente estruturadas dotadas de conhecimentos técnicos em contextos específicos por todo o globo. Nesse sentido, Teubner (2016, p. 87) assevera que:

> Esse fluxo termina, em toda a sociedade, inexoravelmente em uma situação de intensa concorrência por posições de poder e influência social, de controle social altamente formalizado e de autoritarismo político e social. A única dinâmica social que foi capaz de se opor, de forma efetiva, a esse fluxo evolutivo no passado e que pode oferecer resistência no futuro, é encontrada, segundo Sciulli, nas instituições de um *societal constitutionalism* [...]

Assim, se Estados e regimes transnacionais concorrem para atuação constitucional na globalização, a teoria do direito não pode vincular-se a uma noção de Estado, como já dito anteriormente. A ICANN, como tentou-se demonstrar, atua como um sujeito constitucional desvinculado do subsistema político, substituindo-a por irritações da sociedade e uma organização própria do poder (*La Politique contra le politique*)[13] – se autoconstituindo e impulsionando a constitucionalização de todo ciberespaço.

Dito isso, passa-se à demonstração que, especialmente no âmbito do ciberespaço, o Direito deve estar aberto às irritações sociais para criação de estruturas para receber irritações sociais – produção circular de estruturas que demandam operações que demandam estruturas (LUHMANN, 2016, p.67) – e permitir uma mutabilidade regulada pelo próprio direito.

4 FLEXIBILIDADE, REFLEXIBILIDADE E DIREITO FLEXÍVEL

O sistema jurídico compreende a sociedade a partir de sua própria construção da realidade, uma construção constante a partir de operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito. (LUHMANN, 2016. p.56). Por meio desse corte da realidade, surge na sociedade um ambiente de direito interno a ela, e, como consequência, podemos nos perguntar qual o tipo e a quantidade de influência do ambiente social ao direito é suportada de forma que os dois sistemas não se desdiferenciem. (LUHMANN, 2016. p.45)

Nesse sentido, ensina Luhmann (2016, p.102) que:

> [...] O sistema só pode produzir relações com esse ambiente com base em seus próprios esforços, e apenas na efetivação de suas próprias operações, possíveis apenas graças àquela integração recursiva que designamos como fechamento [...] a abertura só se faz possível com base no fechamento.

Aqui podemos ver aquela distinção fundamental, explanada no início do texto, entre autorreferência e heterorreferência, feita no nível da descrição pelo sistema. Estruturalmente, há a diferenciação entre expectativas cognitivas, da sociedade, e expectativas normativas, do direito. Quanto a função, então, dizemos que o sistema do direito opera de maneira normativamente fechada, mas, ao mesmo tempo, cognitivamente aberta – e é isto que permite a percepção de irritações vindas da sociedade.

Dessa forma, "[...] a sua flexibilidade e adaptabilidade dependem estreitamente da capacidade de resposta a alterações ocorridas no meio envolvente [...]". (TEUBNER, 1989, p.28). Complementando, afirma Luhmann (2016, p.108-109) que uma "[...] abertura para cognição se dá sempre sob a condição autopoiética da integração do caso particular ou então por norma alterada, na prática decisória corrente e vindoura do sistema [...]".

Essa condição autopoiética é o que garante a estabilidade do Direito perante um ambiente turbulento. Ressalta-se que o Direito como um sistema autopoiético significa sua autoconstrução em operações recursivas, ou seja, ele se autodescreve (não só auto-observa) e autorregula (não só auto-organiza). (TEUBNER, 1989, p.III-VI). E mais, como afirma Teubner (2005, p. 66), só é autopoiético quando "[...] *todos os componentes do sistema jurídico* – estruturas, processos, limites, meio envolvente – [...] simultaneamente [são] auto-constitutivos e articula[m]-se entre si de forma auto-reprodutiva (hiperciclo)".

---

[13] Para um estudo mais detalhado sobre a construção do poder para além do sistema político ver: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 208.

Nessa perspectiva é que Teubner concebe o conceito de Direito Reflexivo, o qual é a chave para o entendimento de como é possível a flexibilização[14] a partir da própria percepção do fechamento operacional do sistema. Assim, só se consegue conceber como o direito regula âmbitos sociais autônomos, como o ciberespaço, se se sabe lidar tanto com a autopoiese do direito como do âmbito social a ser regulado.

Teubner (1989, p.138), então, explica que reflexividade no direito deve ser entendida tanto num sentido normativo quanto analítico, significando "[...] quer análise empírica da posição histórica atual do direito no contexto social, quer avaliação e seleção normativa". Nesse sentido, prescreve-se (TEUBNER, 1989, p.138) que:

> [...] De direito reflexivo poder-se-á falar *se, e apenas se, o sistema jurídico se identifica a si mesmo como sistema autopoiético num mundo de sistemas autopoiéticos, e extrai dessa auto-identificação consequências operacionais* [...].

Os contratos da ICANN, nessa continuidade, têm sua importância ampliada para além de um acoplamento estrutural entre direito e economia. Primeiro por se encontrarem em um contexto social altamente específico (ciberespaço, mundo digital), segundo pela presença de uma Organização que se constrói de forma desvinculada do poder estatal.

Esse contrato mostra-se, então, como equivalente funcional de uma estrutura de ligação importante para a abertura do direito às irritações sociais do âmbito digital, pois quando ele externaliza seu paradoxo de autovalidação para os tribunais arbitrais, aumentando a relação entre o direito oficial e não oficial, assim como entre direito e não direito – um equivalente à jurisdição estatal no contexto nacional.

Porém, para que isso seja possível, afirma Teubner (2002, p.13) que:

> [...] deve haver material de sentido não-jurídico suficiente com o qual o direito consiga entender errado como jurídico. Deve haver um histórico de 'situação com o qual é suficientemente plausível assumir que também nos tempos antigos regras legais foram aplicadas.[15]

As decisões-operações dos tribunais arbitrais foram condensando materiais significativos suficientes, no sentido exposto, a ponto de ser possível o reconhecimento de um direito autônomo no ciberespaço pelos mal-entendidos produtivos na periferia do Direito. Ora, como afirma Luhmann (2016, p.66):

> [...] sistemas autopoiéticos são sempre sistemas históricos [...] toda repetição é uma questão de fixação de estruturas artificiais [...] A operação tem sua unidade como elemento autopoiético precisamente ao servir a ambos [determinação do estado atual e seleção de estruturas].

Dessa forma, o direito mantém a sua unidade pois conserva a aplicação de seu código (direito/não-direito), mas, conforme ensina TEUBNER (1989, p. 209), deve:

> [...] adaptar seu programa às autodescrições do outro sistema, enquanto tal se mostrar compatível com aquele código. Todavia, o preço desta solução consiste em tornar o programa sistêmico altamente indeterminado [...] o que apenas permitirá adaptações *ad hoc* a situações particulares, sem qualquer pretensão de universalidade.

A programação do código seguirá, no caso em questão, a UDRP criada pela ICANN. Não seguirá, então, uma política estatal, mas sim uma política desenvolvida com ampla participação do âmbito espontâneo e de externos afetados neste fragmento digital. Ora, é característica essencial ao pluralismo jurídico intensificado pela globalização que se substitua o condicionamento do sistema político pela construção de poder interna aos subsistemas sociais.

Assim, como ensina Teubner (2005, p.86):

> [...] a responsabilidade social nasce quando as *instituições de ligação* associam o direito mais estreitamente aos demais discursos sociais autônomos. Pluralismo jurídico significa, assim, o

---

[14] Ele é flexível no sentido de ser fragmentado e de se construir constantemente pra específicas situações (indeterminabilidade *ex ante*, determinação *ad hoc*)

[15] Tradução livre do original: "[...] *There must be enough non-legal meaning material which law can misunderstand as legal. There must be a historical "situation in which it is sufficiently plausible to assume that also in former times legal rules have been applied".*

> direito voltado à sociedade, não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por *aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos*. [grifo nosso]

Teubner (2005, p.97) afirma que o processo contratual é a instituição de ligação em processos econômicos, enquanto que em processos técnicos, científicos e médicos é a padronização. Ora, no âmbito digital há o desenvolvimento de ambos, tantos dos estandartes da internet que objetivam a redução da complexidade para a prática digital quanto uma complexa rede institucionalizada de processos contratuais.

Então, é dessa forma que se da a flexibilização do direito diante da multiculturalidade, e, especificamente, no âmbito digital. A partir da consciência do fechamento operativo do sistema, da produção do direito em zonas periféricas, e do consequente proveito pelo direito da comunicação social que circula entre os hiperciclos dos sistemas. É por isso que a regulação pelo direito reflexivo se da por uma política de opções ou como regulação contextual.

MASCAREÑO (2006, p. 39) ressalta a dupla contingência – em relação ao aceite da comunicação - dessa constituição recíproca de âmbitos autônomos, afirmando que:

> [...] as práticas do direito reflexivo pressupõem a inalcançábilidade, irredutibilidade e incomensurabilidade dos discursos que coordenam. Mas pressupõe, também [...] a disponibilidade à coordenação: as partes aceitam um fracasso arbitral que se autolegitima, se submetem a uma regulamentação esportiva que não surge democraticamente, reconstroem uma ideia de justiça adequada a lex digitalis e distinta da democraticamente gerada no espaço do Estado-nação.[16]

A partir do exposto, reafirmo com Rocha (2007, p.182) que se quisermos pensar o direito plural e global, a fim de dar respostas as novas problemáticas – ecológicas, informacionais, biogenéticas, entre outras que surgem a todo momento –, mantendo a autopoiése, temos que pensar em novas formas de provocar irritações internas do sistema jurídico. Segundo ele, ainda, a teoria dos sistemas consegue, dessa forma, construir um espaço democrático e plural recuperando a ligação entre Direito, verdade e cultura.

Por fim, ratifico a necessidade da abertura do direito para além da legitimação política, eficiência econômica e reconhecimento judicial e legislativo da regulação social autônoma. Necessita-se de uma construção responsável do direito nos termos propostos, ainda mais diante da realidade digital que distorce a separação entre criação, aplicação e execução de normas – o que causa perigo às autonomias individuais e institucionais – e que reduz a cognição das operações-decisões ao aplicar a formulação binária (0-1) indistintamente na realidade. (TEUBNER; KARAVAS, 2003, p.16)

5 CONCLUSÃO

No direito, o reflexo da diferenciação funcional da sociedade mundial e de sua fragmentação em múltiplos discursos pode ser percebida pela perspectiva do pluralismo jurídico, o qual mostra que há tempos esse subsistema já sofria um processo de fragmentação dentro do próprio Estado-nação. Com a globalização, isso é intensificado, podendo-se descrever a unidade do sistema apenas como um direito de conflitos intersistêmicos, ou seja, apenas como múltiplos direitos construídos na periferia do sistema em acoplamentos com o social – sua unidade se dá nos conflitos entre fragmentos.

Como o Estado é, hodiernamente, apenas um de muitos atores da globalização, necessita-se de uma epistemologia que mostre que há produção do direito sem a interferência dos Estados, principalmente em âmbitos altamente específicos do global, como o ciberespaço. A partir da matriz sistêmica, então, reconhece-se a *lex digitalis* como direito positivo válido, e a questão da flexibilidade do direito passa a ser analisada dentro da recursividade, da própria autopoiese do sistema.

---

[16] Tradução livre do original: *[...] Las práticas del derecho reflexivo presuponen la inalcanzabilidad, irreductibilidad e inconmensurabilidad de los discursos que coordinan. Pero presuponen también [...] la disponibilidad a la coordinación: las partes aceptan um fallo arbitral que se autolegitima, se someten a una reglamentación deportiva que no surge democráticamente, reconstruyen una idea de fairness adecuada a la lex digitalis y distinta de la democraticamente generada en el espacio del Estado-nación.*

As mudanças de entendimentos do tribunal arbitral apresentadas direcionam pontos para se observar a construção do direito do ciberespaço e a importância da ICANN para isso. Nesse sentido, há mutabilidade constante do âmbito social-digital, assim como no direito, o que se acentua com o processo de constitucionalização impulsionado pela própria auto-constituição da referida organização.

Nesse sentido, a flexibilização do sistema jurídico é apenas possível mediante a abertura cognitiva para com o âmbito social a ser regulado e a construção de estruturas que permitam a influência recíproca. Assim, a regulação (comunicação) do direito só será aceita se o sistema considerar a autopoiese do social no que for compatível com a sua, o que ocasiona uma alta indeterminabilidade do direito.

Conclui-se, então, que a flexibilidade do direito aumenta conforme o mesmo considera mais ou menos a comunicação de seu ambiente ou outro sistema. Por isso, descreve-se o direito como reflexivo, pois ele reflete seu ambiente regulando sua própria mutação. Assim, mesmo que operativamente fechado, não é totalmente autônomo – pelo menos não se se quiser pensar em evolução e adaptação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo Roberto Ramos; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Multicuturalismo e alteridade: observações sistêmicas sobre um discurso da diferença. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, v.8, n.2, 174-182, maio-agosto 2016.

BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. **Regulation & governance,** v.2, 2008, p.137-164. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1748-5991.2008.00034.x>. Acesso em: 1 de maio de 2018.

GEIST, Michael Allen. Fair.Com?: An examination of the allegations of systemic unfairness in the ICANN UDRP. SSRN papers, 2001. Disponível em:< https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=78765>. Acesso em: 17 de Maio de 2018.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). **About ICANN**. Disponível em:<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>. Acesso em: 8 de maio de 2018a.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). **About Cybersquatting**. Disponível em:<https://www.icann.org/resources/pages/cybersquatting-2013-05-03-en>. Acesso em: 8 de maio de 2018b.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). **Uniform Rapid Suspension (URS)**. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/urs-2014-01-09-en>. Acesso em: 8 de maio de 2018c.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.

MASCAREÑO, Aldo. Ética de la contingencia por médio del derecho reflexivo. In: STAMFORD, Artur (ed.), Sociologia do direito: a práctica da teoría sociológica, Lumen Juris, 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/1288461/Mascare%C3%B1o_A._2011_%C3%89tica_de_la_contingencia_por_medio_del_derecho_reflexivo._En_J._Torres_y_D._Rodr%C3%ADguez_eds._La_sociedad_como_pasi%C3%B3n._M%C3%A9xico_D.F._Iberoamericana>. Acesso em: 30 de mar. de 2018.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lênio Luis; DE MORAIS (org.); José Luis Bolzan (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, v.4, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p.167-182.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:**

anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, v. 12, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatoria. **European journal of social theory**. v.5, n.2, 2002, p.199-217.

TEUBNER, Gunther; KARAVAS, Vaios. http://www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law. **German Law Journal**, n.4, 2003, 1335-1358. Disponível em: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=expresso>. Acesso em: 8 de abr. de 2018.

TEUBNER, Ghunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações do tema proposto por David Sciulli. In: FORTES, Pedro (coord.), teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas, **Cadernos FGV Direito Rio**, v.1, 2016a.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016b.

TEUBNER, Gunther. Quod omnes tangit: transnacional constitutions without democracy?. **Jornal of law and Society**, 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088>. Acesso em: 18 de abr. de 2018.

"*ASSASSIN'S CREED*", *SURVEILLANCE* E AS NOVAS TECNOLOGIAS DE CONTROLE: ENTRE A FICÇÃO E AS PRETENSÕES ALÉM DO DIREITO

Carlos Alexandre Michaello Marques

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS,

prof.alexandre@mmpadvogados.com

Leonel Severo Rocha

Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Universita degli Studi di Lecce*
Doutor pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* de Paris,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado
e Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS,

leonel@unisinos.br

Resumo: No presente trabalho foram analisadas as Novas Tecnologias de Controle e o fenômeno da *Surveillance*, frente a insuficiência do Direito territorializado e as posições do Estado e dos Setores Privados neste cenário. A relação entre Direito e Cinema, por intermédio da película *Assassin's Creed*, foi importante pano de fundo de uma discussão extremamente atual no Direito, no Estado e na Sociedade, dos processos conducentes ao Controle Social. Assim, se identificou o fenômeno da *Surveillance*, no qual restou clarificado que o Estado, embora seja um dos principais usuários, não o conduz ou tem grande ingerência, mas acaba, por vezes, sendo também um produto de sua utilização em larga escala. A "Maçã do Éden", código do controle social irrestrito, é essa gigantesca nuvem de dados/metadados, no qual Estados e Conglomerados de Tecnologia estão em constante disputa. É imprescindível apresentar um caminho neste cenário tortuoso que a conjuntura tecnológica desenvolve, não como uma solução acabada, mas como uma aporia, que permitirá uma discussão ampla e aprofundada, com a participação do Estado e não para além dele. Porém não se pode olvidar que esse Direito construído como uma Rede deve ser equânime, algo bastante distante no contexto atual, onde o Estado sequer consegue perceber adequadamente a *Surveillance* e compartilha das pretensões de controle social com setores privados. A pesquisa foi qualitativa e desenvolvida pelo método pragmático-sistêmico com viés interdisciplinar, se utilizando do suporte bibliográfico e análise de obra ficcional em película cinematográfica, diante da necessidade de proposição de alternativas críticas a um percurso compartilhado nas ciências sociais aplicadas. O estudo se desenvolveu no âmbito do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq) do Programa de Pós-Graduação, Doutorado em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos sob orientação do Líder do Grupo Professor Dr. Leonel Severo Rocha.

Palavras-chave: *Surveillance*. Controle Social. Novas tecnologias.

1 Introdução

As Sociedades contemporâneas, em maior ou menor medida, estão diuturnamente vinculadas à experiência da técnica, sejam sob suas mais variadas facetas, como o resultado tecnologia. Todavia, não se sabe precisar se por mera ignorância, condescendência ou alienação, a parcela que quase eventualmente completaria a totalidade deste corpo social mantinha em um grau decisivo a confiança no cenário.

Diante deste contexto, surgiram variadas aplicações da tecnologia no mundo contemporâneo, desde

o mais indispensável equipamento hospitalar (tecnomedicina) até o aplicativo (*app*) menos utilizado nos *Smartphones*. A tecnologia passou a povoar o cotidiano ao limite de que as relações sociais passem a operar, por vezes, em *modo on*, onde não existe relacionamento possível dentro de um grupo social específico sem que seja pelo intermédio de uma mídia (rede) social específica.

Esta tecnodependência de grande parte das sociedades contemporâneas faz emergir, quem sabe a mais antiga pretensão experimentadas ao longo os séculos, o Fetiche do Controle Social. Cenário, antes dominado por aspirações governamentais/estatais, mas que atualmente está difuso em tantos fragmentos e anseios que não se pode ao passo precisar. As justificativas são diversas, assim como são também as formas de tentativa de exercício deste controle, mas com as novas tecnologias é possível um potencial, ainda não totalmente explorado.

No sentido contrário à este movimento, que reúne Estados e Conglomerados Econômicos, é possível perceber antagonistas com os mais diversos propósitos, que nesta complexa teia de relações passam a pressionar a rediscussão os papéis exercidos por todos. De sorte, surgem publicamente alguns dos principais reveses do uso das tecnologias (novas), a superexposição. Edward Snowden, mundialmente conhecido por trazer à público o monitoramento mundial de pessoas por agências dos EUA, embora não tenha sido o primeiro, pode ser considerado um marcador importante neste cenário.

Atualmente, as sociedades se deparam com outro importante delimitador do uso das novas tecnologias no cotidiano, o desmesurado "vazamento" de dados da Rede Social Facebook. Esta ocorrência leva o Presidente da empresa de tecnologia a prestar informações ao Congresso Estadunidense e expõe ainda mais a fratura da insuficiência do Direito Territorializado neste contexto complexo construído pela Globalização. Ademais, o questionamento que aqui se estabelece é justamente da existência de alternativas à este Direito estatal quando se trata das Novas Tecnologias aplicadas ao Controle Social.

Desta feita, com vistas à trazer ao debate subsídios que dialoguem com processos que muitos ainda entendem como uma mera ficção ou fruto de uma paranoia tecnofóbica, as perspectivas de controle social serão comparadas com as pretensões construídas no filme de ficção *Assassin's Creed*. Notadamente, não se realiza aqui um diálogo da obra de ficção para a cenário, mas o inverso disto, do contexto social que encontra eco nas aspirações de vigilância e controle, a denominada *Surveillance* no panorama contemporâneo.

2 O fetiche do Controle Social: na/da ficção à Sociedade Contemporânea

A literatura de ficção é rica em representações de controle social, pelos mais diversos instrumentos e formas, basta lembrar do Aldous Huxley e seu Admirável Mundo Novo, de George Orwell e suas obras 1984 e a Revolução dos Bichos. A inserção deste escrito com o filme *Assassin's Creed*[1], em alguma medida deve ser justificado, tendo em vista a riqueza literária que se avizinha nesta temática, o que de qualquer sorte se faz por extrair da película o objetivo por debaixo do plano de fundo, este que opera em uma linguagem religiosa ao denominar o livre-arbítrio e seu controle ou extirpação como foco.

O longa-metragem se desenrola com as pretensões de uma associação com vínculos religiosos (Os Templários), e que utiliza tecnologia (até o momento apenas ficcional) para encontrar um objeto bíblico que no enredo se denomina como a Maçã do Éden, ou nas palavras do líder desta associação o fruto da primeira desobediência humana. É notório que as aspirações de encontrar este, por assim dizer, percalço humano, este momento de inconformidade com as estruturas vigentes, não o é com objetivo de compreender ou refletir sobre as razões ou fundamentos, mas antes pelo contrário, mas para controlar, limitar, retirar a possibilidade desta escolha.

O uso de tecnologias por Governos/Estados está longe de ser um processo meramente ficcional,

[1] É um filme de ação com estreia no Brasil em janeiro de 2017, contando a história do Credo dos Assassinos, onde Callum Lynch é submetido a uma tecnologia revolucionária que destrava suas memórias genéticas ancestrais de 500 anos, vivenciando com isto fragmentos da vida de Aguilar (seu ancestral genético). Nestas interações lhe é revelada a relação com esta sociedade secreta, denominada "Os Assassinos", que projete o conhecimento sobre o livre-arbítrio em um objeto bíblico, chamado de Maçã do Éden, que é deseja pela Ordem dos Templários nos dias de hoje para exercer o Controle Social.

pois a história da humanidade é permeada destes episódios, que servem inclusive de pano de fundo de partes do filme. Na trama um grupo se opõe aos Templários e suas ambições de um mundo sob suas luzes

(ou sombras), onde a liberdade não é um valor intrínseco à humanidade, esta Ordem é denominada de Assassinos, que resulta no nome da película "O Credo dos Assassinos" (em tradução livre).

A leitura e adaptação da série apresentada sob a forma de oito livros, de diversos filmes de animação, bem como jogos é para este texto mais relevante, pelo contexto que até então a Sociedade Contemporânea se encontra. Como já referido, Governos/Estados e Corporações vivem uma nova corrida armamentista, porém os principais objetivos não estão mais em quanto se acumula de armas convencionais, mas o quanto é possível deter de informações sobre tudo e sobre todos. "A relação entre saber e poder não é novidade, mas, atualmente, está sendo completamente redesenhada ou mais precisamente, elevada a pontos inimagináveis." (MENEZES NETO, 2016b, p. 72).

Os processos de *Surveillance*, aqui entendidos como vigilância e controle, motivo pelo qual foi mantida utilização da terminologia em seu idioma nativo, o inglês, tendo em vista que o conceito "[...] ultrapassa os limites da concepção tradicional de vigilância, uma vez que permite trazer a tecnologia para dentro das relações sociais [...] passa a ser condição de possibilidade das interações humanas." (MENEZES NETO, 2016b, p. 94). É nesta quadra da história da humanidade que a sociedade contemporânea se encontra, um misto de cooperação e concorrência para os mais diversos fins, mas sempre sob a signo do Controle Social.

As preocupações após as revelações de Snowden se avolumaram entre os governos das principais democracias europeias, mas em certa medida não passava de mero estranhamento na troca de papéis, eis que os Grandes Irmãos ("BIG BROTHER") de "1984" passaram a sofrer da síndrome do vigiado, ao participar do por assim dizer "1984" do "1984" (ORWELL, 2003). O Big brother era o cenário em que os Estados reinavam soberanos, onde existia delimitações clara de suas fronteiras, embora processos de espionagem e contraespionagem materiais sempre tenham sido utilizados.

Todavia, com o implemento das novas tecnologias, estes recursos arriscados e extremamente vulneráveis foram abrindo um flanco para processos mais eficientes e eficazes, mas como uma grande corrida, alguns partiram na frente, enquanto outros não conseguem compreender o que está ocorrendo. No mesmo sentido, indistintamente, até mesmo os que contabilizam seus frutos pela iniciativa primeva estão sujeitos as mudanças repentinas de maré deste oceano que são as novas tecnologias.

Outros atores já estavam atuando neste palco inaugurado pelas novas tecnologias, pois com a globalização[2] setores produtivos que mantinham presença apenas local passaram a pensar mundialmente, investindo vultuosas quantias na pesquisa e desenvolvimento tecnológicos. Uma parte considerável destas pesquisas que se reverteram em aplicações tanto econômicas/mercadológicas como de interesse estatal, foram patrocinadas pelos próprios Estados. Neste cenário é possível perceber o entrelaçamento das ambições dos Estados "*Big Brothers*" (ORWELL, 2003), com as Corporações "*Little Sisters*" (MENEZES NETO, 2016b), mas aqueles ainda acreditam que são os grandes players também neste cenário. Todavia:

> As fronteiras, físicas e simbólicas, que delimitavam a esfera de influência, o espaço de dominação do Estado, tornaram-se porosas: os Estados são atravessados por fluxos de todas as ordens, que eles são incapazes de controlar, de canalizar e, se necessário, conter; já não tendo controle sob as variantes essenciais que comandam o desenvolvimento econômico e social, a sua capacidade de regulação tornou-se, concomitantemente aleatória. (CHEVALLIER, 2000, p. 32)

Desta maneira, não se pode mais creditar ao Estado esta capacidade que já não está mais ao seu alcance, tendo em vista que embora mantenham interesse em comum, não são mais as *Little Sisters* (MENEZES NETO, 2016b) que trabalham em favor do Estado, mas é o próprio Estado que está preso na teia cuidadosamente estruturada para atingir suas metas das Corporações. A Maçã do Éden de *Assassin's*

[2] "A globalização não consiste em processo linear, com princípio, meio e fim, desenvolvendo-se por etapas e momentos previsíveis, explicáveis em virtude de relações de causa e efeito; trata-se de um fenômeno multidimensional, envolvendo diversos domínios da atividade e da interação humanas, tornando-se, assim, em fenômeno complexo que exige a formulação de políticas públicas extremamente sofisticadas para a solução de seus problemas." (BARRETTO, 2013, p. 225).

Creed não está nas mãos de um Estado, mas na Ordem dos Templários que busca governar o mundo sob suas leis. O enfraquecimento estatal, faz com que o mesmo dependa dos recursos postos à sua disposição pelas empresas, a fim de que consiga erigir projetos de controle social eficazes.

Os dados e metadados não estão exclusivamente (ou ao menos em sua maior parte) nos computadores/servidores dos Estados, mas estão nas nuvens das grandes corporações de tecnologia. A probabilidade de exercer o Controle Social de maneira sutil, como ressaltar ser possível Nonet e Selznick (2010) está deliberadamente à disposição das *Little Sisters* (MENEZES NETO, 2016b), que o fazem sem maiores alardes, ou danos perceptíveis imediatamente. Não se pode olvidar que os Estados apresentam dificuldades em compreender este cenário, pois para eles:

> A lógica do poder e a lógica do controle estavam fundadas na estrita separação entre o 'dentro' e o 'fora' e em uma vigilante defesa da fronteira entre eles. As duas lógicas, reunidas em uma, estavam incorporadas na lógica do tamanho, organizada em torno de um preceito: maior significa mais eficiente. Na versão pesada da modernidade, o progresso significava tamanho crescente e expansão espacial. (BAUMAN, 2001, p. 133-134).

Uma interessante comparação neste sentido, são as dimensões do Facebook no que tange sua estrutura física no mundo, ante a possibilidade real - e não apenas fictícia como outrora se aventava - de influenciar comportamentos, tendências e pasmem, eleições na maior potência militar do planeta. É possível que se esteja diante do "Governo Templário" da trama, pois a Maçã do Éden, a forma de controle social quase perfeita está nas mãos dos conglomerados de tecnologia, os quais não conhecem fronteiras, não respeitam barreiras e não são mais servis aos seus antigos senhores ou mesmo patrocinadores, os Estados.

Esta arquitetura é uma resposta aos efeitos oriundos do estabelecimento e posterior amadurecimento das democracias pelo mundo, eis que as mesmas alargaram sensivelmente diversos conceitos, dentre eles o importante conceito de liberdade[3], plenamente antagônico às pretensões de controle social. "A liberdade negativa, essencial à democracia moderna, existe na proibição constitucional de qualquer ato que [...] restrinja [...] liberdades ou direitos humanos que uma constituição deve garantir para ser considerada democrática [...]" (KELSEN, 2000, p. 278). Assim deve se ter claro que:

> *A los gobiernos se les confían las capacidades del Estado en la medida en que mantegan el imperio de la ley. La igualdad de todas las personas ante la ley, y la protecció de todos los súbditos del uso arbitrario de la autoridad política y el poder coercitivo, son condicionaes sine qua non, Si bien es la carga que los individuos deben soportar para asegurar sus propios fines, el Estado también es la base sobre la cual es posible salvaguardar sus derechos y liberdades equivalentes. El atractivo del Estado se encuentra, en pocas palabras, en la promesa de una comunidad gobernada por un marco equitativo - un marco que, en principio, es igualmente restrictivo y habilitante para todos sus miembros.*" (HELD, 1997, p. 181)

Neste contexto está a problemática, pois alguns Estados contemporâneos como EUA optaram por não manter esse marco equitativo, esse ponto de equilíbrio dentro de seu espaço territorial. Reconhecidamente, responsável por violar a soberania de outros Estados, os governos estadunidenses realizaram investimentos multibilionários para exercer o controle social dentro e fora de suas fronteiras, porém foram surpreendidos de velocidade descomunal que as novas tecnologias proporcionam para mudar cenários. Com isto, os indivíduos passam "[...] a referência suprema, tanto na esfera particular como na esfera pública, através da figura do cidadão. Essa nova concepção do mundo será um possante motor de mudanças, levando à reconstrução da sociedade e do político sob os auspícios de novos princípios." (CHEVALLIER, 2009, p. 14). Todavia, é indispensável refletir um pouco mais sobre a *Surveillance* e a incapacidade do Estado por consequência do Direito em compreender este cenário.

---

[3] "Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; [...]. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano em aparência. Sua soberania restrita quase sempre interrompida; [...]." (CONSTANT, 1891, p. 03).

3 O Direito territorializado e sua insuficiência no cenário globalizado

A feição de Estado na qual se está habituado, oriundo em boa medida dos modelos estatais europeus (pós-westefaliano)[4], o denominado Estado Moderno é naturalmente atravessado pelos pressupostos inerentes à Modernidade, como a cisão espaço-tempo, o primado da razão e a individualização ou atomização. Deste processo é possível identificar outros dois fenômenos que se alinham no referido contexto, a Colonização/Colonialidade que espraia o modelo e a Globalização que se inicia pela vertente comercial mais intensa. No mesmo sentido restam que ao cabo, as:

> [...] características essenciais do modelo estatal são a tradução dos valores subjacentes à modernidade: a *institucionalização do poder*, quer dizer a inscrição das relações de dominação política num quadro geral e impessoal; a produção de um *novo quadro de submissão*, a "cidadania" sendo concebida como uma ligação excludente, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes; o estabelecimento do *monopólio da força,* o Estado sendo entendido, dentro das "fronteiras" delimitantes do campo de sua "soberania", a única fonte do direito e a única habilitada a fazer o uso dos meios de coerção; a consagração de um *princípio fundamental de unidade,* unidade de valores resultantes da pertinência a uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade, unidade do direito estatal, apresentando-se como uma totalidade coerente, uma "ordem" estruturada, unidade do aparelho encarregado de colocar em operação o poderio do Estado. Por todos esses elementos, a construção do Estado aparece bastante indissociável de uma modernidade da qual ela é, por vezes, o reflexo e o valor. (CHEVALLIER, 2009, p. 15, Grifo do autor)

O Estado e os processos de Globalização (econômica, financeira ou mesmo cultural) caminharam muitas vezes ombreando-se, mas em alguns momentos cruciais foram dissociando seus passos. Os Estados fortaleceram a concepção de territorialidade, de fronteiras, pois suas ações durantes séculos visavam, quase que com exclusividade, esta temática. Conceitos como Soberania foram extremados aos limites semânticos e práticos, pois eram nesta concepção a garantia da própria existência do modelo estatal no cenário internacional vigente.

Desta forma, como destaca Jacques Chevailler (2009), o Estado Moderno passa a ditar o Direito dentro de suas fronteiras como única fonte que pode fazer uso da coerção. De certa feita, o Estado como "[...] o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que na imagem bíblica, se volta contra o Criador." (BONAVIDES, 2011, p. 41). O que possibilita, inclusive retornar ao pano de fundo deste texto que é o intuito de uma Ordem Templária de estabelecimento de controle social, eis que a mitificação ou estabelecimento de uma força metafísica ou simbólica também faz recrudescer o Estado.

Todavia, é indispensável considerar que neste processo de afirmação/manutenção histórica do Estado, doutrinas liberais permearam as relações com os seus cidadãos, bem como a economia, algo que está intrínseco no projeto da modernidade, mas que se percebeu posteriormente, já que o Estado Liberal Clássico também não corresponderia em maior medida aos anseios dos indivíduos (sociedade). Nesta quadra, o Estado Moderno enfrentava a necessidade de reorganização, pois:

> A vida mostraria não corresponder à realidade a velha tese liberal de que a economia e a sociedade, se deixadas a si próprias, confiadas à *mão invisível* ou às *leis naturais do mercado*, proporcionam a todos os indivíduos, em condições de liberdade igual para todos (a igualdade perante a lei), as melhores condições de vida, *para além do justo e do injusto*. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 02, grifo do autor).

Assim, emerge o transpassar do Estado Liberal ao Estado Social, o qual se deu com um importante contributo à transformação da soberania, que não é mais vista como um poder incontrastável, mas sim atrelada à um processo de cooperação, fruto em grande medida da flexibilização das fronteiras físicas. Ademais, os Estados já haviam neste momento constituído muitas estruturas para além da territorialidade, porém passam a ser "[...] capturados na rede dos poderes públicos supraestatais, por eles próprios constituída

[4] Neste sentido, esclarece Jacques Chevallier (2009, p. 13) que surgimento desta "[...] nova forma de organização política que é o Estado foi, nos países europeus, ligada a um conjunto de transformações que marcam a entrada desses países na era da 'modernidade'."

[...]" (CASSESE, 2010, p. 57). Dessa forma, há um esfacelamento da soberania, (inclusive com a contribuição ativa do próprio Estado), redimensionando ou tornando as fronteiras permeáveis, o que redunda na impossibilidade material de aplicação do direito na delimitação geográfica estatal.

A globalização[5] é de certo modo partícipe de grande parte destas transformações, pois embora o Estado Moderno, em alguma medida tenha enfrentado toda sorte de dificuldades, os processos globais potencializaram nos últimos tempos este cenário.[6] Com isto, se apresentar como "[...] significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo."[7] (BAUMAN, 1999, p. 66).

É importante destacar que este processo proporcionará resultados mais significativos para a temática desenvolvida neste texto no fim do século XX, pois com "[...] a globalização, no fim do século XX, novamente o Estado Nacional passa a sofrer a competição de instituições supranacionais ou transnacionais e subnacionais ou infranacionais de poder [...]". (FORJAZ, 2000, p.42).[8] No mesmo sentido, o século XXI amplia sensivelmente os desafios ao agregar o uso da tecnologia em larga escala, fazendo com que o Estado que estava compreendendo melhor os fluxos financeiros e de pessoas, guinasse para uma rápida inserção no fluxo de dados e informações.[9] Todavia é mister destacar que:

> O Estado não poderia ser considerado como uma forma de organização política ultrapassada. Sem dúvida, ele é confrontado com novos dados que modificam o contexto de sua ação e, notadamente, à pressão cada vez mais insistente exercida pela globalização: ele ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas; e ele permanece o elemento essencial em torno do qual se organiza a vida internacional. (CHEVALLIER, 2009, p. 23).

Ocorre que, os processos que se entrelaçam globalmente, antes dependentes em alguma medida do Estado, hoje operam em suas próprias lógicas, códigos e normas. O Estado acostumado com seu Direito territorializado não consegue alcançar de maneira efetiva as nuances deste novo e complexo cenário. "A lógica do poder e a lógica do controle estavam fundadas na estrita separação entre o 'dentro' e o 'fora' e em uma vigilante defesa da fronteira entre eles." (BAUMAN, 2001, p. 133). Contudo, a globalização e os fluxos globais de dados e informação subverteram a lógica conhecida pelo Estado, embora o mesmo Estado tenha iniciado este processo.

A implementação desta rede, denominada como TOR (*THE ONION ROUTER*), *Deep Web* ou Internet Profunda), que diz respeito a uma Rede paralela ao funcionamento dos Navegadores WWW (*Web*) comuns e se caracteriza como um local de extremo anonimato e de enorme dificuldade de rastreamento. Ademais, a Rede TOR foi criada pelo Departamento Naval dos EUA, com objetivo de tornar seguras suas transmissões, posteriormente foi utilizada para permitir que cidadãos de Estados que controlam a internet, transmitam suas comunicações. É importante considerar neste contexto que:

> [...] a internet constitui a prefiguração dessas que serão as 'autoestradas da informação' do futuro: sistema de circulação de informação aberta, constituída a partir da interconexão de

---

[5] "Globalização é, por conseguinte, um conceito abrangente de largo espectro (*catch all concept*), que pode ser livremente formulado de forma ampla ou restrita." (PFETSCH, 1998, p. 106, grifo do autor)

[6] No mesmo sentido, destaca Elias Jacob de Menezes Neto (2016, p. 40-41) que por ser uma "[...] construção humana e precária, o modelo estatal vive em crise desde sua fundação. Entretanto, as análises mais recentes parecem ter o fenômeno da globalização como um traço comum na discussão a respeito do destino do Estado-nação, especialmente levando-se em conta que o mundo atual é caracterizado pela expansão global da tecnologia da informação e da riqueza, fenômenos que tendem a desintegrar a compreensão de fronteiras espaço-temporais.".

[7] Para Anthony Giddens (1991, p.78): "Os Estados soberanos, supõe-se, emergem primeiro como entidades amplamente separadas, tendo controle administrativo mais ou menos completo no interior de suas fronteiras.

[8] "A globalização não consiste em processo linear, com princípio, meio e fim, desenvolvendo-se por etapas e momentos previsíveis, explicáveis em virtude de relações de causa e efeito; trata-se de um fenômeno multidimensional, envolvendo diversos domínios da atividade e da interação humanas, tornando-se, assim, em fenômeno complexo que exige a formulação de políticas públicas extremamente sofisticadas para a solução de seus problemas." (BARRETTO, 2013, p. 225).

[9] "O capital é globalmente móvel, o estado é territorialmente vinculado. É também o Estado que tem de assumir os custos decorrentes de tais decisões como, por exemplo, o desemprego gerado pela mobilidade global da produção." (PFETSCH, 1998, p. 106)

> redes de computadores, a internet é 'rede sem coração, nem senhor'; por essência mesmo deslocalizada, a sua característica é ignorar fronteiras, de abolir distâncias, permitindo aos usuários ter acesso livremente à informação disponível no mundo inteiro. Sem dúvida, alguns dispositivos foram introduzidos pelos Estados para controlar e, mesmo barrar a circulação do fluxo de informações [...] (CHEVALLIER, 2009, p. 35, Grifo do autor).

As palavras de Jacques Chevallier (2009) acerca da internet não estão claramente no tempo verbal adequado, pois sim, a internet já é essa via, esta estrada e o prognóstico foi muito mais rápido que se poderia pensar. Desta forma, o Estado que inaugura, logo é superado e passa a depender tecnologicamente dos demais atores para atingir seus objetivos, como o controle social. A maça do éden não está nas salas dos setores de inteligência do Estado, mas nos mainframes e supercomputadores dos grandes conglomerados da tecnologia mundial.

Por algum tempo este sistema se manteve em equilíbrio, mas com as recentes dificuldades sobre a utilização de dados e metadados, primeiro os Estados ficaram vulneráveis perante a sociedade internacional, mas imediatamente ambos ficariam tão ou mais vulneráveis perante os gigantes da tecnologia. Afinal, os Estados embora estivessem se utilizando de algumas ferramentas de *Surveillance*, não tinham a real dimensão de que se tratava não apenas de vigilância, mas de vigilância e controle. "Tradicionalmente, os estudiosos da vigilância focaram-se em quatro vertentes principais de relação, todas elas conectadas à noção de modernidade sólida: ao Estado-nação; à burocracia; à lógica tecnológica e à economia política." (MENEZES NETO, 2016b, p. 93).

A equação atual conduz à uma transparente encruzilhada, pois o Estado não consegue regular a *Surveillance*, ao passo que também quer se valer destes desdobramentos tecnológicos. "O Estado – e o direito dele originado – parece incapaz de resolver, exclusivamente, os problemas oriundos da violação de direitos fundamentais pelas técnicas de *surveillance*." (MENEZES NETO, 2016a, p. 51, grifo do autor). Todavia, a questão é que as intenções do Estado podem, claramente, em muitas oportunidades, com as vocações do governo, bem como a pretensão deste de controle social, eis que não apenas em potência, mas aplicadamente a *surveillance* tem repercutido desta maneira, basta recordar novamente a polêmica das eleições estadunidenses.

A complexidade deste panorama não mais se avizinha, mas sim compartilha do cotidiano com todos que habitam planeta, pois até mesmo quem não está em uma das mais conhecidas redes sociais é alvo de sua coleta de dados, bem como sua utilização a qual não se sabe dimensão. É notório que se sabia o objetivo, que se tratava naturalmente de ganhos financeiros, por se estar diante de empresas e não instituições filantrópicas, muitas destas compromissadas diretamente com os investidores, que podem, inclusive, ser os próprios Estados.

De igual modo, o Estado tem falhado, pois assim também lhe é interessante, mas o que fazer quando a própria sociedade percebe que o controle social pode ser o objetivo que dá azo à dimensão da intervenção na vida de cada indivíduo. Qual seria/será o caminho às insuficiências do Estado e, por consequência, do Direito deste Estado nesta conjuntura? Seria o "Credo dos Assassinos" um Direito Supraestatal, capaz de evitar as pretensões da "Ordem Templária" (Estados e Grandes Corporações) de controle social?

4 *Surveillance* e as Novas Tecnologias de Controle: aporias sobre alternativas ao Direito Estatal

A *Surveillance* oportuniza aos Estados redesenhar os meios de controle social, pois afasta as dificuldades métricas de vigilância tradicional, onde era necessário um esforço extremamente considerável com a utilização de um número sem fim de pessoas neste processo. Todavia, os mesmos se mostram dependentes de tecnologia, as quais não são exclusivamente desenvolvidas pelas estruturas oficiais, ao passo que também não dispõem nestas mesmas estruturas, de capacidade própria para compreender a potencialidade das ferramentas.

Para além destas dificuldades, os Estados também estão habituados com o controle social clássico, dependente de suas estruturas institucionais tradicionais, onde a já mencionada lógica de "dentro" e "fora"

que coordena as fronteiras é caminho adequado e conhecido. Ademais, como as pretensões de controle social não são uma exclusividade dos Estados, as práticas de *Surveillance* e não apenas a tecnologia também servem aos interesses das grandes corporações que desenvolvem as ferramentas. Desta forma:

> A utilização dos bancos de informações pessoais pelos poderes privados é cada vez maior. Não se está falando apenas das empresas cuja especialidade é prestar serviços dessa natureza para o Estado, mas, muito além disso, de praticamente todos os serviços utilizados pelos indivíduos no seu cotidiano: operações financeiras, viagens, telefonia móvel, internet etc. Dos hábitos de compras à geolocalização por satélites transmitida pelos seus *smartphones*, a quantidade colossal de informações individualizáveis, utilizadas abertamente para fins publicitários, permitem a criação de *data-doubles*, ou seja, de versões digitalizadas do ser humano que contém todas as informações por ele disponibilizadas de maneira consciente ou não. (MENEZES NETO, 2016a, p. 40, grifo do autor).

Os Estados ainda não compreenderam que seu papel de centralidade neste cenário não é mais desejada/desejável, eis que as novas tecnologias desenvolvidas permitiram que essa coleta de dados não se dê apenas por intermédio dos conhecidos bancos de dados oficiais. As grandes corporações da tecnologia, ao contrário, são centralizadoras nesta conjuntura e, claro buscam algo que pode ser considerado muito mais valioso do que os interesses dos Estados (dados), pois ambicionam dos metadados[10] (registros que podem ser utilizados para traçar perfis dos mais diversos interesses). Desta forma, "[...] a *surveillance* ultrapassa a barreira do tempo real (presente), além de utilizar dados coletados no passado para interferir a possibilidade de um evento no futuro." (MENEZES NETO, 2016b, p. 99, grifo do autor).

Esta circunstância agrava o problema, pois o potencial de controle social pelo Estado é multiplicado por várias vezes, mas ao mesmo tempo, grande parte destes impactos sequer foram experimentados. Além disto, empresas como Facebook, Google, Microsoft, Apple, Samsung e Sony (rol meramente exemplificativo) podem ampliar suas capacidades quase sem restrições, pois dispõe a cada dia de mais informações (dados e metadados) de seus usuários, permitindo que elas controlem o próprio Estado.

É notório que as informações (dados e metadados) circulam com velocidades inimagináveis, sendo compartilhadas com Governos/Estados, somente quando há interesse destas gigantes. Os Estados demonstram claramente uma incapacidade em controlar este cenário, inaugurado por vezes com diversas parcerias nefastas e escusas, onde se privatizou de maneira sutil as funções inerentes ao próprio Estado, em nome do compartilhamento destas informações.

Com o plano de fundo esta discussão é o ambiente cinematográfico, é interessante estabelecer uma transposição do campo ficcional, para o documentário canadense "The Corporation", o qual apresenta em depoimento de um analista de risco, que afirma presenciar em reunião que participou, que agências de segurança e inteligência dos EUA estavam lado-a-lado às grandes corporações (tradicionais e/ou tecnológicas), trocando informações, estabelecendo convênios e discutindo possibilidades (quem sabe até mesmo de exercer formas de controle social). Assim, é possível concluir que:

> [...] a *surveillance* é um fenômeno incapaz de ser reduzido a uma série de conceitos e, atualmente, só encontra dois limites, a saber, a capacidade técnica dos seus instrumentos e a criatividade dos indivíduos para criar novos sistemas de categorização e análise de dados. (MENEZES NETO, 2016a, p. 47, grifo do autor)

As novas tecnologias da informação se ampliam na medida em que os recursos investidos em seu desenvolvimento também se dilatam, mas igualmente esse processo também faz um caminho inverso onde a abundância de pesquisa e aplicações faz os custos imediatamente despencarem, tornando o acesso facilitado, porém em meios mais rudimentares. "As práticas da *surveillance*, auxiliadas pela tecnologia de informação, tornam visíveis mais dados ao pequeno grupo que dispõe de recursos econômicos e técnicos para processá-los." (MENEZES NETO, 2016a, p. 47, grifo do autor). Este cenário permite que rapidamente sejam consolidados em algumas empresas de tecnologia os instrumentos com maior capacidade, àqueles que podem inclusive servir de subsídio aos Estados ou outros interessados.

---

[10] Metadados são todas as informações sobre os dados (dados sobre dados), como horário, localização, frequência. No fenômeno da *Surveillance* essas informações podem ser mais relevantes que os próprios dados.

Com isso, uma tentativa fracassada de compreender a *Surveillance* como um mero fenômeno/instrumento de vigilância, onde os Estados ainda compreendiam que estavam como centralizadores do processo, e que não reconhecem, por conseguinte suas limitações da territorialidade, aprofundaram e potencializaram os efeitos a sociedade. Desta maneira, é importante destacar que no âmbito destas discussões, ainda se deve considerar as questões que conduzam à uma solução democrática aos desafios impostos, pois relegar estas decisões estão nas raias dos Conglomerados Tecnológicos, haja vista o que ocorrera nos últimos alvoroços com o Facebook. É notório que o Estado não compreende o fenômeno e que os seus burocratas da defesa não conseguem se afastar da lógica de vigilância com perspectivas de controle social, mas da mesma forma não percebem que essa vigilância e controle já existe e que seu potencial está muito longe de ser alcançado pelo Direito.

Os Estados, embora, como já mencionado, sejam, em alguma medida, usuários das ferramentas de *Surveillance*, o código fonte permanece em posse dos Conglomerados de Tecnologia, onde gigantescos bancos de dados/metadados estão hospedados, imunes inclusive de decisões judiciais do Direito territorializado. No mesmo sentido, há uma busca a todo momento por afastar seus negócios de quaisquer regulamentações oriunda de uma ordem democrática. "O direito justo, por seu turno, não pode ser responsabilidade das partes afetadas, mas de poderes 'públicos' comuns, de um Estado em sentido lato." (HÖFFE, 2005, p. 502, grifo do autor).

A inicial ambição de controle social conduz os Estados à um hiperdimensionado *gap* entre suas pretensões e as decorrências, expondo suas fragilidades, do Direito e da sociedade. *"La importancia y el atractivo de la idea del Estado moderno residen en la noción de un sistema de poder circunscrito cuyo cometido es respaldar un conjunto específico de regulaciones y controles que se impone a gobernantes y gobernados por igual."*[11] (HELD, 1997, p. 181). Desta feita, como alguns dos principais *players* da *Surveillance* se esquivam deste controle, em grande medida por força da globalização, como é o caso das Corporações de tecnologia da informação, é indispensável compreender que "[...] a 'transparência' democrática, que permite a *accountability* dos detentores do poder, é diametralmente oposta à visibilidade proporcionada pela *surveillance*. (MENEZES NETO, 2016b, p. 199).

É natural que se projete sobre o Estado, em primeiro plano, todas as pretensões de Controle Social, eis que era o *locus* conhecido para tanto. Todavia, como se trata, neste texto, de um atravessamento da ficção cinematográfica, é necessário lembrar que na mesma durante diversas ocasiões surgia a ideia de um Governo, um Governo Templário. Quando se menciona Governo, por assim dizer, se busca rapidamente identificar com Estado, bem como se fazia anteriormente com Poder, mas é possível compreender estas coligações com as Corporações da Tecnologia, percebendo que se aproximariam até mais que o Estado da alusiva Ordem Templária.

O Facebook, Twitter, Google, dentre tantas outras empresas estão diuturnamente coletando dados/metadados e se utilizando para os mais diversos fins e, o próprio Estado é também um destes voluntários fornecedores seja, por negligência, por condescendência ou mesmo por interesse. Neste sentido, uma aporia acerca deste cenário é justamente da consolidação de uma forma de Direito que não dependa apenas do Estado (ROCHA, 2013), mas que igualmente não prescinda dele. A sociedade global se estrutura em redes e, portanto, o Direito nesta mesma sociedade não pode estar preso na territorialidade, eis uma aproximação com o Credo dos Assassinos.

5 Considerações finais

As relações entre o Direito e outros campos da experiência humana são sempre uma oportunidade

[11] Complementando: *"A los gobiernos se les confían las capacidades del Estado en la medida en que mantegan el imperio de la ley. La igualdad de todas las personas ante la ley, y la protecció de todos los súbditos del uso arbitrario de la autoridad política y el poder coercitivo, son condicionaes sine qua non, Si bien es la carga que los individuos deben soportar para asegurar sus propios fines, el Estado también es la base sobre la cual es posible salvaguardar sus derechos y liberdades equivalentes. El atractivo del Estado se encuentra, en pocas palabras, en la promesa de una comunidad gobernada por un marco equitativo - un marco que, en principio, es igualmente restrictivo y habilitante para todos sus miembros."* (HELD, 1997, p. 181)

de pensar o novo, isto foi possível perceber com Direito e Literatura, Direito e Arte, Direito e Música e não menos importante Direito e Cinema. Todavia, dentro de cada interseção apresentada há uma gama sem limites de relações possíveis, algumas mais diretas e, portanto, mais facilmente identificáveis e, outras por seu turno, com a necessidade de um avançar sobre caminhos que não se amoldam à realidade.

Neste texto, por seu turno, se buscou esta segunda vertente da relação do Direito e Cinema, ao selecionar a película *Assassin's Creed*, uma obra de ficção, para dar o pano de fundo de uma discussão extremamente atual no Direito, no Estado e na Sociedade, os processos conducentes ao Controle Social. Assim, se identificou o fenômeno da *Surveillance*, no qual restou clarificado que o Estado, embora seja um dos principais usuários, não o conduz ou tem grande ingerência, mas acaba, por vezes, sendo também um produto de sua utilização em larga escala.

A analogia entre o Credo dos Assassinos e a Ordem Templária, onde a segunda pretende um Governo (Mundial, por assim dizer), em que os indivíduos são controlados pela tecnologia que possibilita, de igual sorte, neutralizar o livre-arbítrio, embora ficcional é retratada no contexto contemporâneo. O objeto mítico/bíblico da Maçã do Éden (que guarda o código que permite controle social irrestrito) é nos dias atuais essa gigantesca nuvem de dados/metadados, no qual Estados e Conglomerados de Tecnologia estão em constante disputa, porém somente estes últimos podem atingir o potencial assustador da *Surveillance*.

A identificação da Ordem Templária da ficção com o Facebook, Google, Twitter, dentre outras não é de toda sorte uma aproximação insólita, visto que, pelo menos o potencial para influir as pessoas foi empiricamente demonstrado. Além disto, um dos principais Estados que utilizam ferramentas de *Surveillance* na sua própria população e ao redor do globo, pode ter sido alvo, como é o diuturnamente verbalizado caso das eleições presidenciais estadunidenses.

De outra banda, o Credo dos Assassinos poderia ser o Direito, mas infelizmente essa visão de direito totalizante da territorialidade, como visto não consegue corresponder às demandas que a *Surveillance* impõe, eis que está identificado com a razão de estado moderna. Com efeito, é imprescindível apresentar um caminho neste cenário tortuoso que a conjuntura tecnológica apresenta, não como uma solução, mas como uma aporia, que permitirá uma discussão ampla e aprofundada, com o Estado e não para além dele. Porém não se pode olvidar que esse Direito construído como uma Rede deve ser equânime, algo bastante distante no contexto atual, onde o Estado sequer consegue perceber adequadamente a *Surveillance*.

Referências

AVELÃS NUNES, António José. **Do estado liberal à "revolução Keynesiana"**. <Disponível em: http://www.odiario.info/b2-img/avelasnunes.pdf>, 2007. Acesso em: 07, abril de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas.** 2º. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819.

FORJAZ, Maria Cecília Espina. Globalização e Crise do Estado Nacional. In: **RAE - Revista de Administração de Empresas - FGV**. São Paulo, v. 40, n. 2, p. 38-50, 2000.

HELD, David. **La democracia y el ordem global**. Traducción: Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

HUXLEY, Aldous Leonard. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Globo, 1995.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Os Limites do Estado e do Regime Democrático no Controle da Surveillance**. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. SARAIVA, Bruno Cozza. Estado & Constituição. Florianópolis: Empório do Direito, 2016a.

_____. **Surveillance, Democracia e Direitos Humanos**: os limites do Estado na Era do Big Data. 293 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016b.

NONET, Philippe; SELNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Editora Nacional, 2003.

PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. Brasília, v. 41, n. 2, p. 102-117, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Introdução. pp. 21-42. in: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2013. 400p.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**. Traducción: Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010.

AS NANOTECNOLOGIAS E A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO: NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO JURÍDICA NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Daniele Weber Leal

Mestra e Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS; Integrante do Grupo Pesquisa JusNano; Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Advogada

weber.daniele@yahoo.com.br

Raquel Von Hohendorff

Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS; Integrante do Grupo Pesquisa JusNano. Advogada;

vetraq@gmail.com

1 Introdução

Presencia-se desde o início do século XXI a evolução da era nanotecnológica, a qual traz consigo a produção e manipulação de matéria em escala nano. Verifica-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias, as quais se inserem no contexto de inovações, o que por consequência gera uma série de novas demandas da sociedade. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente[1].

O mais instigante sobre os estudos das nanotecnologias e meio ambiente é que se desconhecem os possíveis riscos que elas podem gerar, e ainda, pouco (ou quase nada) existe em termos de regulação jurídica dessa matéria, principalmente no Brasil. Justamente por este aspecto é que demais áreas da ciência vêm criando normativas, diretrizes e regulações que direcionam o desenvolvimento das nanos, estando o Direito num movimento inicial de atenção para tal nova tecnologia. Por esta razão que o mundo jurídico necessita adequar-se a esta nova realidade, leia-se, complexidade, promovendo uma nova forma de regulação, a fim de dar conta das novas demandas nanotecnológicas.

Contudo, mesmo as nanotecnologias apresentando um grande potencial benéfico e de evolução em prol da humanidade, o risco é observado atentamente pelos pesquisadores, o que desperta o necessário aporte do Direito e correto enfrentamento a fim de regular como respeito ao princípio ambiental da precaução. Pertencendo a uma escala nanométrica, as partículas podem atravessar barreiras naturais e se acumular em determinadas células e não se tem ideia dos efeitos de uma longa permanência destas partículas nos organismos vivos, e, tampouco, no ambiente. E, as nanopartículas podem vir a fazer parte da cadeia alimentar, pois penetram em bactérias e nos demais animais e talvez em vegetais[2]. Portanto, a era nanotecnológica traz consigo benefícios desacompanhados de certeza científica, inserindo-se na *Sociedade de Risco Mundial*[3] o que traz à tona complexidades antes sequer pensadas, demandando do Direito uma reformulação, como por exemplo tentar viabilizar a utilização de um instrumento com potencial regulatório.

---

[1] PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p.06

[2] HOHENDORFF, Raquel von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: a gestão do risco a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá, 2014.

[3] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

Ante a inexistência de marcos regulatórios para as nanotecnologias, vislumbra-se a possibilidade de utilização de normativas, diretrizes, instrumentos com potencial regulatórios estranhos ao Direito, os quais vem sendo desenvolvidos por diversas organizações internacionais, tanto governamentais quanto privadas, que serviriam de alternativa ao Direito para promover respostas mais adequadas. Pode-se citar a NIOSH[4], FDA, NIH[5-6], ECHA[7], OECD[8], dentre tantas outras, que desenvolvem pesquisas sobre segurança dos nanomateriais fabricados, com a finalidade de fornecer informações atualizadas relacionadas com a saúde humana e a segurança ambiental.

Propõe-se a viabilidade de acoplamento ou utilização destes instrumentos, realizando uma adequada gestão do *risco*, encontra fundamento a partir do *diálogo* entre a comunicação de Luhmann[9], e o Pluralismo Jurídico de Teubner[10], ganhando maior completude a partir desta última lição.

Uma vez que presente o contexto de risco nesse novo mundo nanotecnológico, visto que cada vez mais afirma-se seu maior desenvolvimento e posterior consumo pela sociedade em geral, necessário que se analise este cenário, a inserção desta nova tecnologia no cotidiano humano, apresentado seus potenciais benéficos, mas por outro lado a possibilidade de dano (futuro), com a finalidade de buscar respostas adequadas a nova complexidade enfrentada com novas demandas. Ademais, para completar o estudo, verificar-se-á de que maneira será possível fomentar a regulação das nanotecnologias, protegendo minimamente a saúde humana e ambiental, justamente neste ínterim entre a ausência de normativas e constatação (ou não) de (futuros) danos, através de adoção de regulações e protocolos já existentes em diversas organizações internacionais, através do Pluralismo jurídico (Teubner).

A proposta de estudo se dará através da metodologia sistêmico-construtivista[11], utilizando-se de bases que não compõem o Direito tradicional, possibilitando a conexão e aplicação de outros institutos regulatórios, realizando a interligação de outras áreas da ciência. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet. Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias, suas aplicações, benefícios e o risco e por fim a viabilidade de adoção de uma postura mais flexível através do Pluralismo Jurídico, ressaltando também a comunicação de Luhmann.Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo, poderá ser assim circunscrito: sob quais condições é possível adotar o Pluralismo Jurídico, frente às demandas nanotecnológicas, a fim de prestar respostas adequadas e fomentar a regulação? Baseado na cautela frente à incerteza, resposta adequada seria uma regulação atualizada, baseada em instrumentos com potenciais regulatórios elaborados por diversas organizações internacionais, através da adoção das lições de Teubner em seu Pluralismo Jurídico.

---

[4] NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce**: a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acessoem: 05 mai 2018.

[5] NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Who we are**. Maryland, 2017 Disponívelem: <https://www.nih.gov/about-nih/who-we-are>. Acessoem: 05 mai 2018.

[6] NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponívelem: <https://www.nih.gov/sites/default/files/resear ch-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>. Acessoem: 05 mai 2018.

[7] EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms**: best practices. Version 1.0. Helsinki, May 2017. Disponível em: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acessoem: 05 mai 2018.

[8] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams**: current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <http://dx.doi. org/10.1787/9789264249752-en>. Acesso em: 05 mai 2018.

[9] LUHMANN, Niklas. **Sociologia delriesgo**. Tradução de Silvia Pappe, BrunhildeErker e Luis Felipe Segura. México: Ed. UniversidadIberoamericana, 2006.

[10] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

[11] FERRARI, Vicenzo. **Primeralección de sociologíadelderecho**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Ed. Universidad Nacional Autônoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

2 o admirável nanomundo e sua inserção no cotidiano humano

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias, as quais se inserem no contexto de inovações, o que por consequência gera uma série de novas demandas da sociedade. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente[12].

A nanotecnologia é o conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtida graças às especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas. A expressão nanotecnologia deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, a tecnologia em escala nano traz consigo muitas incertezas, especialmente concernentes aos riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente.[13] Neste contexto nanotecnológico exige-se um alto grau de interdisciplinaridade. Biólogos, químicos, físicos, médicos e engenheiros contribuem com suas experiências e idéias para gerar aplicações e produtos inovadores para a sociedade. Isso requer uma colaboração intensiva baseada na divisão do trabalho e um alto nível de compreensão de outras disciplinas.[14]

Para dar uma ideia desta escala, um fio cabelo humano está entre 10.000 a 100 000 nm, um único glóbulo vermelho tem diâmetro de cerca de 5.000 nm, os vírus normalmente têm dimensão máxima de 10 nm a 100 nm e uma molécula de ácido desoxirribonucléico (DNA) tem diâmetro de cerca de 2nm. O termo *nanotecnologia* pode ser enganador, uma vez que não é uma única tecnologia ou disciplina científica. Em vez disso, é um agrupamento multidisciplinar de processos, materiais, aplicações e conceitos físicos, químicos, biológicos, de engenharia e eletrônicos em que a característica definidora é tamanho.[15]

Foi o físico norte-americano Richard Feynman (FEYNMAN, 2002) considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra There is a plenty of room at the bottom ('Há mais espaços lá embaixo"), realizado no encontro anual da Sociedade Americana de Física no Instituto de Tecnologia da Califórnia, em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da Enciclopédia Britânica, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular[16].

Até que a profecia posteriormente se confirmou, segundo Engelmann[17]:

> As previsões de Feynman, ainda que prematuras e audaciosas, vieram a se confirmar duas décadas depois. O cientista Eric Drexler foi responsável por popularizar o termo nanotecnologia nos anos 80, ao fazer referência à construção de máquinas tão pequenas que teriam escala molecular com poucos nanômetros de tamanho.

Como ocorre frequentemente com as inovações, é difícil saber para onde os avanços em novos materiais poderão conduzir o mundo. Um novo material em escala nano, como o grafeno, que é cerca de 200 vezes mais forte que o aço, milhões de vezes mais fino que um cabelo humano e um eficiente condutor de calor e eletricidade[18], quando se tornar financeiramente competitivo (grama a grama, ele é um dos materiais

---

[12] PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P.06

[13] DURÁN, Nelson; MATTOSO, Luiz Henrique Capparelli; MORAIS, Paulo Cezar de. **Nanotecnologia**: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. 1. ed. São Paulo: Artliber, 2006.

[14] GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020**: an inter-departmental strategy of the Federal Government. Rostock, Oct. 2016. Disponívelem: <https://www.bmbf. de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 05mai 2018.

[15] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **Ballot on ISO/DTR 12885**: nanotechnologies: health and safety practices in occupational settings. Geneva, 2017. Documento em PDF: norma não publicada em discussão pública.

[16] FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa. ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Cientifico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>. Acesso em: 05 mai 2018.

[17] ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental. 1. ed. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 163.

[18] ISAIAH, David. Automotive grade graphene: the ClockisTicking. **Automotive World**, Wales, Aug. 26 2015. Disponível em: <http://www.automotiveworld.com/analysis/automotive-grade-graphene-clock-ticking/>. Acesso em: 05mai2018..

mais caros do mundo; 1 micrômetro custa mais de US$ 1.000), poderá causar rupturas nas indústrias de fabricação e infraestrutura.[19]

As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana, nos mais diferentes setores econômicos. Esta tecnologia em ultra pequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumidas, como nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, para indústria aeroespacial, naval e automotora, siderúrgica, entre outros. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias[20]. Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias.

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database*(NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8112 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1883 companhias, oriundos de 56 países. Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas[21].

É fato que o novo mundo nano já é uma realidade. A partir disto originam-se novas demandas, as quais precisam obter respostas por parte do mundo jurídico. Se, por um lado, ainda não se conhecem os desdobramentos das transformações geradas por essas revoluções, por outro, a complexidade e a interconexão entre os setores implicam que todos os atores da sociedade global - governos, empresas, universidade e sociedade civil - necessitam trabalhar em conjunto para melhor enfrentamento da realidade, e, assim, o conhecimento compartilhado passa a ser condição *sine qua non* para que se possa enfrentar este novo futuro.[22]

Observa-se assim a atenção mundial – e inicialmente no Brasil – dada para as nanotecnologias, e de que maneira seu desenvolvimento vem sendo acompanhado por pesquisas aprofundadas, originárias de instituições governamentais, públicas e privadas, que estão de certa forma criando instrumentos com potencial regulatório. Tais diretrizes, normativas, protocolos são de extrema importância para alcançar uma segurança maior para a vida humana e meio ambiente, dado seu potencial dúbio, tanto de benefício quanto de potencial dano. A seguir far-se-á uma breve apresentação de organizações internacionais que estão focados no aprofundamento da pesquisa em nano, e que publicam diversos instrumentos que viabilizariam uma (auto)regulação, cuja adoção é viabilizada pelo Pluralismo Jurídico.

3 Movimento nanoregulatório global: a produção de instrumentos elaborados por diversas organizações internacionas (fora da esfera jurídica) com potencial regulatório

Na conjuntura internacional observa-se uma série de instrumentos com potencial regulatório específicos sobre nanotecnologia. No Brasil, o avanço não é o mesmo, pelo contrário. Vemos em "terra brasilis" um incipiente movimento regulatório. Tem-se na esfera do legislativo o movimento inicial e incipiente de discussão das nanos, com proposições e projetos de lei, tanto em nível estadual quanto nacional, que precisam ser apresentadas. É um número pequeno se considerarmos o grande fluxo de propostas legislativas nacionais,

---

[19] LASKOW, Sarah. The strongest, most expensive material on earth. **The Atlantic**. Washington, Sept. 23 2014. Disponívelem: <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/09/the-strongest-most-expensive-material-on-earth/380601/>. Acesso em: 05mai 2018.

[20] HOHENDORFF, Raquel von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 9.

[21] INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**.[S.l.], 2017. Disponível em: <http:// product.statnano.com/>.

[22] SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

mas não se pode descartar o intuito de regulação. Primeiro observa-se duas iniciativas legais que não tiverem sequência legislativa, a)o Projeto de Lei nº 5.076/2005 e b) o Projeto de Lei do Senado nº 131/2010. Após, temos em andamento a)proposição de projeto de Lei nº 19/2014 , no Rio Grande do Sul; b)dois projetos de lei no âmbito federal (Câmara de Deputados), de nº 5133/2013 e nº 6741/2013 ; e c)projeto de Lei nº 1456/2014, no Estado de São Paulo.

No que tange às agências reguladoras, igualmente no contexto brasileiro existem instituições que apresentam uma dinâmica inicial de estudos sobre as nanos, as quais se apropriam de estudos e protocolos internacionais para buscar marcos regulatórios[23]. Encontra-se um indicativo de regulação - de maneira mais significativa - e preocupação com as nanotecnologias em pelo menos duas agências brasileiras, a ANVISA, que já inseriu em seu cronograma a possibilidade de regulação e vigilância sobre produtos em nanoescala, bem como a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), que possui uma série de relatórios que derivam de pesquisas nesta área, e por conseguinte, proporcionam um norte sobre quais medidas adotar face sua preocupação com os (possíveis) impactos ambientais[24]. Desta maneira, no Brasil existe um movimento inicial regulatório, mas que não dá conta da complexidade atual das nanos.

Em outro nível existem diversas organizações com estudos avançados. Nestas instituições internacionais este debate é maior, com pesquisas específicas quanto às nanos, no que tange à definições, risco, comportamento, de modo que diversas agências reguladoras e instituições (sejam governamentais ou privadas) desenvolvem estudos e diretrizes, ou institutos com potencial autorregulatório, que poderiam ser adotados como marco legal. Tal movimento dinâmico e produtivo, em *escala* global, será o próximo tópico[25].

No cenário das nanotecologias é possível vislumbrar inúmeras organizações internacionais, sejam governamentais ou privadas, que estão desenvolvendo pesquisas com nanotecnologias, e assim elaborando instrumentos com potencial (auto)regulatório, possíveis no auxílio para produção de marcos legais, provendo respostas adequadas a estas novas demandas na qual o Direito não está apto.

Através da utilização de normas independentes da ordem estatal, se vislumbra uma alternativa para a possibilidade de regulação das nanotecnologias, com alcance global, objetivando ultrapassar a ingenuidade que ainda paira sobre as instituições jurídicas e seus aplicadores de que o Estado é a única instituição capaz de criar normas que permitem a generalização e a organização de expectativas por parte de diferentes atore sob ponto de vista pragmático[26].

Uma vez que existem normativas e protocolos em diversas organizações internacionais (NIOSH, National Institute for Health (NIH) dos Estados Unidos, National Science Foudation (NSF), ISO, OECD, British Standars Institution (BSI), Comissão Europeia e Parlamento Europeu, European Medicines Agency, Co-nanomet, European Agency for Safety and Health at work, dentre outras), que orientam acerca da utilização das nanos, seria viável que estas regulações fossem utilizadas, até mesmo porque a dinâmica das nanotecnologias refuta qualquer lei fechada e sem constantes atualizações.

Nos EUA apresenta-se a agência regulatória NIOSH, de proteção em saúde ocupacional, a qual identificou 10 tópicos críticos, para orientar na resolução de lacunas e fornecer recomendações sobre as aplicações e implicações dos nanomateriais nos ambientes de trabalho[27]. Ainda na América do Norte é possível

[23] LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>. Acesso em: 25 abr. 2018. p.136-137

[24] LEAL, Daniele Weber S.; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e meio ambiente: o movimento inicial de marcos regulatórios nacionais em face do contexto de (possibilidade) riscos. In: BIZAWU, SébastienKiwonghi; OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). **IV Congresso Internacional de Direito Ambiental**: constitucionalismo, economia e desenvolvimento sustentável. Organização Escola Superior Dom Helder. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/ publicacoes/t5ssa9m9/1r807z77/3cSqY9RcMsXdlKI3.pdf>.

[25] LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>. Acesso em: 25 abr. 2018. p.141

[26] WITTMANN, Cristian Ricardo. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do estado para o além dele. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologia**s. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

[27] NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the**

citar o Programa Nacional dos EUA, *National Nanotechnology Iniciative* (NNI)[28], que orienta todas as agências nacionais e utiliza de seus protocolos.

A partir de um dos últimos documentos com potencial autorregulatório elaborado pela organização NIOSH, com diretrizes para segurança e nano, conclui a organização pela necessidade de responsabilidade na gestão dos nanomateriais, demonstrando ainda o potencial risco (a partir de estudo realizado pela instituição), expondo uma série de pontos a serem considerados[29]. Facilmente estas diretrizes poderiam ser seguidas como instrumento regulatório mínimo no cenário das nanos.

A *European Chemicals Agency* (ECHA) publicou em maio de 2017, o último estudo sobre melhores práticas para registrar e preparar dossiês com nanoformas[30]. Este documento tem como objetivo ajudar os usuários a cumprir suas obrigações no âmbito do regulamento do REACH, fazendo expressa menção, em que "[...] o texto do Regulamento REACH é a única referência legal autêntica"(tradução nossa)[31]. Outro estudo relevante é *NanoSafety Cluster Research Regulatory Roadmap 2017,* com participação do Prof. Dr. Wilson Engelmann, pesquisador JUSNANO e professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado da UNISINOS, encomendado pelo *Nanosafety Cluster-EU*. O *Cluster* é uma iniciativa da Direção-Geral da Investigação e Inovação da Comissão Europeia, que patrocina estes grandes projetos em nano. No geral, a Europa visa inovações de nanomateriais e nanotecnologias seguras e sustentáveis. Os projetos de cluster contribuem para assegurar a segurança e saúde ambiental *Environmental Health Safety* (EHS) desta tecnologia habilitadora chave[32].

Por fim, realizando uma breve apresentação de organizações com potencial (auto)regulatório possível citar a importante OECD, que inclusive desde 2007 criou um grupo específico de pesquisa para as nanos.

> A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização intergovernamental, cujo objetivo é promover políticas para crescimento econômico sustentável e emprego. Por 'crescimento econômico sustentável', o OCDE significa crescimento que equilibra considerações econômica, social e ambiental. A OCDE está regularmente envolvendo não apenas seus países membros, mas também Economias emergentes chave, outras organizações internacionais e partes interessadas como ONGs ambientais, trabalhistas, industriais e grupos de assistência social de animais[33].

Fundadas pelas preocupações demonstradas e constatada esta lacuna científica, a OECD organizou o grupo *Work Party Manufectured Nanomaterials* (WPMN)[34], para garantir que os testes utilizados para tratar a segurança dos Nanomateriais Manufaturados sejam consistentes e defensáveis. A união de esforços da organização, então chamada *Grupo de Trabalho sobre Nanomateriais Manufaturados* - WPMN (tradução nossa) da OCDE lançou em novembro de 2007 o Programa de Patrocínio para testes de nanomateriais manufaturados (programa de testes). Este programa verifica os métodos de teste usados em nanomateriais

---

nanotechnology workforce: a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016b. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/ pdfs/2016-102.pdf>. Acessoem: 05 mai 2018.

[28] UNITED STATES. National Nanotechnology Initiative. **About the NNI**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <https://www.nano.gov/about-nni>. Acessoem: 05 mai 2018.

[29] NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce**: a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016b. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acessoem: 05 mai 2018.

[30] EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms**: best practices. Version 1.0. Helsinki, May 2017a. Disponível em: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acesso em: 05mai 2018.

[31] EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms**: best practices. Version 1.0. Helsinki, May 2017a. p. 2. Disponível em: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acesso em: 05mai 2018.

[32] EUROPEAN NANOSAFETY CLUSTER. **About the Nanosafety cluster**. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.nanosafetycluster.eu/>. Acessoem: 05mai 2018.

[33] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Six years of oecd work on the safety of manufactured nanomaterials**: achievements and future opportunities. Paris, 2012b. p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/env/ehs/nanosafety/Nano%20Brochure%20 Sept%202012%20for%20Website%20%20(2).pdf>. Acesso em: 05mai 2018.

[34] Ou Grupo de Trabalho sobre Nanomateriais Manufaturados (tradução nossa).

manufaturados, reunindo os conhecimentos de países membros da OCDE, e outras partes interessadas para financiar os testes de segurança de nanomateriais fabricados específicos[35].

Portanto, encontra-se em nível internacional instrumentos com potencial regulatório que poderiam servir de mecanismos nesta inércia estatal, quanto o Direito não toma a frente nesta conjuntura, a fim de promover minimamente uma conduta precaucional, ,mais segura, para o desenvolvimento das nanotecnologias. Esse movimento (auto)regulatório, com diferentes normativas e protocolos que não têm origem no mundo jurídico, pode ser validado através do Pluralismo Jurídico de Teubner, e até mesmo na comunicação com Luhmann, como se verá a seguir.

4 O pluralismo jurídico como alternativa "flexível" para prestar respostas jurídicas adequadas na era nanotecnológica

Verifica-se no cenário atual de interação entre sociedade e nanotecnologias uma lacuna legislativa. Não se encontram regulações específicas para orientarem o desenvolvimento desta nova tecnologia. Contudo, dado o risco inerente a elas, urge que o Direito se manifeste, buscando alternativas regulatórias aptas a responder estas novas demandas, assegurando a segurança humana e do meio ambiente, respeitando ainda a precaução exigida neste contexto.

Propõe-se uma possível mescla entre a comunicação de Luhmann,[36] e a adoção de normas externas ao Direito de Teubner, pelos fundamentos do Pluralismo Jurídico,[37] com maior concretude na lição deste último. Luhmann,[38] na estruturação da *Teoria dos Sistemas*, considera que a comunicação é a operação elementar para o que se constrói em uma complexidade social. Desenvolve assim uma teoria da comunicação que permite entender os processos que tem lugar nas interações, nas organizações e na sociedade. Explica que os sistemas sociais podem surgir dentro de outros sistemas sociais, mesmo assim tomando seu próprio sentido. Assim, é possível a comunicação entre ambos sistemas, separado de uma comunicação própria de cada um, o que gera um sentido próprio.

Portanto, a Teoria dos sistemas já seria uma abertura para viabilidade de comunicação entre sistemas diversos (através das irritações) os quais desenvolveriam uma ligação comum, possibilitando o acoplamento de subsídios de um sistema ao outro, quando necessário, ou seja, "[...] elaconplamentoestructural consiste en una adaptación permanente entre sistemas diferentes, que mantienensu especificidade"[39]. Na demanda das nanotecnologias, interessante tal ideia, pois haveria a viabilidade de adoção de marcos de outros sistemas - fora do jurídico - como o da ciência, por exemplo, face sua complexidade para adequação aos sistemas sociais modernos[40].

Desta maneira, a comunicação fundamental que se encontra na teoria luhmanniana fomentaria a produção de autorregulações, oriundas de dentro do mesmo sistema[41], mas a clausura poderia gerar conflito no momento de adoção deste instrumento em sistema diverso, somente remediada pelas irritações. Por esta razão, poderia ser complementada a formulação, e viabilizado pelo Pluralismo jurídico de Teubner.[42]

Justamente por analisar a transformação desta nova sociedade, em *A Bukowina Global*, Teubner[43]

[35] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). OECD. **Testing programme of manufactured nanomaterials**. Paris, 2017a. Disponível em: <http://www.oecd.org/chemicalsafety/nanosafety/testing-programme-manufactured-nanomate rials.htm>. Acessoem: 05mai 2018.

[36] LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. 2. ed. Herder: Ed. UniversidadIberoamericana, 2005.

[37] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

[38] LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. 2. ed. Herder: Ed. UniversidadIberoamericana, 2005.

[39] LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. 2. ed. Herder: Ed. UniversidadIberoamericana, 2005. p. 36.

[40] LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. 2. ed. Herder: Ed. UniversidadIberoamericana, 2005.

[41] LUHMANN, Niklas. **Sociologia delriesgo**. Tradução de Silvia Pappe, BrunhildeErker e Luis Felipe Segura. México: Ed. UniversidadIberoamericana, 2006.

[42] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

[43] TEUBNER, Gunter. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33,

analisou que teorias *políticas* do Sistema do Direito seriam provavelmente de pouca serventia para interpretar a globalização do direito, que valeria para as teorias positivistas com ênfase na unidade de Estado e direito, tanto como para as teorias críticas, na medida em que essas tendem a dissolver o direito na política. Enquanto se observava as lutas pelo poder no palco mundial da política internacional - no qual a globalização jurídica somente transcorre com abrangência limitada -, eram ignorados os processos dinâmicos, em outros setores da sociedade mundial, que produzem os fenômenos do direito global à distância da política. A razão decisiva dessa produção jurídica distante da política reside no fato de que o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico por meio de constituições não conta com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial[44].

Ademais, possível a ligação da autorregulação nas demandas nanotecnológicas, ressaltando quando Teubner[45] diz que "[...] o direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas".

Menciona ainda o Teubner[46] o surgimento de direitos em decorrência do atual estado e desenvolvimento social em nível mundial, com o advento da globalização, enfatizando que uma teoria do pluralismo jurídico deve passar a vislumbrar possibilidades de ajustar o foco de direito de grupos para direito dos discursos, razão pela qual, entende que uma teoria de fontes do direito, na atualidade, deve então passar a

> [...] concentrar a sua atenção em processos 'espontâneos' de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram - independentemente de um direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal - em diversas áreas da sociedade mundial.[47]

Desta maneira, a proposta deste estudo, de adoção de instrumentos com potencial (auto)regulatório elaborados por diversas organizações internacionais, coaduna-se com a lição de Gunther Teubner, que defende o sistema do Pluralismo Jurídico, no qual se reforça a importância e utilização de normas informais, de outras esferas e organizações, resolvendo-se assim o problema de ausência de normas estatais, que na atual sociedade pós-moderna sequer resolveriam as demandas dotadas de complexidade:

> O pluralismo jurídico fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade. É na "lei do asfalto" das grandes cidades norte-americanas ou no "quase direito" das favelas do Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas dos grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da "justiça privada" e, ainda nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo. A diversidade dos discursos fragmentados e hermeneuticamente fechados pode ser identificada por meio de numerosos tipos informais de regras, geradas quase independentemente do Estado e operando em várias esferas informais. O pluralismo jurídico descobre, assim, no "lado obscuro" do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos reprimidos. As mais diversas quase-normas informais e locais são tidas como supllément ao moderno ordenamento jurídico oficial, formal, centralizado. Exatamente esta ambivalência, esse caráter dúplice, faz o pluralismo jurídico tão atraente aos olhos dos juristas pós-modernos[48].

2003. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%AAncia-de-um-pluralismo>. Acesso em: 05mai 2018.

[44] FARENZENA, Suélen. **O direito como sistema autopoiético regulação social através do direito**. **Revista USCS**, São Paulo, ano 11, n. 22, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://seer.uscs.edu. br/index.php/revista_direito/article/view/1596/1285>. Acesso em: 05mai 2018.

[45] TEUBNER, Gunter. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 11, 2003. Disponível em: <http://livrozilla.com/ doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%AAncia-de-um-pluralismo>. Acesso em: 05 mai 2018.

[46] TEUBNER, Gunter. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%AAncia-de-um-pluralismo>. Acesso em: 05 mai 2018.

[47] TEUBNER, Gunter. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 11, 2003. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%AAncia-de-um-pluralismo>. Acesso em: 05 mai 2018.

[48] TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo

Desta forma, indiscutível a necessária adoção de algum instrumento com potencial regulatório para dar respostas adequadas às novas demandas nanotecnológicas, o que direciona o Direito a um movimento de flexibilização em virtude das novas tecnologias. Vislumbram-se alternativas, ainda que momentâneas, a fim de resguardar a utilização da nanotecnologia. Até mesmo porque esta nova tecnologia demanda movimentos constantes de atualização, o que desta forma torna inapta normas ou regulações hermeticamente fechadas. Poderia ocorrer a implementação de diretrizes internacionais, viabilizadas através do Pluralismo Jurídico, sustentado por Teubner. Ressalta-se ainda que a rápida evolução social e a emergência de direitos não cabem mais no Direto estanque, e por isto poderia aumentar o âmbito para além do texto da lei.

5 Conclusão

A recente quebra de paradigma do poder das novas tecnologias vem despertando uma preocupação iminente no que tange à proteção do meio ambiente, incluindo-se a vida humana, chamando atenção para o desenvolvimento das nanotecnologias. Elas estão inseridas no cenário da denominada *Quarta Revolução Industrial*[49]. Observa-se a difusão e consumo dos mais diversos produtos elaborados em escala nano, trazendo as promessas de benefícios impressionantes, como na aplicação dos nanocosméticos, medicamentos para tratamento de câncer, shampoos, cremes antirrugas, remediação do meio ambiente, dentre tantos outros. Atualmente enfrentam-se novos desafios, que ultrapassam as barreiras dos laboratórios, atingindo as incertezas científicas e riscos no que se refere aos impactos no meio ambiente e vida humana.

São novos questionamentos, novas demandas, as quais o Sistema do Direito, em sua confluência atual (aguardando primeiro o acontecimento do fato relevante para depois regulá-lo através de dispositivo legal), não terá condições de prover respostas aptas para a complexidade das nanotecnologias. Para este remodelamento da seara jurídica às novas *irritações*, necessário buscar alternativas fora das disposições legais, alcançando novos modelos regulatórios, a partir de instrumentos de outros sistemas, com maiores aptidões técnicas para fornecer estes *gaps* à regulação das nanotecnologias.

Um desafio notável para a obtenção de uma situação melhor de pesquisa e desenvolvimento responsáveis é como utilizar melhor as diferentes competências necessárias para resolver os desafios de pesquisa atuais e emergentes, ou seja, a governança e a convergência de múltiplas disciplinas científicas para que possam enfrentar esse novo desafio[50]. E justamente frente a esta transdisciplinaridade é que o Direito deve da mesma forma interagir, proporcionando uma flexibilização na adoção de ações para dar conta desta nova realidade. Caso contrário, seguirá excluída desta latente e importante discussão, que gera consequências à vida humana e meio ambiente.

Os riscos associados à novas tecnologias ou processos permeados por elevados graus de incerteza científica, agora adquirem maior visibilidade por meio da afirmação, das discussões em nível internacional como fóruns, meetings, pois tais riscos são capazes de comprometer a existência de todas as formas de vida[51]. Seguindo a afirmação de Ayala[52], "A realidade dos riscos ganhou complexidade adicional e exige que novo esforço seja realizado para sua compreensão e para proposição de alternativas que sejam capazes de enfrentá-las", e para as nanotecnologias este será o papel a ser desempenhado pelo Sistema do Direito.

Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005. P.81

[49] SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

[50] HOHENDORFF, Raquel von. **A Contribuição do Safe by design na estruturação autorregulatória da gestão dos riscos nanotecnológicos**: Lidando com a Improbabilidade da Comunicação Inter-Sistêmica entre o Direito e a Ciência em Busca de Mecanismos para Concretar os Objetivos de Sustentabilidade do Milênio.2018. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018. P.167

[51] AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia FagaIglecias; ROGRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

[52] AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia FagaIglecias; ROGRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244.

Conforme já afirmado, não há na conjuntura atual regulação específica para as nanos em geral, nem sobre a gestão adequada deste novo resíduo e processos de tratamento. Contudo, encontram-se instrumentos com potencial (auto)regulatório em diversas organizações internacionais, sejam privadas, governamentais, ONG's, que realizam pesquisas aprofundadas nos variados questionamentos das nanotecnologias. Neste sentido possível citar a NIOSH, FDA, European Comission, NHI, REACH, NanoReg, a OECD, dentre tantas outras.

Seguindo este escopo, vislumbra-se que a adoção destes protocolos, diretrizes ou instrumentos com potencial regulatório, que dão efetividade a esta *comunicação* necessária, pois as diretrizes serviriam como marcos regulatórios, observadas as melhores orientações pertinentes ao manejo e tratamento adequado das nanos. Mesmo a autorregulação sendo de adoção espontânea, ela perfaz as condições suficientes para gerar efeitos no meio jurídico regulatório. Mesmo que tal "[...] instrumento não detenha condição de *hard law*, a extensão de representatividade do consenso exposto em seu conteúdo não lhe subtrai a capacidade de influenciar a sociedade internacional e as experiências jurídicas modernas[...]"[53].

Não se descarta a importância do Estado (principalmente nas vulnerabilidades encontradas nos mecanismos autorregulatórios, como no caso de conflitos entre interesse privado e público), trabalhando ele "[...] tal como maestro, perante a qualidade dos cantores, orienta a intervenção de vozes e a respectiva intensidade [...]"[54], fazendo analogia aos novos atores nesse movimento alternativo pela busca de instrumentos adequados para as nanotecnologias, citados acima. Ademais, "A cooperação entre os intervenientes - entidades públicas e privadas, pessoas ou grupos - deve, por sua vez, assentar compromissos éticos de fidelidade a princípios, transparência de procedimentos, responsabilidade pelo futuro"[55].

Ganha lastro teórico e fundamentos a adoção destes protocolos a partir do Pluralismo jurídico de Teubner, que reconhece a elaboração e construção de marcos regulatórios, normas informais, pluralismo de formas e fontes, validando regulações de fora do sistema do Direito, possibilitando a validação destes marcos autorregulatórios como regulação apta para o enfrentamento da complexidade das nanotecologias. Dialoga ainda a presente proposta com a comunicação entre os sistemas, lecionada por Luhman. Contudo, uma limitação nesta teoria seria o enclausuramento dos sistemas, que somente possibilitaria uma interação entre marcos regulatórios estranhos, inseridos no sistema do Direito através das irritações. Por esta razão que é possível desenvolver uma linha complementar ao Pluralismo Jurídico de Teubner.

Referências

AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia FagaIglecias; ROGRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

DURÁN, Nelson; MATTOSO, Luiz Henrique Capparelli; MORAIS, Paulo Cezar de. **Nanotecnologia**: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. 1. ed. São Paulo: Artliber, 2006.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. 1. ed. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA)**. How to prepare registration dossiers that cover nanoforms**: best practices. Version 1.0. Helsinki, May 2017. Disponívelem: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acessoem: 05 mai 2018.

EUROPEAN NANOSAFETY CLUSTER. **About the Nanosafety cluster**. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.

[53] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153.

[54] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Edições Medina, 2015. p. 347.

[55] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Edições Medina, 2015. p. 347.

nanosafetycluster.eu/>. Acessoem: 05mai 2018.

FARENZENA, Suélen. **O direito como sistema autopoiético regulação social através do direito**. Revista USCS, São Paulo, ano 11, n. 22, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://seer.uscs.edu. br/index.php/revista_direito/article/view/1596/1285>. Acesso em: 05mai 2018.

FERRARI, Vicenzo. **Primeralección de sociologíadelderecho**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Ed. Universidad Nacional Autônoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

FEYNMAN, Richard P. **Há mais espaços lá embaixo**: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa. ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Cientifico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>. Acesso em: 05 mai 2018.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Edições Medina, 2015. p. 347.

GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020**: an inter-departmental strategy of the Federal Government. Rostock, Oct. 2016. Disponívelem: <https://www.bmbf. de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 05 mai 2018.

HOHENDORFF, Raquel von. **A Contribuição do Safe by design na estruturação autorregulatória da gestão dos riscos nanotecnológicos**: Lidando com a Improbabilidade da Comunicação Inter-Sistêmica entre o Direito e a Ciência em Busca de Mecanismos para Concretar os Objetivos de Sustentabilidade do Milênio.2018. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018

HOHENDORFF, Raquel von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

HOHENDORFF, Raquel von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: a gestão do risco a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **Ballot on ISO/DTR 12885**: nanotechnologies: health and safety practices in occupational settings. Geneva, 2017. Documento em PDF: norma não publicada em discussão pública.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database** (NPD). [S.l.], 2017. Disponível em: <http:// product.statnano.com/>. Acessoem: 05mai 2018.

ISAIAH, David. **Automotive grade graphene**: the ClockisTicking. Automotive World, Wales, Aug. 26 2015. Disponível em: <http://www.automotiveworld.com/analysis/automotive-grade-graphene-clock-ticking/>. Acesso em: 05mai 2018.

LASKOW, Sarah. **The strongest, most expensive material on earth**. The Atlantic. Washington, Sept. 23 2014. Disponívelem: <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/09/the-strongest-most-expensive-material-on-earth/380601/>. Acesso em: 05mai. 2018.

LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>. Acesso em: 25 abr. 2018.

LEAL, Daniele Weber S.; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e meio ambiente: o movimento inicial de marcos regulatórios nacionais em face do contexto de (possibilidade) riscos. In: BIZAWU, SébastienKiwonghi; OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). **IV Congresso Internacional de Direito Ambiental**: constitucionalismo, economia e desenvolvimento sustentável. Organização Escola Superior Dom Helder. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/ publicacoes/t5ssa9m9/1r807z77/3cSqY9RcMsXdlKI3.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. 2. ed. Herder: Ed. Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia delriesgo**. Tradução de Silvia Pappe, BrunhildeErker e Luis Felipe Segura. México: Ed. UniversidadIberoamericana, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce:** a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acessoem: 05 mai 2018.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponívelem: <https://www.nih.gov/sites/default/files/resear ch-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>. Acessoem: 05mai 2018.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Who we are**. Maryland, 2017 Disponível em: <https://www.nih.gov/about-nih/who-we-are>. Acessoem: 05 mai 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams**: current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>. Acessoem: 05 mai 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). OECD. **Testing programme of manufactured nanomaterials**. Paris, 2017a. Disponívelem: <http://www.oecd.org/chemicalsafety/nanosafety/testing-programme-manufactured-nanomate rials.htm>. Acessoem: 05 mai 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Six years of oecd work on the safety of manufactured nanomaterials**: achievements and future opportunities. Paris, 2012b.Disponível em: <http://www.oecd.org/env/ehs/nanosafety/Nano%20Brochure%20 Sept%202012%20for%20Website%20%20(2).pdf>. Acesso em: 05mai 2018.

PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TEUBNER, Gunter. **A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Impulso, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%AAncia-de-um-pluralismo>. Acessoem: 05mai 2018.

TEUBNER, Gunther**. Direito, sistema e policontexturalidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

UNITED STATES. **National Nanotechnology Initiative**. About the NNI. [S.l., 2017?]. Disponível em: <https://www.nano.gov/about-nni>. Acessoem: 05mai. 2018.

WITTMANN, Cristian Ricardo. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do estado para o além dele. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

DIREITO FLEXÍVEL: A IMPORTAÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA ATRAVÉS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Andressa Tomazini

Graduanda de Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina Pesquisadora Científica. Conselheira Científica das Revistas: Artigos Jurídicos e Direito em Debate e Direito, Cultura e Processo. Colunista do Sala de Aula Criminal e do Canal Ciências Criminais. Membro das Comissões de Direito Penal Econômico e Criminologia Crítica do Canal Ciências Criminais e Membro da Comissão Acadêmica da Associação dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina.

1 Introdução

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 foi um grande marco democrático e talvez o mais significativo deles para e na história jurídica, social, política e econômica brasileira, visto que, com ela, consolidou-se de maneira positivada os direitos humanos de primeira a terceira geração, desde as garantias individuais até as sociais e transindividuais. Em contraste a predominância de períodos autoritários e ditatoriais, cujas normas possuem igual natureza, surge a Lei Maior brasileira, cidadã, cheia de ideais e tão democrática, levando em conta os traumas individuais e coletivos que foram sentidos pela população brasileira, durante anteriores períodos sombrios.

Desta forma, o ideal seria a reescritura das normas infraconstitucionais com objetivo de alinhar e harmonizar todo o ordenamento jurídico, rompendo com toda a base ditatorial e eliminando qualquer resquício inquisitorial. Porém, evidente que, até o momento, não houve movimentação por parte do Poder Legislativo, dentro da esfera penal e processual penal, para a (re)criação do Código Penal e do Código de Processo Penal, coerentes com os direitos fundamentais, princípios constitucionais e com o Sistema Acusatório, trazidos pela CF/88.

Assim, o grande desafio que impera aos operadores do direito é interpretar, compreender e aplicar as normas vigentes, sob a luz democrática da Constituição Federal, até de modo preventivo, já que, formalmente, todas foram recepcionadas, não bastando a confiança na leitura do que está escrito. E neste ponto, vale relembrar a importância do conhecimento do texto constitucional, pois é a partir dele que se deve ler e compreender todos os demais, e não ao contrário, acreditando que a simples leitura do Código Penal, do Código de Processo Penal ou de Leis específicas bastam para uma boa atividade jurídica e jurisdicional, pelas razões acima expostas.

Contudo, em tempos de flexibilização normativa-constitucional, relativização de direitos, o perigo social e as consequências de uma liberdade hermenêutica (não) dada, em um primeiro momento necessária para a filtragem dos dispositivos, imperam no dia-a-dia forense, abrindo caminho para o ativismo judicial, decisionismo, fundamentações com motivações ocultas, extra autos e para além do direito. Assim, abre-se margem para decisões baseadas não no que é o direito ou no que ele diz, mas sim naquilo que se acha que é ou que se convém achar que é, naquilo que se quer que ele diga, extraindo interpretações, conforme Lênio Streck, "da onde não tem como tirar" condicionando o futuro do acusado a circunstâncias políticas, econômicas, sociais e a vontades subjetivas do magistrado ou da plateia da peça processual.

Em meio a esse contexto, acrescenta-se a Operação Lava Jato, cujo legado criou raízes no ordenamento jurídico brasileiro e deu vida ao instituto da Colaboração Premiada, que há muito já se fazia disposta em diversos textos normativos, mas que não eram aplicados com tamanha proporção.

A importação da Colaboração Premiada, instrumento este que opera tranquilamente sob um Sistema Jurídico Costumeiro, de precedentes, cuja lógica adversarial e econômica determinam o movimento das engrenagens jurídicas, ao Sistema Jurídico Brasileiro do Civil Law, precisa ser analisado com cautela, a fim de verificar se há como encaixá-lo e operá-lo sob a lógica da Persecução Penal vigente, com base nas noções de Direito Flexível.

Desta forma, o presente trabalho científico tem como objeto de estudo a Colaboração Premiada, bem como a Justiça Negocial. Os estudos e reflexões acerca do que acima foi exposto culminaram no seguinte problema de pesquisa, o qual o presente trabalho científico pretende responder: *a partir do Direito Flexível, é possível conceber a Colaboração Premiada como um novo mecanismo jurídico ao Sistema Processual Penal Brasileiro?*

Para a obtenção de respostas, nas fases de pré-elaboração e inicial do presente artigo, adotou-se uma postura dedutiva[1], pois a partir da apresentação dos Sistemas de Common e Civil Law, da Colaboração Premiada, da Justiça Negocial e do Direito Flexível, o estudo se aprofundou a fim de verificar a presença de elementos que poderiam consolidar ou não a possibilidade de concepção da Colaboração Premiada como um novo instrumento da Persecução Penal Brasileira. Entretanto, no desenvolvimento e na conclusão, relatou-se de maneira indutiva, pois muito embora, inicialmente, existisse uma formulação geral, ela foi construída conectando elementos ligados ao assunto abordado.

Além disso, a pesquisa bibliográfica e documental possibilitou a reunião das ideias e posicionamentos a respeito do tema, a definição dos principais conceitos operacionais empregados e relacionados ao trabalho, a análise dos dispositivos legais da lei 12.850/2013 e do modo como as lacunas jurídicas estão sendo dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 Sistemas jurídicos: common law e civil law

O Sistema Jurídico Common Law, possuindo três possíveis significados para o termo (equity law, statute law e common law), constitui-se em uma "família de direitos", à qual pertence a maioria dos direitos dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a "família dos direitos romano-germânicos", cujo Brasil é filiado[2]:

> A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo seu berço na Europa. Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos. Já a família que comporta o direito inglês é a denominada família da common law. Nesse ponto, importante trazer a ressalva feita por José Rogério Cruz e Tucci de que o sistema da common law abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que; embora possuam peculiaridades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico, ou case law. Assim, a common law tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais[3]

Contudo, adotar-se-á o terceiro significado, focado no modelo norte-americano, de modo a simplificar a compreensão e direcioná-la aos objetivos do presente trabalho.

No modelo tradicional adversarial de processo da Common Law, o magistrado figura como "árbitro passivo", ou seja, além da neutralidade, possuía o dever de assistir aos debates das partes, apenas intervindo quando havia o comprometimento do fair-play, por comportamentos *unfair* ou ilícitos[4].

O Sistema Processual Norte-Americano é marcado pelo dinamismo, celeridade e oralidade, com debates orais os quais ensejam, via de regra, a sentença no mesmo ato, porém, também contam com a

---

[1] LEHFELD, Lucas de Souza; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Monografia Jurídica**: Guia prático para a elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 100: "O pesquisador analisa premissas verdadeiras com o objetivo de, combinando-as, obter um resultado igualmente verdadeiro... O método dedutivo parte do geral (premissas verdadeiras) para chegar ao particular (conclusão específica)".

[2] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[3] OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

[4] TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuas de civil law e de common law. **Revista de Processo**, São Paulo 28, n. 110, abri-jun de 2003, p. 141-158 Acesso em: 10 maio 2018.

presença de fases-preliminares, *pre-trials*, a fim de proporcionar as partes um maior preparo ao debate. Assim, a Persecução Penal no Common Law é bifásica: pre-trial e trial, configurando-se, respectivamente, em uma fase preparatória e de produção probatória.

3 Colaboração premiada: uma introdução

Com a crescente da Criminalidade Organizada, devido a associação de grupos estruturalmente ordenados e caracterizados pela divisão de tarefas, com a finalidade de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais transnacionais, bem como a globalização e a complexidade do atual estado da humanidade, restou-se extremamente necessária a preocupação de como combatê-la.

Com a capacidade de abalar as estruturas do Estado Democrático de Direito, bem como a alta lesividade nas condutas, autores tecnicamente sofisticados, testemunhas envolvidas e intimidadas, verificou-se que o Estado não possui mecanismos econômicos e de inteligência capazes de, sozinho, desmantelar tais organizações e a criminalidade organizada, visto que a cada tentativa estatal, tornam-se mais complexas, clandestinas, discretas e preparadas.

Além disso, também a dificuldade estatal em investigar e produzir provas robustas capazes de processar, julgar e punir tais organizações, levaram a criação do instituto da Colaboração Premiada, numa tentativa de suprimir tais deficiências, concedendo benefícios àqueles que colaborarem efetivamente com o Estado, poupando-o seus esforços, recursos técnicos, financeiros, seja delatando demais coautores e partícipes, revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização, prevenindo o cometimento de outros crimes, recuperando total ou parcialmente o produto ou proveito das infrações penais e a localização de eventual vítima[5].

Pode-se dizer que, foi uma decisão muito ligada à uma análise econômica do direito e a uma racionalidade relacionada ao custo-benefício, de maneira a tornar atrativo o prêmio a ser concedido, seja ele de natureza material e/ou processual, o qual se faz infinitamente menor, do que continuar amarrados a preceitos éticos e morais de não "negociar com bandidos" e despender recursos financeiros significativos que poderiam destinar-se a outros setores públicos como educação e saúde.

Nesse aspecto, a Colaboração Premiada torna-se, além de uma técnica especial de investigação como previsto no artigo 26 da Conveção de Parlmo e na Convenção de Mérida, uma política criminal eficaz de combate às Organizações Criminosas, que não respeita fronteiras, pressupondo uma investigação inteligente com objetivo de (re)alocação de recursos financeiros desviados.

3.1 Histórico e Previsão Normativa

Delatar não é algo novo. A traição entre traidores é vista ao longo de toda a história da humanidade e inerente ao ser humano. Para além do direito, notou-se a entrega de alguém para conseguir algum benefício ou esquivar-se de um malefício. Alguns deles ficaram famosos, como o americano Benedict Arnold (1741-1801) e o brasileiro Domingo F Calabar (1609-1635). No entanto, o primeiro a falar sobre a traição como instituto jurídico foi Rudolf Von Ihering, em 1853, defendendo a possibilidade de delação como auxílio a investigações penais.

Com relação a previsão normativa da Colaboração Premiada no Brasil, os primeiros registros foram encontrados nas legislações de 1603 e 1830, com inspiração nas Ordenações Filipinas, nos crimes de lesa majestade, prevendo perdão aqueles que não fossem o autor principal e aos malfeitores que "derem outros à prisão". Após, abandonados por revogação das Ordenações.

Na década de 90, com a Lei dos Crimes Hediondos o instituto ressurgiu, baseando-se, agora, no

5 Vide artigo 4º, incisos I ao V da Lei nº 12.850/2013.

Direito Alienígena do Common Law, ensejando a previsão em uma série de outras Leis Federais[6]. Já em outros países, como nos Estados Unidos e Itália, algumas jurisprudências de determinados países anteciparam-se até mesmo a própria legislação na aplicação do instituto, nos casos, respectivamente, James Earl Ray e Edward Kennedy e Tommaso Buscetta. Isso só confirma o caráter global do fenômeno da Colaboração.

3.2 Fases da Colaboração Premiada[7]

A Colaboração Premiada passou por períodos distintos, os quais marcam a transição entre o modo inicial pelo qual foi concebida e positivada no ordenamento jurídico brasileiro e a maneira que se apresenta e aplica-se a partir de 2013.

Como visto, a Colaboração Premiada não surgiu com a Lei 12.850/2013, pois já existia com um paradigma anterior e distinto, caracterizado por uma colaboração unilateral e não-contratual, ou seja, o colaborador contribuía às investigações e/ou ao processo penal, com uma mera expectativa que sua colaboração fosse atendida pelo magistrado e a ele fosse conferido algum benefício, previamente desconhecido. Em outras palavras, não havia uma negociação prévia de obrigações, responsabilidades, direitos e benefícios a serem pactuados entre o Ministério Público e o Colaborador, tornando-a não atrativa e pouco útil a investigação, visto que a colaboração era feita de modo tardio, consequentemente pouco utilizada.

A gênese da mudança da face da Colaboração Premiada no Brasil, deu-se por meio das inúmeras alterações legislativas, as quais tornaram o clima favorável à importação das primeiras engrenagens de uma Justiça Processual Negociada, desde 1995, com a Lei nº 9.099, através da transação penal, de caráter dialogal. Ainda, no Caso Banestado (2003/2004), por homologação do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, ainda na 2ª Vara Federal de Curitiba, firmou-se o primeiro grande acordo entre Procuradoria da República e Réus.

Por esse ângulo, a promulgação da Lei 12.850/13, marca o início do segundo período da Colaboração Premiada e a positivação do Modelo Negocial, que procurou sanar omissões e deficiências da Lei 9.034/1995, consolidando a bilateralidade nos acordos, bem como a contratualidade, visto que as cláusulas são negociadas, os acordos são escritos, assinados, há conhecimento prévio da garantia e das responsabilidades, e uma maior segurança jurídica, semelhando-se aos procedimentos negociais norte-americanos:

Cooperation Plea Agreements

a) O promotor discute o caso com seus superiores para obter a autorização para realização de um acordo com um réu específico e em um caso específico.

b) Após o promotor e o advogado de defesa discutem a proposta de acordo e seus termos para o caso específico

c) Se o acordo for aceitável por parte do advogado de defesa e seu cliente, é registrado por escrito e assinado pelo promotor, advogado e réu

d) Após, é apresentado para o juiz, que pode aceitar ou recusar o acordo

Não é à toa que o instituto, decorrente de inúmeros estudos e intensos debates pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENNCLA) está sendo amplamente estudado e aplicado, visto que se tornou atrativo e útil tanto ao Estado quanto aos potenciais Colaboradores.

Conforme o já explanado, a Nova Lei do Crime Organizado trouxe mudanças substanciais no âmbito da investigação criminal, buscando alcançar os cabeças das organizações, destacando-se:

a) Definição de organização criminosa, suprimindo tal lacuna

b) Tipifica o crime de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa

c) Define e regulamenta o procedimento da colaboração premiada

---

[6] Lei dos Crimes Organizados, Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, Código Penal, artigo 159, §4º, Lei de Lavagem de Capitais, Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Colaboradores, Lei de Drogas, Nova Lei dos Crimes Organizados.

[7] Baseado nas anotações das aulas ministradas pelos professores Inezil Penna Marinho Júnior, Leandro Cadenas e Marcelo Lebre no Curso de Colaboração Premiada pela Escola da Magistratura Federal do Paraná

d) Define e regulamenta a ação controlada

e) Define e regulamenta a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação

f) Regulamenta o acesso pelo Delegado de Policial e MP a registros, dados cadastrais, documentos e informações do investigado (mesmo sem autorização judicial)

g) Define tipos penais, inclusive deles relacionados à colaboração premiada

É nítida a maturação legislativa e a aplicação prática e eficaz da Colaboração, aproximando-se de modo contundente às demais reflexões e, sobretudo, da resposta ao problema de pesquisa.

3.3 Colaboração Premiada e Delação Premiada: sinônimos?

As categorias Colaboração Premiada e Delação Premiada não se confundem e é importante pontuar isso, até para uma melhor compreensão deste artigo e do tema como um todo. Por Colaboração Premiada, entende-se como o Instituto importado do Direito Alienígena e Estrangeiro, o qual possibilita o acordo entre o Estado e um ou mais sujeitos que, envolvidos em uma Organização Criminosa, resolvem colaborar[8]. Desse modo, confere-se "determinados benefícios a quem tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal"[9]. A colaboração pode-se dar de inúmeras maneiras, cujas formas estão expressas no artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas, as quais serão apresentadas sob a ótica de sua dupla natureza jurídica probatória, sendo uma delas a Delação.

A Delação Premiada, por seu turno, consiste em informações cujo conteúdo tem por finalidade a facilitação da possibilidade de "identificação dos demais coatores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas"[10], ou a identificação direta, propriamente dita, de demais envolvidos. Logo, Colaboração Premiada deve ser entendida como gênero e Delação Premiada uma de suas espécies.

3.4 Natureza Jurídica do Acordo de Colaboração

O termo natureza implica na ideia de base, formação, raiz, e, quando precedida ao termo jurídica, importa a tal noção aspectos jurídicos, ou seja, o alicerce, essência, natureza jurídica de determinada categoria, instituto, ramo do Direito. O Instituto da Colaboração Premiada, admite uma natureza jurídica tríplice, isto é, que sua essência jurídica possui fundamento em três ramos/elementos distintos do Direito: processual, material e como negócio jurídico.

A natureza jurídica processual, relacionada ao Direito Processual Penal, refere-se à compreensão de que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, ou seja, um mecanismo, instrumento pelo qual, através dela, permite-se alcançar ou facilitar o alcance do(s) aspecto(s) a que se destinou a colaborar. Por consequência, envolve, não só o agente colaborador, mas igualmente os frutos de sua colaboração.

Já a natureza jurídica material, ligada ao Direito Penal, consiste e abarca os reflexos jurídico-penais que o acordo de Colaboração poderá trazer para o acusado-colaborador, quando da dosimetria da pena, podendo este substituir, reduzir ou isentar a pena, alterar o regime prisional de cumprimento da reprimenda, servir de perdão judicial ou até mesmo como uma espécie de imunidade, implicando no não oferecimento da denúncia[11].

---

[8] Vale lembrar que a previsão legal para a Colaboração Premiada não se encontra apenas na Lei nº 12.850/13, de modo que há outros sujeitos os quais podem figurar como parte do acordo. Aqui, como a proposta restringe-se a este diploma legal, não serão mencionados os demais sujeitos.

[9] BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. **Canal Ciências Criminais**, 24 fev 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/diferenca-delacao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 03 mar 2018.

[10] Redação dada pelo artigo 4º, inciso I da Lei 12.850/2013.

[11] SOARES, Renner Araújo. Delação Premiada. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande jun 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17360>. Acesso em: 04 mar 2018.

Por fim, dentro da esfera da Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal[12], tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público, cujos elementos de legalidade e legitimidade quer sejam a existência, validade e eficácia do negócio[13], devem ser entendidos sob uma lógica de direito público-penal e não sob a lógica de direito privado, isso porque, há a necessidade de adequação e (re)modulação de tudo que for importado ao Direito Penal lato senso[14].

3.5 Natureza jurídica probatória do acordo de colaboração

A Natureza Jurídica Probatória faz-se distinta da natureza jurídica em si, visto que pelo presente artigo, é entendida como o modo pelo qual pode-se encarar, e, por conseguinte, valorar o conteúdo do acordo de Colaboração Premiada, gerando implicações e limitações quando constatado ou preferido tratar-se como prova ou meio de prova. Ainda, a partir de uma ou de outra, por isso importante seu conhecimento, extrai-se a natureza jurídica obrigacional, condicionada, respectivamente, as obrigações e responsabilidades de fim ou de meio[15].

Como natureza jurídica probatória de meio, o acordo de colaboração constitui-se em um mecanismo, instrumento, meio de prova, ou seja, o colaborador obriga-se a facilitar a obtenção de provas, a "entrega intacta da informação vendida"[16], cujo teor contém os atalhos que souber pelos quais a Autoridade Policial ou Ministerial poderá percorrer. Como meio de obtenção de prova, a obrigação é exclusivamente de meio, ou seja, de facilitar a obtenção e não de obter. Por outro lado, configurando-se como prova, o colaborador resta obrigado a sua produção, já que comprometido com o fim a que se propôs colaborar, sob pena do insucesso implicar no desfazimento do acordo de Colaboração Premiada. Em ambos os casos, é necessário a especificação de qual(is) o(s) inciso(s) do artigo 4º do diploma legal estudado, que se pretende colaborar, de qual forma e onde pretende-se chegar.

Contudo, o Estado tem o dever de confirmar se o meio para obtenção da prova será um meio eficaz, satisfatório, útil, antes de firmar o acordo, pois uma vez acordado, não pode voltar atrás. Isso quer dizer que, após a entrega da informação, a qual visava diminuir as dificuldades na obtenção de provas, a obrigação foi cumprida e o colaborador tem seus prêmios assegurados. Ainda, como prova, possui o dever de verificar sua validade, relevância e veracidade, relativa a forma de colaboração acordada, mas sempre com valoração relativa.

Ademais, a Defesa do colaborador que seja atenta as particularidades e peculiaridades inerentes a classificação probatória conseguirá, diante das cláusulas do acordo premiado, identificar quais que se tratam de obrigações de meio ou de fim, de modo que sabe o que pode ser exigido ou não e pelo que, o colaborador, pode ser responsabilizado, caso inadimplidas, de modo coerente com a natureza jurídica probatória estabelecida. Em outras palavras, consegue-se limitar a exigência estatal para fins em cláusulas de obrigações de fim, e meios em cláusulas de obrigações de meio. Saber o que se está assinando e se comprometendo evita o contragolpe.

3.6 Constitucionalidade e compatibilidade da colaboração premiada com o sistema processual penal previsto na Constituição da República de 1988

Há tamanha confusão e incompreensão acerca da constitucionalidade do instituto da Colaboração Premiada, bem como se ele é compatível com o sistema processual penal vigente, de modo que é necessário

[12] DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

[13] SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *In:* **Revista de Processo**, São Paulo. p. 141-172. Acesso em: 10 maio 2018.

[14] DUCLERC, Elmir. **Introdução aos Fundamentos do Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

[15] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3. ed. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

[16] ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria os jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 293.

o esclarecimento. Fato este que decorre, muitas vezes, da resistência à conversão efetiva da Persecução Penal à Acusatoriedade Constitucional, permitindo que temas absolutamente bizarros à estrutura constitucional prevista, continue a ser abstrata e tratada com relevância diante da suposta incompatibilidade, posto que perpetuadas práticas de âmago inquisitivo[17]. Veja-se:

A Constituição Federal da República propôs o Sistema Processual Penal Acusatório, o qual, nas palavras de Aury Lopes Jr, caracteriza-se pela:

> a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de desencargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e duplo grau de jurisdição[18].

Dessa forma, o protagonismo da Acusação e da Defesa no processo e consequentemente o distanciamento do magistrado do jogo, para a posição de garantidor do fair-play e do cumprimento das regras do jogo, como ocorre nos Sistemas de Common Law, é compatibiliza-se com a maneira pela qual se dá as negociações e com o que pode ser negociado, sendo permitido ao Ministério Público, autor da Ação Penal, o oferecimento ou não da denúncia, em face do Colaborador.

A falsa noção de incompatibilidade do instituto é defendida por aqueles que já naturalizaram a lógica inquisitória ainda presente no Código de Processo Penal, ou seja, de uma Magistratura que conversa funções e atribuições com o Órgão Acusador, de um magistrado que também é gestor e produtor de prova e também detentor da Ação Penal, de modo que o Ministério Público, não pode dispor, por conveniência da Ação Penal mesmo que do outro lado tenha-se alguém com vontade de colaborar com o Estado na Persecução Penal daquele caso. No entanto, permite-se que o magistrado, por "livre convencimento motivado" faça o que bem entenda, porque tudo pode justificar. Não merece acolhida as palavras de Campanatti:

> Nota-se que o sistema jurídico brasileiro não permite ao representante do Ministério Público que, estando presentes a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, por critério de conveniência, opte pelo oferecimento ou não da ação penal. Porém, quando o novel diploma legal permite que ele deixe de oferecer a exordial acusatória, está relativizando a obrigatoriedade [...] ou seja, ao contrário do que determina a Consituição Federal brasileira, a atual regulamentação para a Colaboração Premiada permite, com respeito aos requisitos da Lei, a existência de relativa discricionariedade do representante do Ministério Público no tocante ao oferecimento da ação penal e seu prosseguimento em relação ao agente colaborador[19].

Nos Estados Unidos da América, o *Prosecutor* (Promotor) tem considerável autonomia para lidar com as acusações que oferece. Tem a liberdade de prosseguir "com o processo, levando-o a julgamento com a possibilidade de aplicação de uma sanção máxima ou, então, pode oferecer um acordo ao réu para que ele confesse a prática do delito, em troca da retirada da ação penal e/ou cominação de uma pena mais branda"[20].

Partindo de tais pressupostos, chega-se a um conceito de plea bargaining:

> 'processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser

---

[17] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 802.

[18] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Florianópolis: Saraiva, 2016.

[19] PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. Constitucionalidade da Colaboração Premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro. *In:* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo. p. 247-265. Acesso em: 10 maio 2018.

[20] BALLAN JÚNIOR, Octahydes e SOYA LÉLIA LINS DE VASCONCELOS. Colaboração Premiada: Instrumento para a Efetivação da Política Criminal Brasileira. *In:* **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo. Acesso em: 10 maio 2018.

> aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo[21].

Atualmente, nos Estados Unidos, cerca de noventa por cento de todos os criminosos condenados tanto em tribunais estaduais como federais, se declaram culpados em vez de exercerem seu direito de serem julgados perante um tribunal ou júri. Por trás dessa estatística, reside a prática generalizada da *plea bargaining* – a troca de concessões processuais e judiciais pela declaração de culpa[22].

Dessa forma, com a Constituição Federal e com modelo processual por ela proposto, o instituto da Colaboração Premiada faz-se compatível, visto que os pressupostos, ainda que advindos das noções de Justiça Negocial, são coesos com o Sistema Acusatório a que se ampara o tradicional Processo Penal.

4 Direito flexível: colaboração premiada como um novo instrumento

O fenômeno da Soft Law, bem como o Direito Flexível, dá suporte a importação de mecanismos, instrumentos e institutos relativos a questões não absorvidas como lei, ultrapassam os limites legais ou constituídos como uma nova possibilidade ao Direito. Nesse sentido, a importação da Colaboração Premiada, nos moldes aparentemente apenas da Justiça Negociada, mas também assegurados pelo Sistema Acusatório, constitui-se em um novo paradigma à Justiça e ao Processo Penal até então vigente. Em conformidade transnacional, a Colaboração Premiada, com relação aos crimes organizados permite a fuga das velhas raízes processuais, que tinham o processo como instrumento de punição, para uma nova concepção.

No entanto, não se exclui a necessidade de cautela na importação do instituto para que ele siga compatível e constitucional.

5 Conclusão

Os jogos e subjogos que compõem a persecução penal ocorrem, queira ou não queira, e estão mais complexos, de modo que saber as regras do jogo e aprender a jogar, pensando nas jogadas, tentando prever resultados e suas consequências, é necessário para não acabar virando uma peça na mão de jogadores profissionais e de quem sabe que o jogo existe.

As relações existentes entre a sociedade, juristas, operadores do direito e a persecução penal como um todo, estão sendo (re)moldadas, com influência direta na lógica mercadológica e da tendência negociação de tudo e todos. Assim, a Colaboração Premiada, não blindada de tais variáveis, é um instituto que "veio para ficar", configurando-se como um novo mecanismo jurídico do Sistema Processual Penal Brasileiro, e nesse sentido, mais vale, igualmente, colaborar com ele.

Refereências

ALSCHULER, Albert. The Prosecutor-s role in the plea bargaining. 36 University of Chigago Law Review 50, 1968.

BALLAN JÚNIOR, Octahydes e SOYA LÉLIA LINS DE VASCONCELOS. Colaboração Premiada: Instrumento para a Efetivação da Política Criminal Brasileira. *In:* **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo. Acesso em: 10 maio 2018.

---

[21] SOUZA, José Alberto Sartorio de. Apud BITTAR, Walter barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2 ed. RJ, lumen juris 2011 p 25

[22] Tradução livre. No original: "Today, roughly ninety per cento f all defendants convicted of crime in both state and federal courts plead guilty rather than Exercise their right to stand trial before a court ou jury. Behind this statistic lies the widespread practice of plea bargaining – the Exchange of prosecutorial and judicial concessions for pleas of guilty" ALSCHULER, Albert. The Prosecutor-s role in the plea bargaining. 36 University of Chigago Law Review 50, 1968, p. 50.

BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. **Canal Ciências Criminais**, 24 fev 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/diferenca-delacao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 03 mar 2018.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos Fundamentos do Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Florianópolis: Saraiva, 2016.

LEHFELD, Lucas de Souza; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Monografia Jurídica**: Guia prático para a elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. Constitucionalidade da Colaboração Premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro. *In:* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo. p. 247-265. Acesso em: 10 maio 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria os jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3. ed. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Renner Araújo. Delação Premiada. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande jun 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17360>. Acesso em: 04 mar 2018.

SOUZA, José Alberto Sartorio de. Apud BITTAR, Walter barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *In:* **Revista de Processo**, São Paulo. p. 141-172. Acesso em: 10 maio 2018.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuas de civil law e de common law. **Revista de Processo**, São Paulo 28, n. 110, abri-jun de 2003, p. 141-158 Acesso em: 10 maio 2018.

O DIREITO E OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS: COMO DECIDIR?

Raquel Von Hohendorff

Doutora em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS/RS; bolsista CAPES; Especialista em Direito e Processo do Trabalho -UNISINOS; Integrante do Grupo JusNano (CNPQ); Advogada;

vetraq@gmail.com

Daniele Weber S. Leal

Mestre em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS/RS; Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG); Graduada em Direito/UNISINOS/RS; Integrante do Grupo JusNano (CNPQ); Advogada;

weber.daniele@yahoo.com.br

> Ao abrir a caixa-preta dos fatos científicos, não ignorávamos que abríamos a caixa de Pandora. Era impossível evitá-lo. Ela estava hermeticamente fechada enquanto permaneceu na terra de ninguém das duas culturas, oculta no meio das couves e nabos, placidamente ignorada pelos humanistas, que tentam combater os perigos da objetificação, e pelos epistemólogos, que procuram anular os males trazidos pela massa rebelde. Agora que ela foi aberta, espalhando pragas e maldições, pecados e doenças, só há uma coisa a fazer: mergulhar na caixa quase vazia para resgatar aquilo que, segundo a lenda venerável, ficou lá no fundo- sim, a esperança. A profundidade é demasiado para mim; não gostaria de me ajudar na tarefa? Não me daria umamãozinha?[1]

1 Introdução

A explosão das ideias e a astúcia da criatividade humana já transformaram por completo o futuro da sociedade. O potencial destrutivo da tecnologia pós-industrial, seu imediato e massificado consumo e a magnitude dos danos e riscos demonstram uma necessidade de consideração prioritária dos riscos pelo Direito, sendo estes objetos da decisão jurídica autônoma.

Um dos resultados mais salientes advindos das novas tecnologias na atualidadeé o desenvolvimento das nanotecnologias que estão rapidamente penetrando no mercado consumidor. É neste contexto de incremento tecnológico vê-se igualmente atrelada à Precaução, que se dimensiona como Direito Fundamental, construído sobre o respeito aos limites e contornos ambientais, além do respeito à fragilidade da vida humana, da atual e das futuras gerações, bem como mecanismo de tutela dos riscos da complexa Sociedade Pós-Industrial (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 121). Tal aspecto pode ser interligado à necessária tomada de decisão judicial mais adequada e responsável neste contexto de novas tecnologias e inteligência artificial.

Assim, é essencial tratar de temas como a gestão de riscos, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-la nas análises sócio jurídicas das nanotecnologias, evitando o retrocesso ambiental. Desta forma, objetiva-se trabalhar sob a perspectiva da ELSA, considerando que os impactos éticos, legais e sociais devem serobservadosnas pesquisas científicas. Tais aspectos ou impactos éticos, legais e sociais, (ELSA)devem ser levados em consideração durante a realização depesquisas científicas, e atrelar-se mais ainda na tomada de decisão judicial. Como se observa na comunidade europeia, ela procura, não bloquear o desenvolvimento, mas pensá-lo de forma mais segura, evitando maiores riscos, especialmente no tocante às pesquisas genômicas e com nanotecnologias. Na última década foram investidos cerca de 20

[1] LATOUR, Bruno. **A esperança de Pandora**: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. Traduzido por Gilson César de Souza. São Paulo: Ed. UNESP, 2017. p. 38.

milhões de Euros em programas desta categoria. A criação da ELSA gerou inúmeras críticas por ser focado especialmente nos aspectos dos efeitos e resultados (ELSA, 2017).

Os debates recentes demonstram que a evolução da ciência e da tecnologia não ocorrem independentemente da sociedade. Vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas.

Aqui resta claro um dos outros objetivos da pesquisa, demonstrar o papel de um ator social que vem sendo esquecido na discussão acerca das nanotecnologias: o consumidor final,que muitas vezes nem sabe o que está consumindo.

A pesquisa utiliza o método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, permitindo a observação da inter-relação dos fenômenos sociais através de uma observação de segunda ordem. É possível perceber a forma de descrição de diversos sistemas sociais e os diversos acoplamentos e ressonâncias estabelecidos entre si, verificando as dinâmicas não lineares da sociedade complexa.

O método sistêmico-construtivista considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação. É e um método que parte de uma observação complexa desegunda-ordem, pressupondo reflexões que são estabelecidas a partir de um conjunto de categorias teóricas, próprias da Matriz Pragmático-Sistêmica,que guardam uma coerência teórica auto-referencial. Trata-se de uma estratégia autopoiética de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pelas nanotecnologias.

Além disso, essa abordagem pressupõe a compreensão do Direito enquanto um sistema social autopoiético, cujas operações são comunicativas, desenvolvidas através de processos de tomada de decisões elaborados no interior de certa organização jurídica. Um sistema que se constitui como uma parcela do ambiente da sociedade, também compreendida aqui com um sistema autopoiético (FLORES, 2014).

Os pressupostos sistêmico-construtivistas permitem a observação do que não pode ser observado (uma observação mais sofisticada). Desta forma, namedida em que através desses pressupostos cria-se a possibilidade para oaprimoramento da observação jurídica, pode-se mencionar que essa perspectiva sistêmico-construtivistaé capaz de dar uma grande contribuição para a reflexão que se pretende sobre anecessária inovação do Direito para lidar com os desafios dos riscos nanotecnológicos.

Este método consegue observar variados modos de produção do arcabouço regulatório em relação às nanotecnologias, sem a necessidade de mobilizar o Poder Legislativo (até porque uma lei formal e estanque não seria capaz de acompanhar a dinâmica dos riscos nanotecnológicos). Isso parece ser um movimento importante que precisará ser observado, pois as estruturas regulatórias estão surgindo com a intervenção de diversos atores, muitos dos quais não-estataise pertencentes a outros sistemas.

Em relação aos mecanismos de proteção ao meio ambiente e ao direito das futuras gerações, as novas tecnologias exigem que o Direito se molde à realidade, sendo capaz de fornecer respostas na medida em que surjam demandas jurídicas.

Vale dizer, o Direito precisará construir mecanismos para juridicizar os danos futuros e abordá-los em suas decisões, consolidando uma resposta do sistema jurídico adequada às novas demandas originárias das nanotecnologias.

2 O despertar do mundo nanotecnológico

As tecnologias em ultra-pequena escala com toda uma imensa gama de benefícios já estão no mercado, sendo amplamente consumidas. Os mais diferentes setores econômicos utilizam nanotecnologias (variadas produções tecnológicas na escala nanométrica, representando uma alternativa de manipular

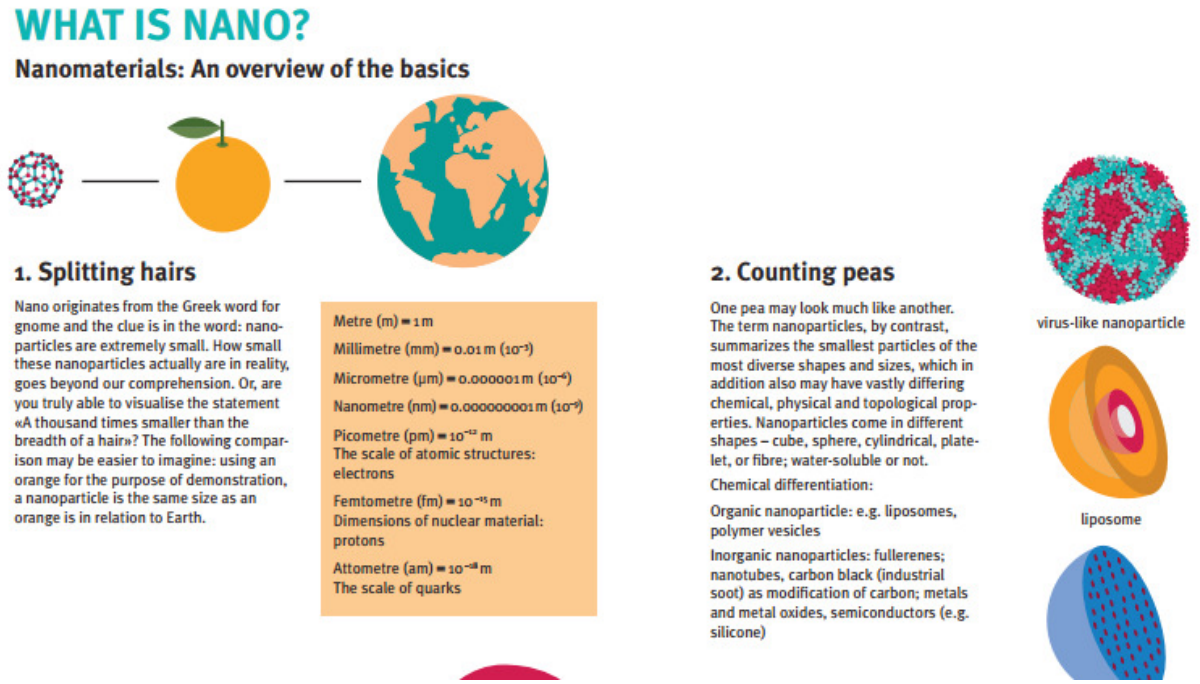
átomos e moléculas na bilionésima parte do metro). Como exemplo podem ser citados protetores solares, calçados, telefones celulares, tecidos, cosméticos (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015), automóveis,combustíveis(OSHIRO et al, 2017), medicamentos, produtos para agricultura, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, materiais para a construção civil, plásticos e polímeros, produtos para uso nas indústrias aeroespacial, naval e automotora, siderurgia, setor alimentício (ENGELMANN et al, 2014) entre outros. Assim, deixam de ser apenas promessas futurísticas e incorporam-se na rotina diária da sociedade deste início do século XXI, exigindo, portanto, a atenção por parte do Direito.

A utilização industrial da escala nanométrica está avançando rapidamente sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico.As nanotecnologias vêm acompanhada de incertezas científicas quanto seus efeitos e (possíveis?) danos futuros ao meio ambiente e vida humana.Veja-se a perspectiva de crescimento que se projeta: "O mercado global de nanotecnologia deve chegar a US $ 90,5 bilhões em 2021, de US $ 39,2 bilhões em 2016 com uma taxa de crescimento anual composta de 18,2%". (McWILLIAMS, 2016).

Outro viés significativo é a interdisciplinaridade (INTERDISCIPLINARITY, 2017), sendo que para a investigação sobre a nanotecnologias e decisão judicialse faz necessário que se perpasse outras áreas da ciência, apropriando-se dos conhecimentos daquelas searas e das ciências duras, a fim de adequação e auxílio ao Direito para buscar respostas aptas às complexas demandas enfrentadas neste contexto. Somente acolhendo todo conhecimento possível de outras áreas, estranhas ao Direito, será possível entabular um início de resposta eficaz e apta para solucionar as demandas que irritam o Direito, construindo mecanismos mais adequados à decisões judiciais.

A título ilustrativo, observa-se a apresentação das nanos pelo National Research Programme NPR 64, da Suíça (SWISS NATIONAL SCIENCE FOUDATION, 2017, p. 06):

Figura 1 – O Que é Nano?



Fonte: Swiss National Science Foudation, 2017.

Ressalta-senovamente a característica de transdisciplinaridade desta nova tecnologia, o que desde logo denota a complexidade de entendimento, conforme Lima (2014, p.20) discorre:

> Nano é o nome que vem do grego e, significa *anão*, um termo fundido com a palavra tecnologia que surgiu em 1974, o famoso termo nanotecnologia. É uma ciência transdisciplinar, e de difícil explicação pelo fato desta fazer parte das ciências da complexidade, ou seja, é uma ciência não pura como a física, a química e a matemática, mas, sim, uma ciência heterogênea, e em seu bojo

> há a combinação de muitas disciplinas. Portanto, poderá haver em único produto feito com esta ciência, traços de engenharia usando química, física, biologia, matemática, computação e outras novas ciências. (grifo do autor).

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *NanotechnologyProductsDatabase* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 7286 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1438 companhias, oriundos de 52 países. Desta forma, a nanotecnologia já está inserida diariamente na vida em sociedade.

Invernizi et al. (2016) realizaram pesquisa sobre as contribuições das investigações latino americanas em nanotecnologia, voltadas para medicina, energia e água e demonstraram que as informações analisadas revelam grandes disparidades regionais, com uma forte concentração de atividades no Brasil, e depois o México, que são os maiores países com trajetórias científicas sistemáticas. Em uma situação intermediária estão a Argentina, o Chile e a Colômbia tendendo a fortalecer e a vários outros países com mais competências fragmentadas. Por outro lado, os dados mostram uma fraca colaboração regional, mais bilateral do que na rede. Na verdade, os acordos internacionais poderiam estimular projetos de redes em torno de questões-chave com impacto social geral para todos os países da região.

No Brasil os investimentos estão ocorrendo de forma bastante crescente. No panorama nacional, verifica-se o estudo realizado em 2015, através de publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de coordenação de Marcial - onde debateram as *Megatendências Mundiais para 2030*, com os atuais questionamentos sobre o que as entidades e personalidades mundiais pensam sobre o mundo - verificou-se o crescimento dos investimentos e aplicação no campo da nanotecnologia e biotecnologia (MARCIAL, 2015)

> Até 2030, haverá manutenção da revolução tecnológica, integrando a biotecnologia, a nanotecnologia, as TIC e as tecnologias dos materiais em ritmo acelerado. Os avanços em áreas como novos materiais e bioengenharia estão mudando os princípios farmacêuticos e de cuidados médicos no que diz respeito a inovações em produtos e serviços para saúde humana. No campo da medicina, principalmente nos países desenvolvidos, há alta probabilidade de haver forte avanço em gerontologia e tecnologias genéticas, com uso de nanochips e tecnologia de microsensores, transplantes de órgãos, células nervosas, retina etc., que permitirá um aumento substancial na vida média humana (Rockefeller Foundation e GBN, 2010). A convergência tecnológica também pode ser observada no campo energético [...]. No entanto, o ritmo de transformação tecnológica é difícil de prever e algumas novas tecnologias necessitam de estudo mais aprofundados e de estratégias de investimento, dado seu potencial impacto sobre o desenvolvimento humano. São exemplos disso o uso da biotecnologia e da nanotecnologia na geração de energia (EuropeanCommission, 2011). Tudo indica, por exemplo, que a energia solar será muito mais eficiente no futuro. Essa eficiência ocorrerá em função dos avanços nos materiais utilizados, incluindo polímeros e nanopartículas. (MARCIAL, 2015, p. 110).

No Brasil a parceria estratégica entre três ícones da inovação brasileira, a Indústria Fornari (Fabricante de equipamentos inovadores para o agronegócio), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) e a TNS (a TNS é uma empresa de tecnologia química formada por um time comprometido, ético, inovador e que pensa global) trouxe para o mercado um pacote de benefícios intitulado Nanovo, apresentado no Salão Internacional de Avicultura e Suinocultura (SIAVS), em São Paulo em agosto de 2017. (TNS, 2017)

O projeto Nanovo traz ao mercado um produto à base de polímero biodegradável de origem natural para o recobrimento de ovos comerciais. A tecnologia proporciona o controle da troca de gases entre interior e exterior do ovo, de modo a preservar o produto e conferir proteção duradoura por meses, inibindo inclusive microrganismos patogênicos. Além disso, o recobrimento aumenta a resistência à quebra dos ovos e atua na preservação das características nutricionais do produto, mantendo ovo fresco por muito mais tempo.(TNS,

2017). Atualmente, o mercado de ovos brasileiro é estimado em 1,95 milhões de toneladas, mas apenas 10.411 toneladas são destinadas a exportação (cerca de 0,53%), justamente em função de problemas na logística inerente à durabilidade dos ovos, característica que barra sua comercialização não só no comércio exterior, mas também em nível nacional, onde milhões de unidades são descartadas diariamente devido a fragilidade de casca, contaminação cruzada, curta vida útil e mau manejo do produto.

Em um estudo inédito no Brasil, realizado por pesquisadores do Instituto de Química da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e da Universidade de Oviedo, na Espanha, foram sintetizadas e utilizadas nanopartículas de ferro para a fortificação de fórmulas artificiais e de leite materno para a alimentação de recém-nascidos. Caso ocorra ingestão e absorção inadequadas de ferro nas primeiras semanas de vida vários danos à saúde podem surgir, como anemia, atrasos no desenvolvimento e distúrbios comportamentais. A pesquisa investigou não somente o teor total de ferro no leite materno, mas também e especialmente a quantidade que é digerida e absorvida via aleitamento materno *in natura* e também pelas fórmulas industriais. A escolha por testar a fortificação através de uma nanopartícula ocorreu em função do tamanho, o que favoreceria sua absorção intestinal, bem como em relação às suas características estruturais, semelhantes ao modo como o ferro é armazendo pelo organismo. Os resultados obtidos demostraram que o ferro da nanopartícula incorporou-se de forma não tóxica ao organismo das cobaias e foi utilizado para funções biológicas, comprovando que as nanopartículas de ferro foram de fato digeridas, absorvidas e utilizadas para o funcionamento do organismo (ROQUE, 2017).

O desenvolvimento sócio econômico que ocorrerá com o advento e implementação das nanotecnologias nos mais diversos processos produtivos não pode deixar de considerar os aspectos éticos legais e sociais, bem como asustentabilidade, promovendo sempre os ideais de uma responsabilidade planetária e de um não retrocesso ambiental.

Contudo, muito embora o desenvolvimento desta nanotecnologia venha alcançando contornos significativos, não há regulação específica. Segundo Engelmann (2015, p.350),"[...] o Direito deverá construir as bases para um conjunto normativo de acompanhamento, assessoramento e recompensas pela implementação das condutas mais aceitáveis em relação à gestão do risco nanotecnológico".

Quanto mais cedo for possível desenvolver as avaliações tecnológicas robustas sobre os produtos com nanomateriais, com a participação de engenheiros, biológicos, cientistas do solo, agricultores e cidadãos preocupados, mais cedo, se entenderá o que a nanotecnologia pode fazer bem e com segurança, e que ela não pode fazer bem e com segurança para o nosso planeta. Materiais em nanoescala podem ser biologicamente mais ativos do que os materiais em tamanho macro, e possuem capacidade única de interagir com proteínas e outros elementos funcionais biológicos essenciais.

Até agora, ainda não foram observados efeitos adversos a longo prazo sobre a saúde em seres humanos. Isso pode ser devido à recente introdução dos nanomateriais, a abordagem preventiva para evitar a exposição e preocupações éticas sobre a realização de estudos em seres humanos. Isto significa que, com exceção de alguns materiais onde estudos humanos estão disponíveis, as recomendações de saúde devem basear-se na extrapolação da evidênciade estudos *in vitro*, animais ou outros de campos que envolvem exposição a partículas de nanoescala, como poluição do ar, para avaliar os possíveis efeitos nos seres humanos.(WHO, 2017)

Necessário que ante a promessa benéfica desta nova tecnologia, o risco seja juridicizado, demandando do Direito um aprofundamento maior em outras áreas estranhas ao mundo jurídico, promovendo uma verdadeira interdisciplinaridade.

Os riscossão, em grande parte, desconhecidos e os danos futuros incertos,mas a decisão precisa ser realizada no presente, através da utilização destas novas ferramentas surgidas pela incorporação da ideia de que o conhecimento não poderá mais ficar aprisionado nos limites herméticos de cada campo do saber. Desta forma, é neste tempo em que se deve observar e construir modelos jurídicos permeados tanto pela certeza quanto pela incerteza em relação às expectativas sociais que são continuamente frustradas / satisfeitas por meio da complexidade social em permanente incremento (ROCHA, MARTINI, 2016).

O Nanoworld é uma terra imensa que está apenas no começo de sua exploração, e, na melhor das

> circunstâncias, a explorar, e algumas das regras físicas, químicas e biológicas já conhecidas para materiais em escala macro podem não ter nenhuma força ali. Essa exploração exige um fundo altamente interdisciplinar e uma mente aberta, sem a qual a única certeza é o fracasso. Um tanto paradoxalmente, nano pode ser um problema e uma solução ao mesmo tempo. Mas *nanosafety* é a senha.(GATTI, 2015).

Portanto, a questão não está em não decidir, mas sim em promover mais investigações para criar um caminho do risco à segurança, ainda que a prática mostre que quanto mais se conhece e se podem elaborar cálculos cada vez mais complexos, mais aspectos se conhecem e, com eles, mais incertezas e, consequentemente, mais riscos. (LUHMANN, 2006).

O desenvolvimento destas tecnologias gera impactos éticos, legais e sociais importantes, relacionados também ao princípio da precaução e informação, bem como reflexos nas relações de trabalho e no meio ambiente. Não há como se imaginar avanços científicos e tecnológicos, além de econômicos, alicerçados sobre retrocesso social em termos de saúde e de proteção. Uma vez que o mundo científico está atento à nanotecnologia, tal preocupação reflete na seara jurídica. E de maneira, num contexto de novas tecnologias), como o Direito poderá efetuar a gestão destas futuras novas demandas, e como será possível tomar decisões judiciais devidamente aptas e responsáveis nesta complexidade?

Uma vez que a promessa de um novo mundo tecnológico já se faz presente, interligando novas tecnologias (como a nanotecnologia) urge que se aprofunde o estudo em outros impactos tão importantes, como os legais, éticos e sociais, que fazem parte da adoção da União Europeia em projeto internacional.

Importante analisar o que seria a ELSA, de que forma esta abordagem mais responsável poderá auxiliar em promover respostas adequadas nesta nova complexidade de urgência de decisões judiciais aptas ao novo contexto das nanotecnologias.

3 A abordagem através dos aspectos éticos, legais e sociais (Elsa)

Diante deste panorama de evoluções tecnológicas, é essencial tratar de temas como da gestão de riscos, seguidos pela noção de precaução e de ética, e principalmente pela compreensão do princípio responsabilidade, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-los nas análises sócio-jurídicas das nanotecnologias. Alicerçados nestes conceitos, aplica-se as ideias de planejamento propostos pela Investigação e Inovação Responsáveis (RRI) e pelo impactos Éticos, Legais e Sociais (ELSI) (ENGELMANN, 2016).

O desafio é "conectar" a inovação científica e tecnológica com um fundamento ética (FORSBERG, 2017). No sentido de se avaliar as questões éticas, em conjunto com os impactos legais e sociais, existem estudos focados nesse viés: "estudos dos aspectos éticos, legais e sociais da evolução científica e tecnológica" (FORSBERG, 2017). As investigações relacionadas às questões de ELSI (sigla em inglês para *Ethical, Legal and Social Impacts*) tem o objetivo de fornecer uma base de conhecimentos para o desenvolvimento da ciência e tecnologias emergentes, destacando uma forma responsável e com uma consciência da ética, além dos aspectos e impactos de tais desenvolvimentos legais e sociais".

Além da conjugação dos aspectos ELSA, surgem movimentos com a preocupação em promover a chamada pesquisa e inovação responsáveis (sigla em inglês RRI –*Responsible Research and Innovation*) (GARWOOD, 2015, p. 28-31), especialmente na Política Europeia de Investigação e Inovação, em particular com o financiamento do novo programa da Comissão Europeia (CE) de investigação chamado de *Horizonte 2020*. (EUROPEAN COMISSION, 2017):

> A "Ciência" com e para a Sociedade, com um programa (SWAFS) produziu uma das definições de RRI mais influentes na Europa. Assim, RRI é uma abordagem inclusiva para a investigação e inovação, para garantir que os atores sociais trabalharem em conjunto durante todo o processo de investigação e inovação. Destina-se a alinhar melhor o processo e resultados de pesquisas e inovações com os valores, necessidades e expectativas da sociedade europeia. Em termos gerais, RRI implica antecipar e avaliar potenciais implicações e as expectativas da sociedade no que diz

respeito à investigação e inovação

Muito significativos são os estudos sobre a RRI desenvolvidos por Armin Grunwald, enfocando a governança reflexiva, como uma alternativa para o panorama de incerteza, que está sendo gerado pelas nanotecnologias.(GRUNWALD, 2014, p. 16).No fundo, a conjugação de esforço ELSA e RRI, buscam antecipar uma espécie de responsabilidade, que se poderá denominar de "levar a responsabilidade a sério" (SUPIOT; DELMAS-MARTY, 2015): projetar, inovar, avaliar e assumir os riscos decorrentes.

A literatura sobre ELSA em nanotecnologias sugere que, para além dos impactos no ambiente, os produtos com nano também desencadeariam impactos sociais e econômicos importantes.Um framework para nanotecnologia sustentávelbaseado em critérios analisados através dociclo de vida pode ser utilizado para monitorizar o ambiente, os impactos econômicos e sociais de nanoprodutos. A resposta adaptativa a novas informações: dada a natureza dinâmica da nanotecnologia, os quadros de avaliação e de gestão de riscos devem também ser flexíveis para se adaptarem às novas informações complementares que irão surgir. Isto é particularmente relevante considerando a questão da governança de riscos eescalas de tempo mais longas. Uma resposta adaptativa ao manejo ambiental é baseada no monitoramento de uma gama de alternativas de manejoe os seus resultados de implementação melhoram o conhecimento sobre o sistema a ser gerido ao longo do tempo (SUBRAMANIAN, V. et al, 2016).

Entretanto, mesmo que não seja por ora observado qualquer potencial danoso desta tecnologia, necessário que a precaução exigida nas novas tecnologias seja respeitada, de modo que a adoção das bases da ELSA possam ocorrer, a fim de promover um desenvolvimento mais responsável, como vem sendo elaborado na União Europeia com as nanotecnologias (ELSA, 2017).

Ainda sobre o conceito de ELSA, Hullmann (2008) salienta que na nanotecnologia os aspectos éticos, legais e sociais oferecem uma visão importante para o público interessado, ajudando a identificar expectativas e preocupações e, ao mesmo tempo, é importante para a tomada de decisão nas políticas públicas, pois corresponderem a necessidades em termos de boa governança da investigação, incluindo a gestão dos riscos. Tais disposições políticas são desafiadas a priorizar a investigação financiada publicamente, bem como decidir o futuro sobre regulamentos. Neste sentido, realça ainda que, para responder às preocupações da sociedade, é indispensável entrar num diálogo sobre os benefícios e os riscos da nanotecnologia, incluindo os aspectos éticos, legais, sociais e governamentais, envolvendo grande parte do público e baseando-se no julgamento informado.

A ELSA nas nanotecnologias, compreende uma ampla gama de tópicos que estão relacionados com a investigação, produção e utilização de nanotecnologia e produtos habilitados pela nanotecnologia. Abrangem questões de privacidade, aceitação, saúde humana, acesso, responsabilidade, regulação e controle, tornando claramente essencial a participação do público consumidor, e a população em geral.

Uma forma de aplicação prática dos elementos ELSA pode ser encontrada na concepção renovada da empresa - cidadania de empresa e empresa cidadã: onde a empresa não é mais compreendida apenas orientada para a obtenção do lucro, mas como um grupo humano, que se propõe satisfazer necessidades humanas com qualidade.(ENGELMANN, 2017).

O Direito também foi atingido por esta nova realidade repleta de incertezas, colocando em xeque os tradicionais postulados jurídicos, especialmente a previsibilidade e a certeza. Essa realidade de crise dificilmente pode ser enfrentada adequadamente com os instrumentos tradicionais do Estado, cujo Direito tem papel preponderante no sentido de reduzir a complexidade frente a um número indeterminado de expectativas, riscos e possibilidades. A complexidade e a interligação de fatores indicam que apenas o Direito, isoladamente, como sistema social, não dispõe dos elementos necessários e adequados para modificar a realidade de crise. O reconhecimento da complexa e paradoxal relação entre desenvolvimento da sociedade e natureza é um passo fundamental a ser dado (WEYERMÜLLER; ROCHA, 2015).

Desta forma, vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas que deverão ser consideradas na decisão judicial.

4 CONCLUSÃO

Hoje existem aeronaves mais resistentes e mais leves, cimento auto-reparador capaz de mudar a cor, cristais auto-limpantes e materiais que imitam a estrutura interna dos seres vivos e, embora pareçam produtos de ficção científica, eles são uma realidade graças à nanotecnologia, uma ciência que está expandindo o horizonte dos materiais para lugares desconhecidos.

As nanotecnologias são um excelente exemplo de inovação, que estão se desenvolvendo rapidamente sem uma estrutura regulatória específica e com falta de atenção suficiente à gestão de risco necessária e à preocupação em lidar com riscos presentes e futuros.

Observa-se no cenário atual o desenvolvimento de novas tecnologias, onde as nanotecnologias encontram-se presentes no cotidiano humano. O desenvolvimento das nanotecnologias deve ser encarado com respeito à atual e futuras gerações, dado o grau de risco que podem apresentar, respeitando os pressupostos do ELSA, adotando uma postura responsável, atentando assim para os impactos legais, sociais e éticos sobre a sociedade e vida humana.

As nanotecnologias vêm sendo destacadas como uma área inovadora com inúmeros potenciais inclusive para contribuir positivamente para a busca da sustentabilidade e assim, atraem cada vez mais investimentos, mas, ao mesmo tempo, as dúvidas e incertezas acerca dos riscos nanotecnológicos permanecem. São promessas benéficas de avanço na medicina, na remediação ambiental, e tantas outras áreas. Os benefícios são elevados, porém, esta tese incluiu diversos resultados de pesquisas divulgados pelo Sistema da Ciência que acendem um sinal de alerta no que se refere à saúde humana e ao meio ambiente. Assim, na contramão deste viés positivo, observa-se o cenário de risco, com alertas da comunidade científica que trazem para o debate o risco de danos jamais vistos na interação das nanopartículas com o ecossistema, de modo que se faz necessário impor certo grau de precaução, e estabelecer diretrizes mínimas de segurança, a fim de proteger as presentes e futuras gerações. O cenário das nanotecnologias exigirá a tomada de decisão perspectivada no presente e futuro.

Neste novo cenário mundial em que as novas tecnologias avançam rapidamente, o maior desafio para o Direito em relação às nanotecnologias é de como balancear os benefícios da produção em nanoescala sem sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais advindos da prática dessa tecnologia. Uma vez que o conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais ainda é pouco explorado, se torna imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam projetar a redução deles. Observa-se que, ao que tudo indica, as nanotecnologias poderão causar mudanças dramáticas e radicais em todos os aspectos da vida humana, como já vêm ocorrendo.

Em relação aos mecanismos de proteção ao meio ambiente e ao direito das futuras gerações, as novas tecnologias exigem que o Direito se molde à realidade, sendo capaz de fornecer respostas na medida em que surjam demandas jurídicas.

Vale dizer, o Direito precisará construir mecanismos para juridicizar os danos futuros e abordá-los em suas decisões.

REFERÊNCIAS

ELSA. **Whatis ELSA research**. Disponível em: <https://www.ntnu.edu/elsa/what-is-elsa-research. > Acesso em 23 out.2017.

ENGELMANN, Wilson.O "direito de ser informado" sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental.In:MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfang; COELHO, Alexandre Z. P. (Coord.). **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, Wilson et al. Nanotecnologias aplicadas aos alimentos e biocombustíveis: construindo modelos jurídicos fundados no princípio da precaução. In: SILVA, Tânia Elias Magno da; WAISSMANN, Willian (Org.). **Nanotecnologias, alimentação e biocombustíveis**: um olhar transdisciplinar. Aracaju: Criação, 2014. v.1.

ENGELMANN, Wilson. As Nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (Responsible Research and Innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (Ethical, Legal and Social Implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, v. 12, 2016.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**: construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias. 1. ed. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. Das nanotecnologias aos nanocosméticos: conhecendo as novidades na escala manométrica. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). **Nanocosméticos e o direito à informação**: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor. Erechim: Devian, 2015.

ENGELMANN, Wilson. O pluralismo das fontes do direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2017.

EUROPEAN COMMISSION (2017) **Responsible Research and Innovation**.Disponívelem :<http://ec.europa.eu/ programmes/horizon2020/en/ h2020-section/responsible-research-innovation.>Acesso em 10 nov. 2017.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência jurídica**: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/ handle/ UNISINOS/4141/LuisFlores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 fev. 2018.

FORSBERG, Ellen-Marie.ELSA and RRI – Editorial. IN: **Life Sciences**, Society and Policy, v. 11, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.lsspjournal.com/content/11/1/2> Acesso em 09 jan. 2018.

GARWOOD, Jeremy. 'Excellence' or Non-Sense. IN: **Lab Times**, News for the European Life Sciences, Issue 5, p. 28-31, september 18th 2015.

GATTI, Antonietta M.; MONTANARI, Stefano.**Case studies in nanotoxicology and particle toxicology**. Cambridge: Academic Press, 2015.

GRUNWALD, Armin. Modes of orientation provided by futures studies: making sense of diversity and divergence. IN: **European Journal of Futures Research**, 15:30, 2014.

HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. **Nano and Converging Sciences and Technologies**, Luxembourg, Oct. 2008. Disponível em: <http:// cordis.europa.eu/ pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

INVERNIZZI, Noela et al. Nanotecnologías dirigidas a necessidades sociales. Contribuciones de lainvestigación latino americana en medicina, energía y agua. **Sociología y Tecnociencia**, Palencia, v. 2, n. 5, enero 2016. Disponível em: <https:// revistas.uva.es/index.php/sociotecno/article/view/678>. Acesso em: 15 fev. 2018.

INTERDISCIPLINARITY.**Nature**, London, v. 525, Sept. 2015. Disponívelem: <http://www.nature.com/ news/ interdisciplinarity-1.18295>. Acessoem: 05 ago. 2017.

INTRODUCTION.**Nanotechnology Products Database** (NPD). [S.l.], 2017.Disponível em: <http:// product. statnano.com/>. Acesso em: 01 dez. 2017.

LATOUR, Bruno. **A esperança de Pandora**: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. Traduzido por Gilson César de Souza. São Paulo: Ed. UNESP, 2017.

LIMA, Edilson Gomes de. **Nanotecnologia**: biotecnologia e novas ciências. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, BrunhildeErker e Luis Felipe Segura. México: Ed. UniversidadIberoamericana, 2006.

MARCIAL, Elaine C. (Org.). **Megatendências mundiais 2030**: o que entidades e personalidades internacionais pensam sobre o futuro do mundo?:contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/ PDFs/livros/ livros/151013_megatendencias_mundiais_2030.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

McWILLIAMS, Andrew. The maturing nanotechnology market: products and applications. **Market Reports**, Wellesley, Nov. 2016. Disponível em: <https://www.bccresearch.com/market-research/nanotechnology/ nanotechnology-market-products-applications-report-nan031g.html>. Acesso em: 22 jan. 2018.

OSHIRO, M. L. et al. Nanotechnologies and the risk management of biofuel production. In: RAI, Mahendra; SILVA, Silvio Silvério da (Ed.). **Nanotechnology for bioenergy and biofuel production**.1st ed. Switzerland: Springer International Publishing, 2017.

ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra R. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ROQUE, Caroline. Grupo utiliza nanopartículas de ferro para fortificar fórmula de leite infantil. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 9 nov. 2017. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/11/ 09/grupo-utiliza-nanoparticulas-de-ferro-para-fortificar-formula-de-leite>. Acessoem: 18 fev. 2018.

SUBRAMANIAN, V. et al. Sustainable nanotechnology decision support system:bridging risk management, sustainable innovationand risk governance. **J.Nanopart Res** (2016) 18:89.

SUPIOT, Alain e DELMAS-MARTY, Mireille (Org.).**Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: PUF, 2015.

SWISS NATIONAL SCIENCE FOUDATION (SNSF).**National Research Programme NRP 64.** Opportunities and risks of nanomaterials: results, outcome and perspectives –final brochure. Wildhainweg, Mar. 2017. Disponível em: <http://www.nrp64.ch/SiteCollectionDocuments/ Final_ Brochure_NRP64_E.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

TNS. **Nanovo**: inovação no setor de ovos terá destaque na feira SIAVS. Florianópolis, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://tnsolution.com.br/2017/08/24/nanovo-na-feira-siavs/>. Acesso em: 16 fev. 2018.

WEYERMÜLLER, André R.; ROCHA, Leonel Severo. Paradoxo e meio ambiente: Uma Perspectiva Luhmaniana. **Novos Estudos Jurídicos.** [recurso eletrônico]. – Vol. 20, nº.3 (set./dez. 2015) – 907-929. [Itajaí] : Ed. da Universidade do Vale do Itajaí.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO).**WHO guidelines onprotectingworkersfrompotentialrisksofmanufacturednanomaterials**.Geneva, 2017.Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/25 9671/1/9789241550048-eng.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

A TEORIA DO FATO JURÍDICO E O ANDAR SOB O AMARELO DESÉRTICO

André Antônio Graciolli

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.
Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

andregraciolli@gmail.com

RESUMO: A teoria do fato jurídico e o andar sob o amarelo desértico será balizado pela colocação da teoria do fato jurídico no paradigma cartesiano-mecanicista, mostrando-se necessária a abertura ao mundo plural e complexo pela ciência jurídica. O problema encontra-se no apego da ciência jurídica (teoria do fato jurídico) ao paradigma cartesiano, que trata a racionalidade como fechamento, dado que a juridização do fato do mundo real (suporte fático e regra jurídica) ocorre como operação matemática. Dessa maneira, não é feita a adequada leitura da contemporaneidade, ficando a teoria do fato jurídico aprisionada às molduras de seu quadro e suprimida pelas cores que dão vida a seu mundo. A hipótese se encontra na compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda no paradigma cartesiano e, então, a necessidade de sua abertura à complexidade do mundo plural. Os objetivos abordam o paradigma cartesiano da Ciência, fundado a partir da ideologia iluminista e que persevera impregnado até a atualidade, inclusive a crise na racionalidade do direito ocasionada pelo apego a tal paradigma. Na sequência, será demonstrada a crise na racionalidade do direito ocasionada pelo apego ao velho paradigma e, então, projetar-se a possibilidade de releitura da teoria do fato jurídico a partir da complexidade. A metodologia a ser utilizada é a bibliográfica.

Palavras-Chave: Teoria do Fato Jurídico; Racionalidade Científica; Paradigma Cartesiano.

1 INTRODUÇÃO

A teoria do fato jurídico e o andar sob o amarelo desértico será balizado pela sua colocação no paradigma cartesiano-mecanicista e a visualização da crise da racionalidade de tal modelo, mostrando-se necessária a abertura à complexificação do mundo plural e contemporâneo.

O problema pode ser encontrado no apego da ciência jurídica (teoria do fato jurídico) ao paradigma cartesiano, que apreende a racionalidade ao fechamento, dado que a juridização do fato do mundo real (suporte fático e regra jurídica) ocorre como operação matemática. Dessa maneira, não é feita uma adequada leitura da contemporaneidade, ficando a teoria do fato jurídico aprisionada às molduras de seu quadro e suprimida pelas cores que dão vida a seu mundo.

A hipótese se encontra na compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda no paradigma cartesiano, e então, a necessidade de sua abertura à complexidade do mundo plural.

Os objetivos são a preocupação em abordar o paradigma cartesiano da Ciência, fundado a partir da ideologia iluminista e que persevera impregnado até a atualidade. Em um segundo momento, será demonstrada a crise na racionalidade do direito ocasionada pelo apego ao velho paradigma e, então, projetar-se a possibilidade de releitura da teoria do fato jurídico a partir da complexidade. A metodologia a ser utilizada é a bibliográfica.

2 TEORIA DO FATO JURÍDICO

A Teoria do Fato Jurídico surgiu com muita força a partir do estudo empenhado pelo esboço de Teixeira Freitas[1], que fixou princípios gerais e obteve aceitação pela técnica dos escritores brasileiros e pelas

[1] De los hechos. Es la denominación que aceptó FREITAS en su proyecto, aunque generalizándola como comprensiva de toda sesión; en cambión, con más acierto, nuestro codificador brindó una calificación más adecuada a la sec. 2ª, al hablar: de los hechos y actos jurídicos que producen adquisición, modificación, trasferencia o extinción de los derechos y obligaciones. El art. 896 define a los hechos, expresando que son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, trasferencia o extinción de los derechos u

leis desde 1861. Os doutrinadores de então consideraram seu método de sistematização (racionalismo do paradigma científico)[2] avançado para a época[3]. Mencionada teoria volta-se aos fatos em geral como criadores de relações componentes do mundo jurídico (fatos jurídicos), os quais compreenderiam os atos jurídicos e os não jurídicos, estes ainda como atos ilícitos e lícitos, os quais podem imediatamente não gerar, modificar ou extinguir relações jurídicas[4].

Dita Teoria como Direito, processo de adaptação social cuja criação se busca por meio da regra jurídica (ou norma jurídica), oferece formas cada vez mais gerais e perfeitamente fixadas para a absorção das mais variadas necessidades, angústias e desejos humanos, frutos da pluralidade fenomênica que decorre da vida[5]. Tendo em vista que o fenômeno jurídico (regra jurídica – Código) tenta acompanhar as mudanças engenhadas pela pluralidade fruto da complexidade social, há de se averiguar se o fim autoproposto é atingido, com aumento de adaptação social, ou a correção de seus defeitos, dado que a eficácia adaptativa frente às mudanças sociais é o que se espera/exige de todas as leis[6].

Assim, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda aproxima-se das demais teorias civilistas formatizes da entrada no mundo jurídico do Direito Privado, que na maior parte se fundavam em estruturas formais. Nesse sentido, o fenômeno jurídico pode ser formalizado como uma relação entre fato concreto (conteúdo - suporte fático/hipótese de incidência) e a regra jurídica de perfil abstrato, que, incidindo sobre o suporte fático, faz dele jurídico, dando-lhe cor e transportando-o ao mundo jurídico.[7]

Percebe-se, portanto, a cisão entre mundo dos fatos e mundo jurídico posta em relevo pela Teoria do

---

obligaciones. En otros términos: hecho jurídico es toda conducta humana o todo acontecimiento de la naturaleza con relevancia para el derecho objetivo. O si se quiere, el precepto citado indica un elemento material (hechos humanos (art. 898) o hechos extrahumanos (art. 897) y un elemento de calificación: la consecuencia jurídica. Aquél es el factum; este otro, el elemento formal que brinda el derecho objetivo (SPOTA, Alberto. **Tratado de Derecho Civil**. Tomo I. Parte General. Vol. 3º. Hechos y Actos Jurídicos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976, p. 42-43.)

[2] O Code Civil e o Código Civil Austríaco. Com o surto do racionalismo, dois Códigos surgiram no começo do século XIX: o Code Civil e o Austríaco. Um trazia, através do absolutismo, a mesma preocupação da razão, de direito natural, a que chegava o outro, através da Revolução. A Declaração de Direito Civil de Direitos está em ambos. Em ambos floresce a filosofia do Século XVIII, mas duras ainda se acham, e indespregáveis, as raízes do direito romano (pátrio poder, direito de propriedade, demasiado rígida e irredutível separação entre direitos in rem e in personam, regime dotal e sucessão). Entre os dois códigos é fácil notar-se o que a meditação apriorística, o amor do pensamento e a confiança na Razao deixaram de impecáveis e maléficas simetrias (direito das sucessões, por exemplo), de soluções simples e belas, mas injustas e desastrosas. Foram os dois códigos que o Brasil estudou no século XIX, quando desfitou os olhos das Ordenações do século XVII (MIRANDA, Pontes. **Fontes e Evolução do Direito Civil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 356-440.)

[3] En actitud crítica, se destacó que la generalización efectuada en el Código prusiano y hasta en el mismísimo Código alemán no fueron completas. En cambio, la tendencia sistematizadora –que en buena parte reconoce su génesis en el pandectismo germánico– tiene acabada recepción en el Esboço de Freitas (Sección III, Libro I), en donde se hace un reenvío a la Consolidación de las leyes civiles. También son elogiables por su ajuste, precisiones más o menos, los desarrollos realizados por los códigos portugués y brasileño, por el Anteproyecto de 1972 y Proyecto de 1975 de reformas al Código de Brasil –y por el actual Código de este país (BUERES, Alberto J.. **Hechos y Actos (o negócios) jurídicos**. Aspectos Metodológicos y Conceptuales. In: Pensar en Derecho, p.118-119.)

[4] MIRANDA, Pontes. **Fontes e Evolução do Direito Civil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 150.

[5] O que há de imitável no Direito é o fenômeno, o processo social de adaptação, uma como constante da harmonia social, como há a constância mecânica, a constância física, a constância química. Para manter o equilíbrio entre forças, mais ou menos iguais, quase todas convergentes, não deve ser muito variável a intervenção. Maior ou menor a população, mais adiantada ou retrógrada a cultura, trata-se de ordem. Harmonia e solidariedade entre homens e não poderia divergir muito o elemento coordenador, sem que houvesse mutação radical nos caracteres humanos (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 78-79).

[6] E sulla base del **code civil** si erge la solenne architettura della scienza giuridica che il secolo XIX ci ha tramandato, e che ancora noi tramandiamo dogmaticamente nell'insegnamento. Una scienza giuridica, bisogna dir subito**, a scanso di equivoci, che non aveva nulla di astratto e di irreale**, **come né astratta né irreale era l'identificazione del diritto col codice**, perché ben si ammetteva un progresso e una evoluzione degli istituti giuridici codificati, sotto la spinta delle mutabili esigenze della vita, ma sempre nell'orbita stessa del codice e dei principi in esso raccolti, **e soprattutto al di fuori di ogni arbitrio di legislatore e di ogni violenza di parte**. Anzi questo progresso e questa evoluzione, opera più del tempo che degli uomini, erano considerati il segno più manifesto della vitalità del codice, della perennità del suo spirito, in una parola, del suo identificarsi col diritto." (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista:** prefazione di Ferdinando Mazzarella. Nuoro: Ilisso, 2004, p. 86, grifo nosso).

[7] CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda como Formalização da Decisão Judicial**: a viabilidade da noção de verdade no Direito diante da pragmática wittgensteniana. Tese. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 40.

Fato Jurídico. O fato jurídico, assim, é todo o ato humano ou acontecimento natural juridicamente relevante, que tem por fito gerar efeitos jurídicos, os quais consistem fundamentalmente em aquisição, modificação ou extinção de relações jurídicas, que podem ser entendidas como dimensão ontológica do Direito[8]. Na medida em que não há semelhança entre mundo dos fatos e mundo jurídico, nem tudo o que ocorre no primeiro interessará ao segundo, permanecendo-se vários fatos sociais/naturais neutros do ponto de vista do ordenamento jurídico. Conclui-se, portanto, que nem todos os fatos reais/sociais são jurídicos[9, 10].

Nesse sentido, o fato jurídico é o suporte fático que o direito (regra jurídica/ordenamento jurídico) reputou pertencer ao mundo jurídico. Não entra, sempre, todo ele, despindo-se, às mais das vezes, de aparências e circunstâncias abstraídas pelo direito, ou, por outro lado, assumindo-as para ingressar no mundo jurídico.[11]

Tudo isso provém da formação intelectual do período, que nasce de uma racionalidade jurídica fortemente apoiada no paradigma científico cartesiana-mecanicista, caracterizado por cingir/discernir o fato-fenômeno gerado no mundo do fato jurídico[12] e que, por conseguinte visa tratar os problemas do direito por meio de análise típica das ciências naturais. Dessa maneira, interessa à teoria somente: ***a)*** o fato da regra jurídica, pois que existe no mundo das relações humanas e no pensamento humano; ***b)*** o fato de se comporem suportes fáticos; ***c)*** o fato da incidência.[13]

Quanto à juridicidade[14], esta não existe antes mesmo do surgimento do fato jurídico, mesmo porque o mundo do direito somente se compõe de fatos jurídicos, cabendo assim à regra jurídica definir qual fato da vida que se encontra no mundo deva compor o mundo jurídico, juridicizando-o pela incidência. Dessa maneira, a pura existência da regra jurídica ou dos fatos são somente fenômenos do mundo, não possuindo sozinhos significado imediato[15].

---

[8] "Análisis hace acerca de la **relación jurídica,** que no es pues una mera relación social, ni la expresión lógica de la norma jurídica, ni los vínculos específicos (deberes y derechos subjetico) que ésta crea entre los sujetos de derecho, **sino la unidad más simple en que se articula el orden jurídico determinado por la incidencia de la norma en la vida social para establecer un orden de justicia**. La relación jurídica **constituye así una dimensión ontológica del orden jurídico**. […] La relación jurídica **aparece determinada por la incidencia de la norma jurídica en la vida social sancionando o transformando una relación social preexistente o creando una nueva y, en todo caso, dotándola de significación jurídica (plano dogmático)**. (BALLESTROS, Alberto Montoro. **Relación Jurídica y Cambio Social**. In: Revistas Científicas de la Universidad de Murcia. Anales de Derecho, p. 204-205, grifo nosso).

[9] PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed.. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 335 e 359.

[10] "**Hechos jurídicos**. En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquéllos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos. Por relevancia jurídica se entiende el dar lugar a consecuencias o efectos jurídicos. Se puede, pues, definir el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado —en general, todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)— al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo." (ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil I**. Introdución y Parte General. 15ª ed.. Barcelona: Bosch, 2002, p. 553, grifo do autor).

[11] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeior: Borsoi, 1970, p. 20.

[12] **"Fatos do Mundo Jurídico**. Os fatos do mundo jurídico ou interessam ao direito ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim assinalam." (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 06).

[13] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeior: Borsoi, 1970, p. 03.

[14] **Juridicidade e Incidência**. Quando se escreve que o jurídico consiste em operação, confundem-se o fato da incidência das leis e o movimento mesmo da vida, que se faz contando-se com as incidências ocorridas, as presentes e as a ocorrerem. Nessa atividade, que é de interessados e dos agentes do Estado, há vontade; porem isso não é o jurídico: é o material em que o jurídico cai (incide). Tais como as leis físicas, biológicas e psicológicas. Que governam a vontade (determinação física, biológica e psíquica), e não são vontade, também não no são as regras jurídicas que concernem às vontades e às declarações (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeior: Borsoi, 1970, p. 10, grifo do autor).

[15] Em verdade, a Teoria do Fato Jurídico de Pontes, fundada que é em rigorosa estrutura lógica, explica o intrincado fenômeno jurídico, a) desde o seu nascedouro, com a entrada do fato jurídico no plano da existência do mundo do direito por força da incidência juridicizante da norma jurídica sobre seu suporte fático concretizado no mundo dos fatos; b) até a final produção, no plano da eficácia, dos efeitos jurídicos que ela, norma, atribui ao fato jurídico, compostos por situações jurídicas, das mais simples, às mais complexas relações jurídicas, integradas por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, bem assim por sanções, prêmios e ônus; c) passando, antes, os atos jurídicos lícitos (aqueles fatos jurídicos em que a vontade é dado essencial à configuração de seu suporte fático), pelo plano da validade, onde é a sua perfeição, classificando-os em válidos, nulos ou anuláveis. (DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 11-12).

A Teoria do Fato Jurídico, assim, assume uma constituição codificada-dogmatizante, pois pretende racionalizar o mundo jurídico, em especial porque é originária do racionalismo. Tendo como núcleo a completude (originada no direito privado Pandectista[16]) do Código/Lei , o instrumentário da Teoria do Fato Jurídico tornou-se imóvel no espaço-tempo, não tendo acompanhado as evoluções oriundas da sociedade que se utiliza de racionalidade cientificizada, andando sob o amarelo desértico[17].

O horizonte da Ciência Jurídica que anda sob o amarelo desertificado revela o estudo dos fatos sem paixão, pois os considera unicamente em suas relações com o direito. O julgamento das leis torna-se técnico/formal em relação às instituições e às regras, usando termos em que o sentido é fixado por longo passado[18].

3 RACIONALIDADE CENTRADA NA RAZÃO FECHADA: A ANGÚSTIA CARTESIANA-MECANICISTA

Apresentada a teoria do fato jurídico e algumas de suas nuances, cabe agora realizar breve estudo acerca do paradigma científico que a embasa, que é a racionalidade cartesiana-mecanicista. Assim, perpassando tal paradigma, abrem-se as portas para a possibilidade de nova compreensão do Direito com o intuito de intensificar a comunicação com as demais ciências e transformá-lo em ritmo da vida, necessário e constante, da consciência dos indivíduos e dos povos[19].

Dessa maneira, inicia-se apresentando a relevância e o auge do racionalismo, nascido da tradição filosófica dominante na Europa dos séculos XVII e XVIII[20], cuja base é a revolução científica do século XVI-XVII realizada pelas mãos de Copérnico, Galileu e Newton, que começaram a deixar os cálculos esotéricos de seus cultores para se transformar no fermento de uma transformação técnica e social sem precedentes na história da humanidade. Seus mais relevantes representantes são Descartes, Leibniz e Spinoza, que confiaram o desenvolvimento efetivo da ciência moderna à razão, a qual se tornou instrumento para descoberta dos processos que operam na natureza, desenhados de maneira logicamente inteligente segundo a crença dos racionalistas[21].

Ultrapassando o assim aludido, o racionalismo passou a ser o poder exclusivo de uma razão fechada[22]

---

[16] Nas sociedades avançadas do século XX, os ordenamentos jurídicos são articulados tão minuciosamente que se tem a impressão de que eles são completos, ou seja, que podem regular qualquer caso concreto apresentado. Na realidade, essa aparente completude é fruto de uma laboriosidade secular, ao final da qual foi produzido ein juristisches System (desta vez, entendido no sentido de ordenamento jurídico positivo) tão elaborado [...]. No século XIX, esse resultado foi 'quase' conseguido pelos pandectistas, ou seja, pelos seguidores do método combatido pelos jusliberistas: mas seu método fundado na construção lógica não conseguia mais acompanhar o desenvolvimento da sociedade nas décadas entre os dois séculos (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito:** O século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 179).

[17] Para ello habría bastado, aunque no es una cosa fácil, iluminar el simple hecho de que un lugar desertice se nos muestre masivamente como tal, es decir, despojado de todo objeto visible. Para esto habría sido necesario restituir al color su visualidad, su peso y su voracidad atmosférica, monocroma. Su valor como sustancia, como sujeto y no como atributo o accidente. Su valor como alianza simple con la ausencia: dar a la ausencia la potencia del lugar, y dar a este lugar una elemental potencia de figura —como una pantalla del sueno— bajo la especie de un lienzo monocromo que nos enfrenta pero que, de igual manera, se nos ofrece como un abismo y un principio de vértigo. Ahora bien, esta paradoja no existe mas que en el juego físico de una luz originada en las tensiones psíquicas de la mirada. El ojo en general busca los objetos iluminados —visibles, por tanto— como un perro busca su hueso; pero, allí, no hay nada que ver mas que una luz que no ilumina nada, sino que se presenta ella misma como sustancia visual. No es ya la cualidad abstracta que vuelve a los objetos visibles, es el objeto mismo —concreto pero paradójico, y del que **Turrell** duplica la paradoja volviéndolo masivo— de la visión (DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014, p. 15-21)

[18] RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 10.

[19] DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 206

[20] BECHTEL, William. **Filosofía de la mente**. Una panorámica para la ciencia cognitiva. España: Tecnos, 1991, p. 9.

[21] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995, p. 7.

[22] **A razão fechada** que rejeita como inassimiláveis fragmentos enormes de realidade, que então se tornam a espuma das coisas, puras contingências. Assim, foram rejeitados: a questão da relação sujeito-objeto no conhecimento; a desordem, o acaso; o singular, o individual (que a generalidade abstrata esmaga); a existência e o ser, resíduos irracionalizáveis. Tudo o que não está submetido ao estrito princípio de economia e de eficácia (assim, a festa, opoüatch, o dom, a destruição suntuária são racionalizadas como formas balbuciantes e débeis da economia, da troca). A poesia, a arte, que podem ser toleradas ou mantidas como divertimento, não poderiam ter valor de conhecimento

que tem como escopos discernir, distinguir e comparar. Substituiu, assim, o dogmatismo medieval, assumindo uma atitude crítica e polêmica perante a tradição[23]. Seu objetivo é construir uma visão coerente e totalizante do universo a partir de dados parciais ou de um princípio único, calcando-se no saber[24] e na instrumentalidade técnica, bem como desprendendo-se da revelação, dos mitos e dos rituais. Assim, a visão de um só aspecto das coisas (rendimento, eficácia), a explicação em função de um fator único (o econômico ou o político) e a crença de que os males da humanidade são devidos a uma só causa e a um só tipo de agente constituem, entre outras, racionalizações[25].

A razão é uma expressão de nossa coerência operacional humana (não somente constitui-se pela linguagem) e, como tal, tem uma posição central e constitutiva em tudo o que fazemos como seres humanos. A ciência, desse modo, é atividade humana que encontra sua validez e significação dentro do contexto coexistencial em que nasce[26].

Inserida no paradigma cartesiano-mecanicista, a razão era simplificadora e, portanto, não podia enfrentar a complexidade da relação sobre a produção de saber que considera as imbricadas correlações sujeito-objeto[27]. Direcionada ao conhecimento, acabou por produzir, por vezes simultânea e indistintamente, racionalidade, racionalismo e racionalizações a partir de proposições iniciais totalmente absurdas ou fantasmáticas, tendo deduzido logicamente deste edifício todas as consequências práticas[28]. Dado que o conhecimento racional se forma por meio de experiências adquiridas a partir do contato com o objeto, observa-se que aquilo que não pudesse ser racionalizavelmente explicado não teria valor, ou seja, tal razão era fechada às complexidades de um mundo plural.

Com isso, observa-se que na ciência de cunho cartesiano-mecanicista o conhecimento avança pela especialização, de modo que é tanto mais rigoroso quanto mais restrito o objeto sobre o qual incide, aumentando seu rigor na proporção direta da arbitrariedade com que espartilha o real[29]. Nesse sentido, cabe o questionamento se a obsessão pela especificidade do século não está jogando uma armadilha contra ele mesmo[30].

---

e de verdade, e encontra-se rejeitado, bem entendido, tudo aquilo que denominamos trágico, sublime, irrisório, tudo o que é amor, dor, humor... (MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 167-168, grifo nosso).

[23] GAUER, Ruth M. Chittó. ***Conhecimento e Aceleração*** (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102.

[24] **Um saber constituindo seu objeto como processo em si independente do sujeito**, reconhecível num referencial espaço- temporal válido para todos e privado de mistério, determinável em categorias indiscutíveis e unívocas (identidade, substância, causalidade), exprimível, enfim, numa linguagem matemática de poder ilimitado, da qual nem a pré-adaptação miraculosa ao objeto nem a coerência interna pareciam causar problema. Acrescentadas à regularidade evidente dos fenômenos naturais em grande escala, essas condições pareciam assegurar a existência de um sistema único de leis da natureza, ao mesmo tempo independente do homem e legível por ele. (CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto**. Vol.1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 202, grifo nosso).

[25] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 158.

[26] MATURANA, Humberto R.. **La ciencia y la vida cotidiana*:*** la ontología de las explicaciones científicas. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 165 e 186-187.

27 [...] um pensamento sobre a produção de saber que considera as imbricadas correlações entre o sujeito e o objeto; o "antes" que condiciona ao sujeito não é, primitivamente, o contexto (o objeto previamente construído), senão um primeiro outro. *A* separação cognitiva entre sujeito e objeto dependendo de uma primeira fratura entre o eu e o outro, que de um só golpe constitui ao indivíduo e ao mundo como coisas separadas. Logo segue a fratura entre sujeito e objeto como continuação. Uma fratura que não permite consolidar a identidade de um eu integrado (enraizado) em relações (autônomas) com os outros. É certo que teríamos outra idéia de ciência se partíssemos de identidades que se encontram para produzir realidades como devires. O entre-nós como circulação de sentidos. (WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 532).

[28] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 168 e 158.

[29] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995, p. 7.

[30] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 85.

Assim, da complexidade da relação sujeito-objeto no conhecimento nasce a Angústia Cartesiana-Mecanicista[31], surgida do afã da ciência em descobrir o fundamento último (verdade). Cimentada na divisão complexa entre mundo externo e mundo interno (da mente), a ciência tenta encontrar o fundamento último tanto no sujeito quanto no objeto, agarrando-se à tal ilusão e, assim, gerando a angústia da busca não concretizada[32], que, por apregoar-se à razão fechada, ignora a obscuridade e a confusão do mundo plural.

Nessa medida, a angústia cartesiana-mecanicista do século XIX construiu o mundo tal como ele é[33], mas, devido à complexidade do mundo atual (apresentada pelos mais diversos fatores: a globalização, a ambição e a crença desmedida pelos poderes da tecnologia[34]), este contempla singularidade prolixa[35] em trânsito para outras formas de sensibilidade e de razão[36]. Assim, observando-se o marco das descobertas expostas pela física quântica[37], que passam a influenciar diretamente a ciência (e sua racionalidade) como um todo, verifica-se que cada vez mais a ciência se encontra cética sobre enxergar um fundamento último[38], abrindo-se a essa nova forma de sensibilidade que emana do mundo complexo-plural.

Apresentados, portanto, alguns caracteres do paradigma científico cartesiano-mecanicista, embasador da teoria do fato jurídico que permanece a andar no amarelo desértico, parte-se para a análise da (in)existência de uma crise da racionalidade do Direito, em especial diante do já mencionado pluralismo e complexidade do mundo contemporâneo.

4 CRISE[39] DA RACIONALIDADE DO DIREITO[40]: O ANDAR SOB O AMARELO DESÉRTICO

A racionalidade cartesiana-mecanicista foi construída como ideologia científica e invadiu o

[31] El nerviosismo que sentimos está arraigado en lo que, siguiendo a Richard Bernstein, podemos llamar "**la angustia cartesiana**". Utilizamos "angustia" en un sentido vagamente freudiano y la llamamos "cartesiana" simplemente porque Descartes la articuló con rigor y dramatismo en sus Meditaciones. **La angustia es en realidad un dilema**: o tenemos un fundamento fijo y estable para el conocimiento, un punto donde el conocimiento comienza, está cimentado, y reposa, o no podemos escapar de la oscuridad, el caos y la confusión. O hay una base o cimiento absoluto, o todo se desmorona. (VARELA, Francisco J.. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169, grifo nosso).

[32] **Esta sensación de angustia nace del afán de un fundamento absoluto**. Cuando este afán no se satisface, la única otra posibilidad parece ser el nihilismo o la anarquía. La búsqueda de cimientos puede cobrar muchas formas —un tema al que volveremos luego— pero, dada la lógica básica del representacionismo, la tendencia es buscar un cimiento externo en el mundo o un cimiento interno en la mente. Al tratar la mente y el mundo como polos opuestos, subjetivo y objetivo, la angustia cartesiana oscila sin cesar entre los dos en busca de tierra firme.. (VARELA, Francisco J.. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor.. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169-170 e 171-172, grifo nosso).

[33] NICOLESCU, Basarab. **O Território do Olhar**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 27-28.

[34] La ambición tecnológica nos lleva a rigidizar el mundo para asegurar su efectividad, la disposición científica nos lleva a aceptar la fluidez de la existencia para asegurar su continua oportunidad (MATURANA, Humberto**. La Objetividad**. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997, p. 136.).

[35] VARELA, Francisco J.. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor.. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169-170.

[36] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

[37] NICOLESCU, Basarab. **O Território do Olhar**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 27-28.

[38] VARELA, Francisco J.. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor.. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169-170.

[39] **No es crisis del derecho, sino de la ciencia del derecho**. En algunos momentos el derecho positivo puede ser repugnante, y es posible incluso que, ante tal situación el jurista deba inclinar la cabeza, repetiendo *dura lex, sed lex*; pero esto no afecta al derecho en su perene esencia. En realidad, excita y no deprime al jurista. Si el médico se encuentra a veces desarmado, su corazón de hombre quedará entristecido, pero se derrumbará en él la fe en su ciencia y pensará que mañana quizá se alcance lo que hoy no se consigue, aun sabiendo que nunca se logrará anular la muerte, que es ley natural de la vida. (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. p. 162, grifo nosso).

[40] CANARIS evoluciona fracionadamente e aponta as transformações da Ciência do Direito, pois não tratar-se-á de forma densa neste pequeno item, mas sim, indica-se o ora autor para que se elucide muitas questões que por vezes geram dúvidas (1). E ainda, em primorosa obra TERCIO SAMPAIO loca o Direito como Ciência e a vê como um sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica (2). (1)

conhecimento, formando paradigma científico ao qual aderiu a ciência do direito (que, como todas as demais ciências, se fundou unívoca, criando seus próprios conceitos dissociados das demais disciplinas científicas). A partir da razão fechada, a ciência jurídica (teoria do fato jurídico) primou pelo princípio da legalidade que, por sua vez, impõe a dedutividade, conferindo certeza, rigorismo e segurança ao sistema jurídico. Na atualidade, contudo, devido às complexidades que se apresentam, é válido repensar tal racionalidade em direção à razão aberta e complexa, destinada a "pensar o Direito como um espaço para garantir o plural dos desejos"[41]. Diante dessa nova configuração, a continuidade irrefletida da ciência jurídica na razão fechada acaba por traduzir o Direito, nas palavras de Bordieu e Teubner, como "sólo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales".[42]

Como ápice de isolamento, Kelsen[43, 44] introduziu a ideia da pureza à ciência do direito, a fim de que não fosse contaminada pelas demais ciências, servindo à racionalidade de razão fechada, que nos Códigos/Leis assume a fórmula textual-dogmática. Assim, diante da solidão, do andar em círculos no amarelo desértico, o Direito não logra êxito em apresentar respostas adequadas para os grandes desafios da nova era caracterizada pelos enormes câmbios científicos e técnicos, que surgem após as três grandes guerras mundiais (duas quentes e uma fria[45])[46].

O fechamento operado pela adesão ao paradigma científico clássico perfaz o objetivo da ciência do direito como descrição de determinados institutos positivados na lei/código. Portanto, observa-se a necessidade de buscar um modelo que corresponda às necessidades funcionais de uma sociedade distinta na qual vive o homem contemporâneo, e que exige mecanismos novos e reflexivos de resolução de conflitos[47]. Na medida em que o direito passa a aceitar o diálogo com outras ciências, tende a superar sua parcelização e, assim, redescobre o mundo filosófico e sociológico[48], no intuito de antever anseios, necessidades e desejos dos homens.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; (2) FERRAZ, Tercio SAMPAIO. **A Ciência do Direito**. 2ª . ed. São Paulo: Atlas, 1986.)

[41] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 84.

[42] Por lo tanto la crisis del derecho moderno está inextricablemente ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad empleado por el derecho, un modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de ésta en la que vive el hombre contemporáneo y que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos […]. No hay nada de universalmente válido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de los juristas ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del derecho: la forma de racionalidad que adopta nuestro derecho es sólo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales. (BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000, p. 18).

[43] Certamente, para Kelsen, o objeto da ciência jurídica encontra-se elaborado pela própria ciência, não sendo a síntese das normas jurídicas empiricamente produzidas pelos órgãos dotados de autoridade, mas o modelo através do qual chegamos ao conhecimento da empiria normativa. A norma fundamental gnosiológica é a noção geradora, mediante a qual Kelsen pretende distinguir o reino dos fatos normativos do seu significado e função. Nesse sentido, encontramos fortes analogias entre as categorias saussurianas de língua e fala e as kelsenianas de dever ser. (WARAT, Luis Alberto. **Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 20).

[44] Quando a Doutrina é chamada de teoria pura do Direito, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método especifico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XXVIII.)

[45] CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 16.

[46] Los grandes desafíos de una nueva era caracterizada por enormes cambios científicos y técnicos, que llegan a abarcar la genética humana y el porvenir de nuestra especie requieren la urgente superación de los modelos culturales anteriores, también en el campo jurídico. Al Derecho le cabe la opción de volver a la complejidad impura que quiso evitar Hans Kelsen con su "teoría pura", disolviéndose en otros espacios culturales, por ejemplo los de la Economía, la Sociología, la Antropología, la Psicología, etc., o procurar el avance con categorías propias que le permitan conservar su particularidad y relacionarse con el resto de la cultura, en una complejidad pura. (CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 9).

[47] BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000, p. 18.

[48] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995, p. 38-39.

Com isso, a partir da visão reducionista e separatista das disciplinas científicas orientada pela razão fechada (parcelização e disciplinarização do saber), entrou a razão jurídica em seu crepúsculo na companhia da mitologia da prioridade constituinte d*o* direito[49], que passa a ser ele mesmo a própria fonte de legitimação[50]. A crença na dogmática jurídica oriunda do paradigma científico cartesiano-mecanicista propicia um conhecimento voltado ao passado, a partir de respostas prontas calcadas na repetição, de modo que é previsível que não se encontre apta a regular as novas problemáticas oriundas da sociedade globalizada[51].

Assim exposto, o mundo jurídico a partir da teoria do fato jurídico apresenta-se como Ciência Jurídica (lógica[52], fechada, não evolutiva) que procura estabelecer ao homem somente certezas (segurança jurídica), criando assim um lugar desertificado, morada do paradigma racionalista cartesiano-mecanicista. Caminha-se nele sem fim, aprisionando o tempo-espaço, andando a Ciência sem qualquer traçado/rota, em círculos no gigante deserto monocromático. Ao andar no amarelo, sabe bem que o horizonte, por mais nítido que pareça no afastamento, apenas conduz ao desespero – lá também se caminha no amarelo[53].

No entanto, o dinamismo inato da cultura, que nasce da contemporaneidade orgânica e posorgânica[54], aniquila todas as estruturas lógicas criadas – em ambientes físicos, instituições sociais, ideias metafísicas, visões artísticas, valores morais – a fim de criar mais, - de seguir criando de novo o mundo infinitamente. Esta força renovada arrasa todos os indivíduos incrustrados na sociedade moderna em sua órbita, obrigando-os a abordar questões do que é essencial, significativo e/ou real no vórtice em que se vive e move[55].

Esta nova dinâmica social impõe um rápido câmbio em nossa definição de ciência e de política, sendo suficiente para poder mostrar os numerosos caminhos que se abrem agora ante todos[56].

5 CONCLUSÃO

Diante do cenário atual de complexificação e pluralidade do mundo, o presente artigo buscou localizar o paradigma que sustenta a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, até hoje muito utilizada como base para entender a transformação do mundo dos fatos (fenômenos sociais) em mundo jurídico. Conforme exposto, restou expresso que o paradigma cartesiano-mecanicista, oriundo da filosofia racionalista dos séculos XVI-XVIII, é o fundamento da mencionada teoria.

Partindo desse ponto, observou-se que o mencionado paradigma trata a razão como fechamento, de modo que a ciência jurídica por ele produzida (Codificação) se fecha às complexidades do mundo, dado que pressupõe que as regras jurídicas abarcariam todos os fatos possíveis e interessantes ao Direito. Assim,

---

[49] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 87.

[50] ACHUTTI, Daniel; OSORIO, Fernanda. Por uma prática educativa criativa: alteridade e transdisciplinaridade no ensino jurídico. **Revista Direito, Cultura e Cidadania**, v. 1, n. 1. Osório: FACOS, 2011.

[51] VIAL, Sandra Regina Martini; BARRETO, Ricardo Menna. **Transdisciplinaridade, Complexidade e Pluralidade Maquinímica**: aportes para pensar o Ciberdireito, p. 176.

[52] Onde quer que se distribuam bens da vida, inclusive o que se ligam à própria pessoa, aí está o sistema jurídico. Quem diz a**í** está o sistema jurídico diz há elementos fáticos sobre os quais incidiu regra jurídica. Tal regra pode ser escrita; em ambos os casos, traz parte do sistema jurídico, **que é um cálculo lógico**. A cada momento surgem problemas que somente podem ser resolvidos se se obedece a indicações e raciocínios exatos. A incidência da regras jurídica é que to^{r}n^{a} jurídicos os bens da vida. Muitas vezes, o conjunto de fatos, o suporte fático , em que a regras jurídica incide. Ali, responde às perguntas - ? Há a regra jurídica e qual é?; aqui, a duas outras: Quais os elementos que compõem o suporte fático; e qual a natureza de cada um deles? Tais questões são inconfundíveis com as da irradiação de efeitos dessa impressão da norma jurídica no suporte fático (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 1999, p. 21, grifo nosso).

[53] Ver nota de rodapé n. 20. Sobre o tema, consultar também DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014.

[54] Sobre o tema do homem posorgânico, ver nota 32 e a obra de SIBILIA, Paula. **Hombre posorgánico**. Cuerpo, Sugjetividad y Tecnológias Digitales. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

[55] BERMAN, Marshall. **Todo lo sólido se desvanece en el aire**. La experiencia de la modernidad. Buenos Aires: Siglo Ventiuno, 1989, p. 302.

[56] LATEUR, Bruno. **La Esperanza de Pandora**. Ensaio sobre la Realidad de lso Estudiso de la Ciencia. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 308.

o mundo jurídico acaba se transformando em prisão imóvel e estática do mundo dos fatos, de modo que se anda sob o amarelo desértico e monocromático de um Direito que busca não se adaptar às contingências de uma sociedade em constante transformação.

Desse modo, verificou-se a existência de uma crise dessa racionalidade da ciência jurídica (teoria do fato jurídico) apegada ao paradigma cartesiano, que simplifica e especializa, gerando angústia pela busca não sucedida da verdade fundamental. A ciência jurídica se especializa e se separa das outras disciplinas, tornando-se estas cada vez mais céticas acerca do fundamento último, enquanto a primeira, apegada ao paradigma cartesiano, permanece fechada e produz conhecimento dogmatizante com objetivos de completude.

Tal modelo, contudo, acaba por não apresentar respostas adequadas frente à nova sociedade que surge após três guerras mundiais (duas quentes, uma fria) e, especialmente, a globalização. A complexidade e pluralidade cada vez maiores da sociedade impelem que a ciência, inclusive a jurídica, se abra a novas possibilidades, com apresentação de novos e reflexivos mecanismos de resolução de conflitos. Dessa maneira, situando-se a partir dessa nova complexidade social e aceitando o diálogo interdisciplinar, a ciência jurídica poderá transitar do andar sob o amarelo desértico para a luz manifesta do céu, abrindo-se a possibilidade da releitura da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda pelo paradigma da complexidade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel, OSORIO, Fernanda Corrêa. Por uma prática educativa criativa: alteridade e transdisciplinaridade no ensino jurídico. **Revista Direito, Cultura e Cidadania**, v. 1, n. 1. Osório: FACOS, 2011.

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil I**. Introdución y Parte General. 15ª ed.. Barcelona: Bosch, 2002.

BALLESTROS, Alberto Montoro. **Relación Jurídica y Cambio Social**. In: Revistas Científicas de la Universidad de Murcia. Anales de Derecho.

BECHTEL, William. **Filosofía de la mente**. Una panorámica para la ciencia cognitiva. España: Tecnos, 1991.

BERMAN, Marshall. **Todo lo sólido se desvanece en el aire**. La experiencia de la modernidad. Buenos Aires: Siglo Ventiuno, 1989.

BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

BUERES, Alberto J. **Hechos y Actos (o negócios) jurídicos**. Aspectos Metodológicos y Conceptuales. In: Pensar en Derecho.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002;

CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto**. Vol.1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda como Formalização da Decisão Judicial**: a viabilidade da noção de verdade no Direito diante da pragmática wittgensteniana. Tese. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014.

FERRAZ, Tercio SAMPAIO. **A Ciência do Direito**. 2ª . ed. São Paulo: Atlas, 1986.

GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LATEUR, Bruno. **La Esperanza de Pandora**. Ensayo sobre la Realidad de los Estudios de la Ciencia. Barcelona: Gedisa, 2001.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito:** O século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MATURANA, Humberto R.. **La ciencia y la vida cotidiana:** la ontología de las explicaciones científicas. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

MATURANA, Humberto**. La Objetividad**. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes. **Fontes e Evolução do Direito Civil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeior: Borsoi, 1970.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

NICOLESCU, Basarab. **O Território do Olhar**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed.. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995.

SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista:** prefazione di Ferdinando Mazzarella. Nuoro: Ilisso, 2004.

SIBILIA, Paula. **Hombre posorgánico**. Cuerpo, Sugjetividad y Tecnológias Digitales. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

SPOTA, Alberto. **Tratado de Derecho Civil**. Tomo I. Parte General. Vol. 3º. Hechos y Actos Jurídicos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

VARELA, Francisco J.. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor.. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIAL, Sandra Regina Martini; BARRETO, Ricardo Menna. Transdisciplinaridade, Complexidade e Pluralidade Maquinímica: aportes para pensar o Ciberdireito. **Revista Sequência**, n. 63, p. 159-184, dez. 2011.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

COMPLEXIDADE, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

André Antônio Graciolli

Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

andregraciolli@gmail.com

RESUMO: Complexidade, Direito e Decisão Judicial será balizado pelo estudo do paradigma da complexidade, em que se apresenta uma racionalidade reflexiva-aberta que pressupõe a transdisciplinariedade, ainda não adotada pelo Direito, além do estudo da possibilidade de o Judiciário se tornar a porta de entrada para a assunção de tal paradigma pela ciência jurídica. O problema pode ser encontrado no paradigma da complexidade oriundo de um mundo global cada vez mais plural, no qual o Direito, ainda preso no paradigma mecanicista, não se abre à interdisciplinariedade. A hipótese é a possibilidade de internalização de tal paradigma pelo renovado papel do Judiciário, em que o processo é legitimado democraticamente e assume a função de formulação e concretização de direitos além dos individuais. Os objetivos são a preocupação em abordar o paradigma da complexidade e sua racionalidade aberta-reflexiva e, em seguida, apresentar o Judiciário e o Processo como elementos para adequar o Direito a tal paradigma. A metodologia utilizada é a bibliográfica. Com isso, busca-se analisar a nova racionalidade, reflexão que se faz necessária ao Direito, dado que o antigo paradigma da ciência fundado na unicidade e especialização de disciplinas vem a ser renovado pelo paradigma da complexidade.

Palavras-Chave: Paradigma da Complexidade; Decisão Judicial; Processo;

1 Introdução

Complexidade, Direito e Decisão Judicial será balizado pelo estudo do paradigma da complexidade, em que se apresenta uma racionalidade reflexiva-aberta que pressupõe a transdisciplinariedade. Em um segundo momento, será realizado breve estudo acerca da possibilidade e legitimidade do Judiciário em internalizar tal paradigma ao Direito.

O problema pode ser encontrado no paradigma da complexidade presente em um mundo global cada vez mais plural, no qual o Direito, ainda preso ao paradigma mecanicista, não se abre à interdisciplinariedade. A hipótese é a possibilidade de internalização de tal paradigma por um Judiciário de papel renovado, que busca a efetividade do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o processo se torna instrumento político e se legitima a partir da superação da democracia representativa, assumindo a possibilidade de concretizar e formular direitos além dos individuais.

Os objetivos são abordar o paradigma da complexidade e sua racionalidade aberta-reflexiva e, em seguida, apresentar o Judiciário e o Processo como elementos possíveis de entrada de tal paradigma no Direito. A metodologia utilizada é a bibliográfica. Com isso, busca-se analisar a nova racionalidade, reflexão que se faz necessária ao Direito, dado que o antigo paradigma da ciência fundado na unicidade e especialização de disciplinas vem a ser renovado pelo paradigma da complexidade.

2 Pensar o Direito pela nova[1] racionalidade[2]

Na contemporaneidade, um novo mundo científico é instituído, tendo reflexos diretos no que se produz em sociedade e individualmente (produzimos a sociedade que nos produz[3]). A ciência, a partir de uma Nova Racionalidade[4], tenta deixar para trás a razão fechada cartesiana**,** dado que a complexidade reflete a transdisciplinaridade, momento em que o conhecimento forma pontes entre as disciplinas com o intuito de abrir caminhos (novas possibilidades).

Parte-se da razão fechada (racionalismo que ocasiona a angústia cartesiana-mecanicista), em que o saber (reprodutivo[5]) é aprisionado e fechado hermeticamente em cada disciplina, para a abertura progressiva do edifício no qual se visualiza a imagem do progresso dos conhecimentos[6]. A ciência contemporânea, baseada na razão complexa (reconhece as zonas obscuras e as incertezas[7]), produz novos saberes e novas ignorâncias[8] a partir das iniciativas, da cooperação, pelo sentido de responsabilidade, pela capacidade de relacionar umas coisas e fenômenos com outros e, assim, descobre a todo momento os agentes emergentes do novo[9]. Dessa maneira, ao dialogar com o irracional e o a-racional (ser e existência não são absurdos, nem racionais: eles são[10]), a razão complexa perpassa o conhecimento dualista cartesiano[11] e reflete o diálogo constante e prolixo imprescindível à convivência e complementação entre os saberes. Desse modo, a atualidade apresenta à cientificidade seu desafio: a complexidade[12].

[1] Leia-se Nova como Novo, pois WARAT... fala do novo como o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que se vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade. (WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 86).

[2] Importante salientar, para que em segundo momento se adentre nos aspectos relevantes da temática proposta, que LATAUR, evita as noções de crença, conhecimento, racionalidade e irracionalidade. Sempre que usadas, subvertem totalmente o quadro da ciência em ação, e o substituem por mentes, fenómenos e fatores deturpadores. Se quisermos continuar o estudo da rede da tecnociência, precisamos endireitar as crenças tortas e acabar com essa oposição entre ideias racionais e irracionais. (LATAUR, Bruno. **Ciência em Ação**. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 302-303).

[3] MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 5.

[4] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

[5] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 13.

[6] CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 47.

[7] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 168.

[8] **La ciencia contemporánea ha criticado la idea de enigma como ignorabius definitivo y fijado de una vez para siempre**, produciendo nuevas áreas problemáticas y nuevas conceptualizaciones, nuevos saberes y nuevas ignorancias. La idea del enigma como limite absoluto estaba estrechamente vinculada con la adopción del ideal regulativo del lugar fundamental y neutro de observación. Es la plausibilidad heurística de este ideal la que desapareció en los últimos cien anos. (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 40, grifo nosso).

[9] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 13.

[10] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 167-168.

[11] O conhecimento do paradigma emergente tende assim a **ser um conhecimento não dualista**, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até há pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza-cultura, natural-artificial, vivo-inanimado, mente-matéria, observador-observado, subjetivo-objetivo, coletivo-individual, animal-pessoa. Este relativo colapso das distinções dicotômicas repercute-se nas disciplinas científicas que sobre elas se fundaram. Aliás, sempre houve ciência que se reconheceram mal nestas distinções e tanto que se tiveram de fracturar internamente para se lhes adequarem minimamente. Refiro-me à antropologia, à geografia e também à psicologia. Condensaram-se nelas privilegiadamente as contradições da separação de ciências naturais-ciências sociais. Daí, que, num período de transição entre paradigma, seja particularmente importante, do ponto de vista **epistemológico**, observar o que se passa nessas ciências (SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995, p. 39-40, grifo nosso).

[12] Los desarrollos de las ciencias de nuestro siglo han hecho visibles muchos presupuestos de la herencia cartesiana, y han puesto en discusión la inevitabilidad y la necesidad de su identificación con las tareas y los criterios del conocimiento y de la ciencia. Así, la idea de previsión, la ciencia como ciencia de lo general, la conciencia del tiempo como lugar de despliegue de la necesidad atemporal de las leyes dejan de ser

Dessa maneira, a Nova Racionalidade impõe irreversível transformação do conhecimento científico[13], que se apresenta radical e progressivo, posicionando-se em coerência com as necessidades, os interesses e os desejos livremente expressados e contrastados com considerações éticas e estéticas[14]. Esboça e demarca o futuro da ciência, inserindo-se pela via da descentralização de disciplinas e desenvolvida por meio do descobrimento de níveis de realidade não traduzíveis diretamente a um projeto de ciência unitária, simplista e disciplinária[15]. Com estes novos horizontes descentralizadores, passa a (re)avaliar o lugar do homem frente ao cosmos, inclusive o próprio modo de pensar o cosmos[16].

Nestes termos, a Nova Racionalidade (apesar de parecer, em alguns momentos, surreal[17]) aguça a redescoberta da paixão pela vida, de compreender os outros, que virá de um confronto com os desejos que fluem marginalmente, perpassando a mera sobrevivência institucional(izada pelo direito)[18]. Contém e comporta, assim, novas proposições antropológicas e filosóficas que expressam novos modos de autoconhecimento, nos quais a razão não seja mutilada pela emoção, nem o sentir se expanda sem promovê-la. Com a conjunção de tais dimensões, provavelmente serão encontrados novos sentidos a nosso *ser* e a nosso *devenir*[19].

Conforme Boaventura Sousa Santos, nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas o é. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas[20]. Assim, essa nova maneira de pensar efetiva uma conversa transdisciplinar que reflexiona sobre uma nova forma de produção do conhecimento. Tal ocorre por meio do estabelecimento de vínculos entre coisas separadas e da recepção das diversas realidades geradas pelo complexo mundo, as quais aportam em certo grau de polissemia e processos singulares[21]. Nas palavras de Warat[22], "Um saber sobre o Direito que reconcilie o homem com suas paixões, tenha respostas de acordo com o mundo *e* transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos".

Dessa maneira, a ciência jurídica não passa ao largo de tal mudança paradigmática, exigindo uma nova compreensão (dialógo) dos saberes que se integram à dinâmica da ciência jurídica[23], às complexidades do mundo, dado que interferem diretamente em seu funcionamento. Assim, sua funcionalidade não pode

---

criterios absolutos y definitorios de la cientificidad. Se delinea un itinerario que a través de las fisuras de la presunta necesidad de los límites cartesianos de la ciencia produce lo que podemos definir como desafío de la complejidad (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 41).

[13] KARL, Popper R.. **Conjecturas y Refutaciones**. Brasília: Editora da UnB, 1980. P. 264.

[14] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 227.

[15] Se trata en primer lugar de las **descentraciones espaciale**s, que provocaron la conquista del micro y macrocosmos. Pero son igualmente importantes las **descentraciones temporales**: así, es bastante difícil trazar una línea de demarcación precisa entre los dos procesos de descentración, espacial y temporal. En todas las imágenes de la realidad, el espacio y el tiempo estuvieron íntimamente conectados (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 50, grifo nosso).

[16] CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 49.

[17] Em contraposição, os sonhos surrealistas mostram as razões que a razão instituída ignora; isto promove as lutas dos opostos, desarraigados e enraizados onde cada um assume a verdade de sua vida e seu fervor. É a fantasia no lugar dos fantasmas (WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 188).

[18] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 76.

[19] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 174.

[20] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995, p. 55.

[21] WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 531.

[22] WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 83-84.

[23] CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 106 e 98.

se apartar da compreensão plenária da vida que o jurista deve ajudar a resolver[24].

A partir de tais contribuições, percebe-se que as complexidades do mundo global penetram no Direito por meio do Judiciário[25], no qual o processo judicial adquire importância[26] tanto para a Teoria do Direito quanto para a vida[27], podendo ser visto como capaz de absorver o paradigma da complexidade e fazer, assim, as pontes entre as ciências, refletidas na Decisão Jurídica de epistemologia construtivista[28].

Um dos caminhos apontados para a projeção do Direito pela Nova Racionalidade seria o Direito Reflexivo[29] e o Direito Responsivo[30], que aportam o paradigma da complexidade e apresentam translucidez científica contemporânea que responde à sociedade e aos seus indivíduos, seus desejos e necessidades, tendo como moradia sólida a transdisciplinariedade.

3 Em direção ao paradigma da complexidade

O paradigma é considerado o que está no princípio da construção das teorias, o núcleo obscuro que orienta os discursos teóricos neste ou naquele sentido[31], a unidade fundamental para o estudo do desenvolvimento científico, a qual não pode ser totalmente reduzida a componentes atômicos lógicos[32]. O paradigma da complexidade contém estrutura mítica que se apresenta via razão complexa, a qual engloba razões instrumentais que se desenvolvem em seu interior: é visto como 'o fogo das loucuras que desemboca no teatro-mundo' ou, ainda, como 'labirinto', ambos de razões míticas[33]. Assim, a racionalidade em seu seio é mais plural, tornando o conhecimento novamente aventura encantada[34] e surreal[35], abrindo caminhos para

---

[24] CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 98.

[25] Neste ponto ver: que aponta a postura inovadora do STF reconhecendo que o direito deve buscar informações fora do âmbito de sua ciência assim dialogando com as demais ciências. (ALHO, Ana Maria Gomes da Silva. **Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.)

[26] A tendência apontada pela sociedade atual e de que projete: "o processo a ser a rainha das ciências jurídicas". (COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970, p. 80.)

[27] Una sencilla **observación empírica** demuestra que en todas las sociedades suelen haber ciertas personas ante las cuales se plantean problemas jurídicos, problemas relacionados con la efectividad de las reglas de Derecho que rigen la vida familiar, civil, comercial, laboral, etc., de la correspondiente comunidad, y que esas selectas personas tienen la particularidad de que frente al problema suelen formular una conclusión (veredicto, fallo, laudo, sentencia), que es la "última palabra" al respecto y que debe ser acatada -y normalmente lo es- por todos (incluso el Estado). y bien, la actividad que se desarrolla en orden a este veredicto, fallo, laudo o sentencia, se identifica -en términos muy genéricos-con la expresión "proceso jurisdiccional. La **importancia que este proceso jurisdiccional adquiere** no solamente en la Teoría del Derecho sino en la misma vida social, se advierte fácilmente en cuanto se tiene presente que tan sólo en nuestro país existen al redor de quinientos órganos del Estado ante los cuales se desarrollan tales procesos (además de innúmeros tribunales arbitrales), y que ante cada uno de dichos órganos (cuando se trata de órganos del Estado) se llevan a cabo-simultáneamente- varios cientos (y a veces miles) de procesos. Es que de esos procesos jurisdiccionales depende en última instancia la vigencia de todo el ordenamiento jurídico que la comunidad en cuestión se ha dado, y es a ellos que acuden todas las personas que entienden que se encuentran afectadas por la falta de correlación entre lo que las normas jurídicas dicen que debe ser y lo que ocurre en la realidad de la vida. (OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001, p. 11, grifo nosso).

[28] **Derecho y Complejidad**. In: CARCOVA, Carlos Mária. **Las Teorias PostPositivistas**. 3 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 263.

[29] TEUBNER e BOURDIEU aludem que o **Direito Reflexivo** surge como resposta aos problemas das sociedades contemporâneas que se caracterizam pelo alto nível de complexidade, tendo como papel estruturar e reestruturar os sistemas sociais semiautônomos, modelando tanto seus procedimentos de discurso interno como seus métodos de coordenação com outros sistemas sociais. BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

[30] NONET y SELZNICK corroboram que o direito responsivo resulta da crise do formalismo legal, e assim evoluciona o direito, emergindo da combinação entre finalismo e participação, que passa a nortear as necessidades e aspirações sociais, voltando-se à efetividade substantiva de suas disposições e à capacidade de solução de problemas sociais. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **O Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

[31] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 45.

[32] KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 31.

[33] HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010, p. 69.

[34] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 35.

[35] Como acima mencionado e aludido em nota de rodapé quanto ao tema e alento. (WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e**

compreender melhor os problemas humanos[36].

O paradigma da simplificação e dos saberes fracionados (redução/separação), retrato de uma família intelectual numerosa e instável[37] cujo auge ocorreu nos anos 70[38], teve colocado em dúvida seu objetivismo e seu rigorismo científico a partir da percepção da desordem que se estabelecia em sua racionalidade. Com isso, os físicos Bohr e Heisenberg apresentaram inovações epistemológicas e experimentais que possuíam visão de mundo similar à mística de outras épocas[39], tendo as demais ciências assimilado tais feitos e questionado o absolutismo da objetividade científica[40].

Tal marco histórico agregado a outros acontecimentos científicos propiciou ao pensamento complexo inserir o homem no processo de conhecimento[41], impulsionando outros modos de construção mental e do real, outras formas mais flexíveis de organizar nossas representações mentais e o diálogo com formas transdisciplinares de racionalizar. O paradigma da complexidade acontece, assim, a partir do diálogo, da vontade de cooperar, do rechaço ao dogmatismo autoritário e a outras formas de dominação[42].

Na contemporaneidade, presta-se atenção à dimensão plenária e universal ao falar de mundos e não de mundo, no qual cada um desses mundos está em plena comunicação com os demais, possuindo ao menos uma imagem dos outros[43]. Os entrecruzamentos, imbricamentos e rupturas destes mundos constituem o paradigma da complexidade que, ao mesmo tempo, separa e associa, concebendo níveis de emergência da realidade sem reduzi-los às unidades elementares e às leis gerais[44].

Este novo paradigma encontra rumos para apresentar uma inovação metodológica[45] que se fortalece na confluência crescente entre disciplinas (sem prescindir de suas especialidades). A interpretação ao aprender-compreender-explicar-gestionar cada fato complexo ocorrerá tal como realmente é e está: composto por fatores históricos-naturais-técnicos, os quais se heterogenizam sem interrupção, em uma medida e outra[46]. Supõe-se ainda que sua natureza se estruture em processo autoorganizativo com diferentes níveis, fazendo com que necessariamente se dê uma explicação unificada dos fenômenos, impondo revisão da razão lógica

---

seus Dois Maridos. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 91 e segs).

[36] MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 5.

[37] SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 35.

[38] El viejo paradigma legitimo el establecimiento de los saberes fraccionados apoyándose, además, en la utilidad que brindaban a la industrialización en sus primeras etapas –necesidad de especialistas-, así como en su expansión hasta los años 1970, aproximadamente. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 16.)

[39] CAPRA, Fritjof. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed.. Malagra: Sirio, 2000, p. 20.

[40] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 54.

[41] WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 173.

[42] Pódese conferir que el paradigma de la complejidad y sus nuevas formas de razonar transdisciplinariamente, requiere asumir muchos otros conceptos y actitudes: requiere, nada menos (ya lo he sugerido), la reforma de nuestras mentalidades, otros modos de construcción mental de lo real, otras formas, más flexibles, de organizar nuestras representaciones mentales, dejándolas abiertas a su posible transformación. En este sentido, cuantos trabajamos en los ámbitos de la transdisciplinariedad, recomendamos (y nos exigimos) la práctica del principio de humildad de tipo socrático. Los científicos transdisciplinarios explicitan constantemente ese principio de maneras archilocuentes (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 37-38).

[43] AUGE, Marc. **Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 1998. P. 123.

[44] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 138.

[45] **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360, p. 354-355.

[46] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 16.

científica, focando a atenção no método transdisciplinar[47], capaz de integrar os diversos contributos[48].

Nesse paradigma, portanto, os fenômenos complexos articulam-se com a transdisciplinaridade[49], com as realidades e os problemas, realizando-se diálogo imprescindível para convivência e complementação entre os saberes[50]. Nesse sentido, a contemporaneidade tende para o conhecimento multidimensional[51] (o conhecimento deve corresponder ao conjunto de complexidades[52]), o qual permite dividir relativamente esses domínios científicos sem prescindir da comunicação que não opera a redução[53]. Revela, portanto, a tentativa de superar a angústia[54] de se renovar frente à tecnociência e à globalização, que alteraram as noções de tempo e espaço, projetando necessidade de novas e melhores estratégias de produção do conhecimento[55].

Assim, a transdisciplinariedade transforma nosso olhar sobre o individual, o cultural e o social, remetendo para a reflexão respeitosa e aberta sobre as culturas do presente e do passado, do Ocidente e do Oriente[56]. O Direito é inserido em tal paradigma, impactando e sendo impactado por outras disciplinas científicas[57], sendo a comunicação com as outras ciências possibilitadora de novas articulações e novos

[47] La transdisciplinariedad es una concepción mucho más reciente. La **propia complejidad del mundo** en que vivimos nos obliga a valorar los fenómenos interconectados. Las actuales situaciones físicas, biológicas, sociales y psicológicas no actúan sino interactúan recíprocamente. La descripción del mundo y de los fenómenos actuales nos exige una nueva forma de valoración desde una perspectiva más amplia, con una nueva forma de pensar que reclama encontrar un nuevo paradigma capaz de interpretar la realidad actual. A esto nos lleva la concepción transdisciplinaria. (MATOSI, Nuria Esther Pérez; QUESADAII, Emilio Setién. **La interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en las ciencias: una mirada a la teoría bibliológico-informativa**. Acimed. 2008;18(4). Disponible en: Dirección electrónica de la contribución.

[48] Tutto ciò richiede di riesaminare le relazioni che intercorrono tra le varie forme del sapere, e quindi il collegamento tra le discipline interessate a tale processo. A riguardo la tendenza odierna è quella di **abbandonare il metodo interdisciplinare**, considerato sempre più un rimedio ai tentativi riduzionisti e al disfacimento dello scientismo, focalizzando l'attenzione sul metodo transdisciplinare ritenuto capace di poter sostenere e integrare i diversi contributi con cui è scrutata la realtà. (**Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, p. 353-360 e p.354-355).

[49] **O que vem a significar o ora termo**: etimologicamente, trans é o que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de todas as disciplinas, remetendo também à idéia de transcendência. O senso comum intui que todas essas inter-relações ocorrem no mundo e na vida. No entanto, uma vez que sempre seremos principiantes na compreensão, na incorporação e na implementação dessas inter-relações, devido à sua imensa complexidade, como levá-las à educação e à pesquisa? É para responder a essa pergunta que, após revisitar, com respeito, rigor e inclusão as epistemologias, os métodos, as noções de valor, de sentido, o conceito de ciência, de pesquisa, de competência, os contextos, as estruturas e dados e percepções a respeito das dimensões internas do ser humano, a Transdisciplinaridade traz sua própria contribuição integradora. (MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 10, grifo nosso).

[50] FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008, p. 60-61.

[51] El hombre no es exclusivamente un conjunto de necesidades, sino también de deseos, que van más allá de las necesidades, y que conciernen a nuestras articulaciones con la belleza y con los sistemas de valores. El ser humano es multidimensional y resulta incomprensible si o se observa todas sus dimensiones integradas-intrincadas. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 139).

[52] Es necesario crear un modo de conocimiento que corresponda a ese conjunto de complejidades, que se transforman a lo largo tiempo histórico (general), y a través de la infinidad de temporalidades características individuales, dentro de la corriente de la irreversibilidad. El conjunto de todo ello se auto-organiza y evoluciona, según sean en cada momento las construcciones mentales que se hagan los individuos, y también según las representaciones del pasado que perduren en su conciencias. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 140.)

[53] MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 177 e 138.

[54] BAUMAN, Zygmund. Tempo e Classe; Lei Global, Ordens Locais. In: **Globalização:** As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; In: **Vidas desperdiciadas**. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidos, 2003.; Emancipação; Individualidade; Tempo-Espaço. In: **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996.

[55] CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T.. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organizacion de las Naciones Unidas para la Educacion, la Ciencia y la Cultura, p. 7.

[56] MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 8-9.

[57] Es así entonces como el Derecho es impactado e impacta a su vez a otras disciplinas que tienen **como objeto al ser humano**, bastará un simple vistazo a la forma como se estructuran las normas e instituciones legales para apreciar así que la Psicología, la Sociología, la

conhecimentos transdisciplinários com finalidade coexistencial[58]. Assim, na medida em que as sociedades complexas passam a ser o motor de transformações de novas realidades, que aportarão por meio do processo judicial no Direito, deste se passa a exigir a conversação com as demais áreas científicas.

Assim é que a complexidade faz com que na contemporaneidade sejam superadas as simplistas aproximações interdisciplinárias[59] (onde cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial[60]) e a mera especialidade e a unicidade das disciplinas, as quais parecem estar muito longe de servir como referência para construção satisfatória da Ciência Jurídica[61]. Portanto, a transdisciplinariedade é a resposta para o paradigma da complexidade, dado que o "conocimiento no sólo se desarrolla verticalmente, hacia lo hondo, sino también horizontalmente, en conexión con otras materias-disciplinas"[62].

Na medida em que "existen fenómenos sociales cuyo estudio sobrepasan los limites de las disciplinas; de tal manera que sus aproximaciones solo pueden ser entendidas através de los contextos transdiciplinarios, los cuales generan nuevos datos que entre si las distintas normas de Derecho"[63], observa-se a estreita vinculação entre a complexidade e o Direito. Nessa medida, a decisão jurídica aparece, conforme já mencionado, como centro de gravidade. A ciência jurídica necessita enfrentar a crise dos antigos paradigmas dominantes (legalista, estadista e positivista), os quais afetam em larga escala todos os ramos do direito[64], dada a necessidade de adaptação à nova proposta de racionalidade oriunda da complexidade global.

4 Decisão jurídica e complexidade

Diante desse quadro de pluralidade e complexidade social que reclama novas e adequadas soluções pelo Direito, cabe a análise de como a função jurisdicional se coaduna com o paradigma da complexidade. Assim, em virtude das ausências (deliberadas ou não) dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento dos mandamentos constitucionais[65] e na regulação das pretensões sociais, o Judiciário (por meio do processo) surge como alternativa para aperfeiçoar o Direito como adequação social.

Assumir que a função jurisdicional é constitucionalmente competente para tal desiderato pressupõe um diferente entendimento acerca da sua legitimidade democrática, transpondo a barreira da democracia

Filosofía, la Economía, la Políticas y hasta la Religión hacen vida disciplinaria y se relación constantemente con la formación del Derecho. (ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012, p. 3, grifo nosso).

[58] **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360, p. 356.

[59] La **complejidad de lo real**, el estudio y la gestión de casi todos los problemas, exigen aproximaciones interdisciplinarias. Contra la fragmentación autárquica de las disciplinas, una nueva concepción de la objetividad científica se expande al iluminar el carácter complementario y no contradictorio de las ciencias experimentales, que crean y manipulan sus objetos, y las ciencias narrativas, que tienen como problema las historias que se construyen creando su propio sentido. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 62, grifo nosso).

[60] Sabemos cada vez mais que as disciplinas se fecham e não se comunicam umas com as outras. Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: "Façamos **interdisciplinaridade**." Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar. (MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 135-136, grifo nosso).

[61] CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 25.

[62] VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 44.

[63] ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012, p. 4.

[64] OST, François. **La thèse de doctorat en droit**: du projet à la soutenance. Disponível em: <http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf>. Acessado em: 21-08-2013. p. 13.

[65] Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado. [...] (daí) a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadorado ordenamento jurídico na sua totalidade, colcoando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 89 e 104).

representativa (em virtude de suas promessas não cumpridas[66]) rumo a novos horizontes. Requer, também, a retirada do véu que liga a vontade geral à vontade legislativa[67], especialmente no que concerne aos países de modernidade tardia, como o Brasil, em que a lei garante a abstração, mas sua ausência de efetividade[68] pelos poderes competentes acaba por esvaziar o sentido de plus normativo[69] do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, em que o Judiciário assume novo papel[70], o processo jurisdicional toma a função de ser o lugar de um novo modo de participação popular, na tentativa de recuperar algum poder de controle social não efetivado pelo voto e pela pressão popular[71]. Dessa maneira, o processo é transformado em instrumento político, adicionando à função de garantia contra o arbítrio[72] a possibilidade de formulação e concretização de direitos[73].

---

[66] [...] a) a primeira promessa descumprida é a de que os regimes democráticos seriam monoliticamente unitários, cujo centro exclusivo de poder estaria concentrado no Estado, sem a existência de quaisquer "corpos intermediários" que pudessem interpor-se entre aquele e os cidadãos individualmente considerados. [...] b) a segunda promessa não cumprida foi a de que o mandato popular conferido aos *representantes políticos da nação* não seria vinculado, mas essencialmente *político*, quer dizer livre, no sentido de que o eleito, a partir de sua investidura, deixaria de representar o eleitor para transformar-se no legítimo representante dos "interesses gerais" da nação. [...] c) A terceira promessa igualmente esquecida pela prática democrática diz respeito à indesejável persistência das oligarquias nas democracias contemporâneas. Quer dizer, a promessa fundamental em que se baseava o modelo rousseauniano 0 para o qual a preservação da liberdade política dos cidadãos decorria de sua sujeição apenas às leis por eles próprios aprovadas e consentidas – perdeu-se ao contato com a realidade histórica (SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 105-107).

[67] El derecho se reduce así a ley: um sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de sua propria cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevolucionario y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático, gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidência entre voluntad legislativa y voluntad general. [...] La verdade incuestionable de que la ley y sólo la ley expresa la voluntad general y, como tal, produce y condiciona toda manifestación de juridicidad aparece así, para el historiador del derecho, cargada de vetas ideológicas; es decir, todo cuanto viene propuesto como verdad se presenta, en um examen más minucioso, más bien como uma pseudoverdad tuteladora en última instancia de los intereses particulares de los titulares del poder (GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 34-42).

[68] [...] é fundamental destacar a importância da efetividade dentro dos pressupostos constitucionais do Estado Democrático de Direito. De acordo com nosso entendimento, ela, a efetividade, compõe um dos elementos integrantes desta concepção de Estado, na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), pois de acordo com Rui Barbosa, a justiça prestada de forma tardia equivale à injustiça qualificada. Neste diapasão, podemos seguramente afirmar que existe o dever constitucional de promover a efetividade do direito quer em nível da função judicial, administrativa ou mesmo legislativa, em todas as esferas do poder: federal, estadual e municipal (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 80).

[69] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 101.

[70] [...] o recente cenário político demonstra uma crise ética sem precedentes na história da nossa sociedade. Como então é possível dar concretude à democratização da sociedade e do Estado mantendo ainda as desigualdades e preservando as clássicas prerrogativas individuais, especialmente de um determinado grupo de indivíduos? Neste momento conturbado da história, é necessário voltar a atenção para outro ator, tão ou mais legítimo do que os outros, inobstante não gozar da falácia da legitimidade popular, consubstanciada no voto, qual seja, o Poder Judiciário (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 103).

[71] CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

[72] Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim *um complexo de garantias mínimas contrao subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir* (CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69, grifo do autor).

[73] Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo (CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95).

Esse processo está ancorado no Estado Democrático de Direito e numa nova visão de democracia, não meramente representativa, mas participativa, em que o cidadão retoma seu protagonismo na concretização dos rumos da sociedade. Darci Guimarães Ribeiro assim situa a legitimidade democrática desse "novo" processo:

> Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas do poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática [...][74].

Assim configurada, a decisão judicial acaba por se tornar mais apta a receber os influxos sociais e amplificar a adequação social por meio do Direito. Nessa esteira, a noção de complexidade e pluralismo jurídico acaba por acarretar maiores poderes ao juiz na criação do direito[75], os quais, conforme já apresentado, possuem legitimidade democrática.

Nesse sentido é que se pode mencionar a possibilidade de um Direito Responsivo, em que a legalidade passa da formalidade (regras para solução de casos individuais) à substancialidade (justiça substantiva). O modelo do direito responsivo representa o Direito como solucionador de problemas a partir de um espírito de autocorreção, cujo início se dá por meio de uma decisão participativa, em que o processo jurisdicional tem grande apelo[76].

5 Conclusão

Conforme apresentado no decorrer do artigo, a partir da complexificação do mundo na contemporaneidade, apresenta-se a necessidade de superar o paradigma científico cunhado na unicidade, proporcionando o surgimento da nova racionalidade. Esta, por sua vez, volta a cientificidade para um conhecimento transdisciplinar considerado mais apto a responder aos questionamentos da atual conjectura.

Diante da proposta delineada frente ao trabalho, a exposição do paradigma da complexidade que invade o Direito delineia a necessidade de novas formas de pensar para que este possa melhor responder as aspirações sociais de concretização das promessas constitucionais e também de novos direitos. Nesse sentido, principalmente em países de modernidade tardia, em que os insucessos da democracia representativa se fazem mais presentes, o Judiciário surge como alternativa para concretização de direitos.

Assim, restou delineado a importância do processo, que se torna instrumento de participação política dos cidadãos em busca de uma sociedade mais justa e igualitária além da resolução individual de conflitos. A criação de direito por meio da decisão judicial envolve também a possibilidade de saberes interdisciplinares, coadunando-se com o paradigma da complexidade com vistas a garantir a adequação social por meio do Direito.

Perpassando a legitimidade democrática oriunda da representação (voto), o Judiciário se fundamenta no seu irrestrito acesso pelos cidadãos, no contraditório, na fundamentação e na publicidade como pilares de sua legitimidade para agir e concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito, além de analisar e se posicionar frente às inevitáveis novas demandas sociais oriundas da complexidade e pluralidade do mundo global.

A conjunção entre a Nova Racionalidade e o Judiciário tem possibilidade de dar mobilidade ao Direito para encarar os desafios dessa nova dinâmica social complexa. Como exemplo, citou-se o modelo do Direito Responsivo, que busca identificar o Direito como solucionador de conflitos e aberto às necessidades sociais. Nesse sentido, o Direito Judicial, principalmente no que tange à questão da prova, é a porta para

---

[74] RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104-105.

[75] MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 72.

[76] NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade:**a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 149-170.

a transdisciplinariedade, momento em que poderá ocorrer o diálogo com outras disciplinas científicas, situando-o definitivamente no paradigma da complexidade.

Referências

ALHO, Ana Maria Gomes da Silva. **Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.

ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012.

AUGE, Marc. **Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 1998.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização:** As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAPRA, Fritjof. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed. Malagra: Sirio, 2000.

CARCOVA, Carlos Mária. **Las Teorias PostPositivistas**. 3ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organizacion de las Naciones Unidas para la Educacion, la Ciencia y la Cultura.

CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988

GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003

HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010.

KARL, Popper R. **Conjecturas y Refutaciones**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LATAUR, Bruno. **Ciência em Ação**. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MATOSI, Nuria Esther Pérez; QUESADAII, Emilio Setién. **La interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en las ciencias: una mirada a la teoría bibliológico-informativa**. Acimed. 2008;18(4). Disponible en: Dirección electrónica de la contribución.

MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo: TRIOM, 2002.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **O Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Ediçoes Afrontamento, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Transdisciplinarità e Dialogo. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360.

VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianopolis: Fundação Boiteux, 2004.

FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NOVOS ATORES SOCIAIS PARA UM NOVO CPC

Paulo Junior Trindade dos Santos[1]

Gabriela Samrsla Möller[2]

Resumo: O Código de Processo Civil apresenta releitura epistêmico constitucional, com uma proposta mais democrática do processo, objetivando colmatar rupturas/valas aprofundadas de um Direito Processual inflexível em que o cidadão restava submisso ao Estado. Nesse contexto, pautada em tendências democratização do processo, o cidadão, como um novo partícipe do jogo processual/social, figura no centro do que vem sendo conhecido como "Fenômeno Conflitológico de Interesses". Para tanto, necessário se faz alterar horizontes na discussão jurídico processual, momento em que exsurge a análise humanista do direito contemporâneo, pautado em um Estado Constitucional fruto de um Estado Democrático de Direito expediente que só será possível se pautada em uma reconfiguração democrática (democracia participativa). Nesses novos meios práticos fruto da constitucionalização do processo o ser e o outro se correlacionam por uma dialética prática que reformula o elemento processual (democracia participativa). A sociedade complexa, nesse sentido, tem por esse ambiente de discussão, local para discussão dos fenômenos conflitológicos de interesses.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Democracia; Processo; Fenômeno Conflitológico de Interesses; Filosofia; Constitucionalização do Direito.

1 - INTRODUÇÃO

Os novos princípios do CPC/15 buscam incorporar em caráter definitivo a conjunção da Democracia e do espírito participativo do cidadão quando, em seu texto normativo, reconhecem no Processo Civil a epistemologia constitucional, deixando explícito esse novo caráter (dialógico) conforme disposto nos artigos 1º a 11º do referido diploma.

A principiologia adotada demonstra uma nova preocupação do Processo Civil quanto a proposição de um novo Processo, baseado no diálogo, no contraditório, na cooperação e na ampla defesa. Busca-se, como nunca, a maturação das perspectivas constitucionais do Direito Processual Civil, pois as regras processuais, aplicadas junto aos princípios, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa do Processo.

Com o art.489, §1º, a jurisdição ocupa importante posição processual, a ser reconhecido ao Juízo especial destaque quanto à obrigação de fundamentar as decisões judiciais. No mesmo sentido, o art.139, ao prever o dever de direção do juiz e suas respectivas prerrogativas junto ao processo, prevê ao lado do mencionado artigo, no art.143 a responsabilização do magistrado nos casos em que proceder com dolo ou fraude, no exercício de suas funções ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providencia que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

O processo busca tornar-se espaço para resolução dos anseios sociais, como espaço Democrático de criação/concretização do Direito, que reconhece no cidadão um sujeito (ativo) para perseguir a pretensão à tutela jurídica. Desse modo, a (re) modelação das partes no processo tem potencial de ressignificar a jurisdição como espaço Democrático. Dessa maneira, inviável falar-se em Estado, Direito e Sociedade sem a referência ao pressuposto social que dá voz a esses poderes, qual seja, o conflito.

Nesse contexto, o Direito nasce da conduta humana da transcendência das manifestações de poder

[1] Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. pjtrindades@hotmail.com.

[2] Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/Cnpq. gabi.moller@hotmail.com.

da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão existencial, que é fruto do *fenômeno social*, o qual incide na formação da experiência. Experiência com sentido de índole histórica, forma que se molda a compreensão do mundo (PALMER, 2002. p. 355). O Direito é *social* e, em um sentido mais profundo, apresenta-se pela *linguagem*.

A Hermenêutica-Fenomenológica (voltada à interpretação) visa a *compreender*, união que possibilita que se interprete e desvele significados, hábitos e práticas do ser humano pela linguagem. A ampla democratização do processo, deve estar fundamentado pelo círculo hermenêutico (interligando compreensão, interpretação e aplicação) para que reste efetivada a mudança apresentada pelo Novo Código de Processo Civil.

A matriz teórica que sustenta essa inseparável relação entre processo, Estado e Constituição é a hermenêutica filosófica , na medida em que esta faz da compreensão, interpretação e aplicação um processo unitário (GADAMER, 1997) e a metodologia jurídica jurisprudencialista (CASTANHEIRAS NEVES), o que permite uma revalorização do caso concreto e o desenvolvimento do processo a partir da teoria monista do ordenamento jurídico.

2 - FILOSOFIA E DIREITO E SUA CONEXÃO COM O PROCESSO

A filosofia do Direito é a disciplina arquitetônica da Ciência do direito. Vale destacar que, antes de tudo a filosofia aproxima-se muito mais da poesia por tratar das metáforas vivas do fenômeno, que da própria ciência, objetificadora de *ismos* e de desejos. "*El ajuste porque la Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia y Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia, y no o la inversa, y sólo cuando la Filosofía reflexiona sobre la ciencia puede obrigarse la esperanza de que el conocimiento filosófico le resulte de algún provecho al científico.*" (COSSIO, 1944. P. 16). A hermenêutica e o direito, juntas, representam que o fenómeno da compreensão e da correta interpretação do compreendido não é somente um problema específico da metodologia e das ciências do espírito. Existe desde antigamente também uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica, mesmo que seu caráter concerna a teoria da ciência que ao comportamento prático do juiz o do sacerdote formados em uma ciência que se põe ao seu serviço. Deste modo, desde a sua origem histórica, o problema da hermenêutica vai mais além das fronteiras impostas pelo conceito do método da ciência moderna. Compreender e interpretar textos não é somente uma instancia científica, senão que pertence com toda a evidência à experiencia humano do mundo (GADAMER, 1999. P.23).

A filosofia do direito é parte da filosofia do homem, e ambas dependem da filosofia do mundo (MIRANDA, 1972.P.62). No que se refere especificamente à filosofia do Direito ela apresenta tarefas em duas vias: de um lado, deve fixar, globalmente, o lugar o qual ocupa a pergunta pela essência e fundamentos do direito no contexto das tendências filosóficas do nosso século; de outro lado, deve pôr à prova e coordenar entre si essas tendências a partir do *lócus (*diferido do *nomos)* filosófico que chamamos Direito (LINDAHL, 1990. P. 8). Por essas perspectivas, apresenta consequências de grande interesse: quer *legislativa*, quer *interpretativa* (FALCÃO, 1997. P.147). Nesse nível, a filosofia do direito deve arrastar consigo o direito existente, quando atrasado relativamente ao movimento da civilização (MIRANDA, 1972. P. 62).

O conflito é o fenômeno que dota o humano – passivo – de humanidade; é um existenciário que movimenta o inerte. Sem o conflito, não seriamos ontologicamente humanos, seríamos ente ora objetificado e ora assujeitado. A tomada de consciência do ser faz com que a exposição dos sentidos por uma vida perceptiva da vida ordinária dote-o de vivencia a partir do existir próprio de cada ocasião. Estamos aí no mundo e não nos é dado conhecer previamente o que virá. Estar-aí é a intersubjetividade circular que supera a dominação exercida pela relação subjetiva/objetiva. O homem é catarse, é conflito, é ser. As formas puras não acompanham a contingência humana e diferente não seria com o que ocorre com o direito.

Transcende assim, o processo de seu próprio conceito, sendo ele, por sua natureza pública, politicamente um espaço de debate democrático e, processualmente, um sistema jurídico no qual convergem situações diversas. Essas situações são os conflitos, que unem as partes em torno de um mesmo núcleo, o objeto processual, que, por sua vez, carrega em si a pretensão processual. O processo, desde a teoria do direito é uma fonte de criação de norma jurídica, a sentença judicial.

O ponto que se cruza a função do legislador e a função do juiz está marcado pelo processo, pelo qual realiza a criação não do direito, senão uma experiencia onde o direito estava fora, por cima da experiencia, flutuando no vazio. (BERNAL, 143.P.17)

A identidade Estatal da democracia por meio dos cidadãos amplamente ativos, "... que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível," (SILVA, 1988. p. 113) tende a "... penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao indivíduo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático." (RIBEIRO, 2010. p. 96.). No qual o ser é figurante apenas como cidadão, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone. Conclui-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica "... *dei nuovi diritti sta proprio un questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di siora degli altri pubblici poteri*." (DENTI, 1988. p. 19)

Por essa abertura democrática que se deve buscar para transformar o evento, o processo constitucional aparece como dialética processual tendo na sua estrutura uma abertura existencial "*In questa concezione, la controvérsia* tra una pretesa e ***un´opposta constazione concretiza la realtà dell´ordinamento quando si organiza giuridicamente nel proceso*** *che, per sua intrínseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e racionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie,* offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la própria tesi, ma anche e soprattutto di ***contraddire lávversario*** in uma lite destinada per expressa richiesta dei disputante ad uma composizione giudiziale. (MORO, 2012. p. 16-17)

O processo é conflito, é discussão, é dialética, é o existir na medida em que posto como processo constitucional. Em uma democracia "La dialettica processuale resulta, pertanto, ***fonte di diritto***; ma la stessa dialettica processuale non permette soltano di addivenire ala definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funziolale anche, e soprattutto, ***ala determinazione della norma dela norma giuridica pre-posta al caso in giudizio*** (tanto da non rappresentare ***il processo negli angusti spazi dallápplicazione della regola pre-esistente al caso controverso***, ***si ritiene, vice-versa, che próprio nel processo, caratterizato dall´incedere dialettico***, non solo si scorga e si individui la norma regilatrice, ma anche che nello stesso processo, ***in grazie alláttività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, oveero creata.***" (MORO, 2012.p.92)

A lei, quando posta numa correlação entre processo e teoria do fato jurídico, expressa-se como elemento anterior aos fatos, o que denota o caráter estático daquela, resposta-reflexo de um mundo *não-mítico* "A lei é autônoma e, não obstante, socialmente contingente. É identificada com a estabilidade e ordem e, não obstante, ela própria muda e reage à evolução histórica. A lei é um imperativo soberano e, não obstante, a expressão de um espírito popular. Sua transcendência quase religiosa se contrapõe à sua temporalidade mundana. Ela corporifica o ideal e, não obstante, constitui um modo da existência presente. Em uma época do mito desabrido, essas irresoluções persistentes, que compõem o verdadeiro repertório do debate jurisprudencial, poderiam ser prontamente resolvidas em realidades variadas e, não obstante, afins. No entanto, essa solução não está explicitamente disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é indisponível. E não só isso: a lei típica uma forma moderna de autoridade racional que rejeita a repartição da vida entre diferentes reinos míticos. Em suma, as persistentes contradições a respeito da lei correspondem a suas dimensões míticas, ainda que estas não possam ser reconhecidas em um mundo não-mítico. (FITZPATRICK,1992. P. 10-11).

3 – A INERENTE RELAÇÃO DO PROCESSO COM O EXISTIR

O Direito erigiu-se junto ao individualismo de maneira que o Processo Civil institucionalizou-se junto ao perfil rígido científico com estratificações que rompem com misticismos e estabelece um mecanicismo para a proteção dos Direitos de um frente ao outro, inclusive frente ao Estado. Nesta fase, o Direito era utilizado por somente 3% da população. Este jeito de dirigir o Direito estimulou uma reflexão jurídica desvinculada da realidade social. O Direito acaba por espelhar um sujeito egoísta e irracional na sua vontade de racionalidade

assídua. A antinomia da autonomia individual e social e a expansão do racional marcou o *Conflito na Modernidade.* Dessa forma, a constituição do Direito Moderno é feita com base no conceito de subjetividade individualista. A perpetuação da visão do sujeito pela ótica da individualidade ocasionava atomização da vida social, que impossibilitava a criação de um Estado para com o exercício da política participativa.

A dialética processual "*apoyase en el contradictorio*" (CALAMANDREI, 1960. P. 157-158), ou seja, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes (PICARDI, 2000. p.143) que foi revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti, Satta* e *Fazzalari*, ambos evidenciaram o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz. Em complemento Fazzalari , alude que os "... arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório (FAZZALARI, 2006. p. 119).

Em outros termos, "há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar. (FAZZALARI, 2000. p.141)

Novas formas de intersubjetivação e subjetivação, manifesta essa multiplicidade em prol de um antagonismo que é politizado por sua capacidade de reflexão unido à potência. Aqui reside a maior crítica ao conceito racionalista do sujeito unitário, encontrado na Filosofia Hermenêutica, sendo ele (por essa análise) um sujeito sem identidade estabelecida.

As estruturas rígidas de um sistema jurídico voltado à produção individualista do Direito e com a sua formação voltada à Democracia Representativa, lhe é repensada frente à Constitucionalização do Direito, que surge como o amanhecer do Estado Constitucional de Direito. Os institutos jurídicos adquirem uma ampliação em sua Hermenêutica interpretativa, fazendo com que os mesmos sejam compreendidos junto ao sistema constitucional como um modelo que perpassa a democracia representativa em busca de um modelo participativo.

As novas posições intersubjetivas fruto do apelo Constitucional, expressadas pelo Direito Constitucional, permearam o Estado Social Democrático, acarretando uma ruptura do individualismo em busca dos elementos de resgate da existência humana, procedimento que propiciou transição da subjetividade individual à intersubjetividade social restando reconhecida, a título de exemplo, a função social da propriedade, expedientes que contribuíram para o tímido nascedouro de um sujeito que transcende a subjetividade individual.

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem.

O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito como regulação implicam que a instância judicial não desconsidere que o Judiciário não pode ser visto apenas como um local de *instrumentalização* do direito. Nesse sentido, os princípios constitucionais atuam no resgate da existência do ser, ao normatizar pressupostos básicos para o reconhecimento da existência. Alicerça-se tal concepção, a partir das premissas de que o processo é um reflexo das concepções dominantes sobre o papel do Estado (DAMASKA, 2002) e que entre Estado e Constituição há uma co-pertença, uma necessária reflexão sobre o processo civil calcada na teoria do Estado Democrático de Direito e na teoria da Constituição que, nos moldes do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, impõem um papel ativo por parte do Estado e, especialmente, do Poder Judiciário, na 'criação' dos direitos fundamentais.

Os estudos contemporâneos de direito processual propõem-se a pensar o processo civil a partir da cultura, o que, efetivamente, tem servido para retirar o processo civil da metodologia própria da primeira metade do século XX, sustentada no fascínio pelas grandes construções conceituais e por uma aparente neutralidade, como refere Vittorio Denti (DENTI, 1971, p. 14). No entanto, o estado atual das reflexões processuais no Brasil, apesar de tomar como base a superação do cientificismo processual, ainda é limitado e insuficiente, pois não leva em conta o papel compromissório e dirigente da Constituição brasileira e o perfil de Estado Democrático, que se configura como um modelo de Estado ativo (DAMASKA, 2002), de modo

que o processo e a jurisdição permanecem incapaz de dar conta de toda a gama de problemas que envolvem a democracia brasileira, principalmente, a carência na 'criação' de direito fundamentais.

E nasce assim o Direito, das necessidades que se insculpem na vida cotidiana do ser e da sociedade por uma gama enorme de desejos e angustias, as quais tem sua fluidez em um contexto que se impõe pré-existentes em um texto, assim passado, futuro e presente misturam-se criando da estáticidade a dinamicidade do jurídico ao homem.

As necessidades humanas são "...um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos." (RIBEIRO, 2013. P.19) perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das Luzes, pois esqueceu-se essa, mais precisamente no tocante a Ciência Positiva do Direito que a irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, assim gerando mutações caóticas no sistema.

As necessidades perpassam o "eu" e chegam colapsar muitas vezes ao "outro", assim chegando a sua externalidade formada pela intersubjetividade que é eliminável se tratando de sociedades, sendo que, estas são sociedades complexas policontexturais. As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, o qual pode ser revelado pelas angustias e desejos humanos.

Com a Filosofia do Direito Hermenêutico-Fenomenológica busca-se a compreensão do Direito, harmonizando o conhecimento com a consciência e com a experimentação da sabedoria, servindo o processo de conexão entre essas duas realidades exclusivas do ser humano. 1) capacidade racional; 2) e sua experimentação real de condutas. Haja vista, que a filosofia do direito perpassa o que se compreende por experiência jurídica, pois ela pode assim a filosofia perpassar o conhecimento do fenômeno jurídico por si.

O ambiente formado pela artificialidade impregnada no Direito em sua inorganicidade demonstra até mesmo na construção de teorias modernas sua preocupação para com sua objetividade que impregna-se em textos que procuram pré-existir aos fenômenos, pois assim cria um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea, contemporânea mas sempre sociedade policontextural.

As atuais tendências do direito processual contemporâneo é que se compõe de estudos sobre a nova dinâmica do direito processual, retirando sua fase instrumental de acordo com as novas tendências constitucionais e políticas, desde o Estado Social de Direito. A qualidade e a eficácia dos operadores jurídicos que fazem parte da administração de justiça e daqueles que são verdadeiramente partes processuais, pende altamente do entendimento e da correta aplicação do direito processual como instrumento complexo que aplica ao direito substancial.

4 – CONFLITO E PROCESSO: A EXISTÊNCIA

A essência do homem não é fixa, porém a natureza do homem tende a uma ordem social. A Dimensão <Fenômeno Conflitológico de Interesses> é a conduta humana em interferência intersubjetiva (COSSIO, 1954.p.233) e faz parte do domínio da esfera ontológica do sujeito que se manifesta através da linguagem dialogal, cujas dinâmicas dão vida aos Fenômenos sociais, afetando diretamente a composição e a decomposição do Direito.

Para a compreensão do fenômeno conflitológico de interesses, necessária ser faz a fenomenologia filosófica, prática que se opõe ao mundo da razão-cartesiana. Deste modo, a fenomenologia interpretativa tenta desenvolver um entendimento voltado à compreensão do ser humano no que tange aos seus compromissos, significados e práticas adquiridos no mundo de que faz parte, restando, nesse contexto, importante os conceitos performativos da Ciência do Direito Processual, junto a uma pré-compreensão (AMADO, 2003.P.18) estabelecida.

O direito, através do processo, possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa, de modo que o fenômeno conflitológico de interesses deve ser visto a partir de uma base social que aceita e resolve o conflito com uma resposta de Direito.

Quando existe uma sociedade complexa, tem-se que os bens sociais são heterogêneos, e não resultam da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. Essas ondulações permitem que o bem social não fique nas mãos de nenhum poder de dominação.

Essa decantação do fenômeno conflitológico de interesses cria uma esfera democrática superior àquela mitologizada e perpetuadora de um controle exercido pelo poder. Estes fenômenos, quando invisíveis, merecem especial atenção, pois estão consagrados junto ao imaginário social e dificultam a apreensão e interpretação do evento. Em um campo social em que o poder está presente em todas as partes a partir dos olhos, importa saber descobri-lo naqueles locais onde se deixa ver menos, onde é ignorado.

A ordem de integração deve conscientizar o ser de sua atuação. Dado que o centro do pensamento discursivo é expresso por um submetimento da realidade a um mecanismo de defesa baseado na exclusão e no domínio expressada pela razão instrumental (WELLMER, 1993. P. 76-77) a ciência natural do homem que tem seu fim na objetivação e sistematização, encontra sua expressão nos processos de racionalização vazia de uma sociedade moderna e que são trazidos para a sociedade pós-moderna, por via da burocracia, do direito formalistíco, de instituições formalizadas na sociedade e nas economias modernas, que expressam as bases de uma sociedade de rendimento.

Assim, resta premente uma releitura democrática (perpassando a democracia representativa), nascedouro da democracia participativa como ferramenta capaz de, pelo Novo Modelo de Processo, dar um maior espaço ao ser, transformando-o em um novo ator social.

Como ferramenta de maturação do desvelar do fenômeno conflitológico de interesse, entender o cerne do conflito é necessário para que se possa conceder a esse fenômeno novos tratamentos na sociedade contemporânea (democracia participativa) – que tem como virtude maior o debate para a reformulação constante dos seus ideários, por meio da Constituição Federal e suas diretivas de Direitos Humanos/Fundamentais.

É nesse contexto que os Fenômenos Conflitológicos de Interesses estão intrinsecamente ligados à natureza do sujeito no tocante ao Ser e o que os diferencia no passar do tempo é a forma e a expressão que ele toma. Assim, a proporção e a expressões dos conflitos acompanharam essa nova realidade, tomando novas formas de expressão, sendo que na pós-modernidade os fenômenos conflitológicos de interesse ganham relevância em razão da <pluralidade social dinamizada e em constante mutação> vivenciada no *plexo* do existir do Ser.

Essa pluralidade de manifestação sócio-cultural é cabalmente observada de uma determinada cultura à outra, o que demonstra a diversidade comportamental do ser, denotando as intensas transformações contextuais sociais. (GUIDDENS, 2005. P. 39). A *hiperconexão*, produto de um complexo processo evolutivo, somente pode ser controlada por meio de modelos que contrasta empírico e pragmático com a realidade posta, ou seja, por uma visão contextual do fenômeno social.

A partir da complexidade, tem-se que não existe um Direito Ideal, mas tão somente um Direito que atenda às circunstancias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstancia imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos. (BRUTAU, 1977.P.20)

O Direito tem capacidade de fabricar a realidade, mas se torna extremamente idealizado ao tratar das relações entre fatos e direito. Para poder operar de maneira adequada, não bastam normas, o Direito necessita construir seus próprios fatos, algo já dado e não meramente recebido. "El derecho es un gran traductor, un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarmos a su propio terreno." (GARCIA, 1992.P.12)

5 – NOVAS PARTES NO PROCESSO

O novo processo aspira *novos atores processuais*, que enaltecem a substância do Processo tendo como fundamento os conflitos sociais que junto ao cenário Jurídico formam uma experiência fenomênica dotada de *iter* jurídico. A função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na dinâmica social, o que legitima a intervenção do Estado na sociedade por via da linguagem. Assim, a máxima do Direito é dar caráter de equilíbrio às relações intersubjetivas que ora se encontram e ora se chocam, a fim de evitar o eco social negativo destas no seio social.

Na atualidade, como bem aponta AROCA, o juiz tem se convertido em aquele que *dirige* o processo, como se essa direção se referisse a o que antes era chamando faculdades processual, conduzindo o processo à sentença. Pela considerada nesse caminho calcado nos pressupostos processuais, entende-se a atuação deste juiz como o necessário para o desenvolvimento das normas, de modo que as partes não se opõem, inclusive, que o juiz controle a realização dos atos conforme o princípio da legalidade.

Esse conjunto de faculdades, lidas em um conjunto, reconhecem que o juiz deberá reconhecer o direito de as partes porem fim ao processo e suspendam a tramitação do processo quando entenderem oportuno, com os limites sublinhados pela lei.

Com a justiça negociada, a verdade ganha novos contornos. TARUFFO, em importante ensaio, aprofunda acerca da Verdade e o Acordo Processual relativo à verdade ou a falsidade dos fatos alegados. Para o autor a eficiência do procedimento e a economia das atividades processuais deveriam ser tidos como compatíveis com a atuação de outros valores inerentes ao processo e à administração da justiça que não são menos importantes e que, portanto, não podem ser sacrificados a priori, como a justiça das decisões judiciais.

Ocorre que esse quadro gerou uma distorção na significação do juiz no processo. O que fora exposto não busca significar que o juiz gestione o processo. AROCA ressalta que a atividade do juiz não consiste em uma administração de empresa, mas na propriedade de poder exercer faculdades de direção formal, sem que com isso influa no que possa ser o resultado do processo. Ora, uma das consequências fundamentais desta nova concepção, assente na necessidade de um procedimento célere, reflete-se na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente dinamicamente ativo na gestão do conflito.

O juiz desse tipo de processo, com cerne na gestão, traduz o aspecto do Juiz Responsivo calcado na política, que não age na busca da Verdade, mas cria um ambiente para que a Verdade seja desvelada, principalmente no que toca à possibilitação de um contraditório amplo e justo, assegurando a defesa da Justiça e das partes "*La función del Juez en la búsqueda de la verdad se cumple cuando compara el resultado de la prueba con los elementos argumentativos de los justiciables. Si hay coincidencia entre el resultado probatorio y el argumento sometido a prueba, entonces habrá alcanzado la verdad; si no tenemos coincidencia, la prueba habrá sido inefi caz. En el primer caso el juez concluye que el argumento coincidente es el verdadero.*" (FLORES, 2004. P. 269-270) Por isso, o contraditório é o espaço mais digno para a decisão ser construída, pois "*la prueba es el medio que permite al juez conocer la verdad*" (FLORES, 2004. P. 269-270) a prova é valorada por um juízo crítico a partir das bases do social naquele tempo histórico "*Así concebido, debo remarcar que el proceso no es nieta a cumplir o lograr sino, en cambio, método para llegar a una nieta. De tal forma, se presenta lógicamente como un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia. Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: el fin justifica los medios. En ci proceso no todo vale.*" (VELLOSO, 2006. P.226).

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração das partes processuais, pois busca concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem das subjetividades. Nesse contexto a jurisdição resta ampliada pelas pluralidades (novos atores sociais), reflexo do Fenômeno Conflitológico de Interesses, onde o fenômeno assume uma relevância mais profunda enquanto o compreender é intenso como um modo ser (próprio do ser humano), superação que pretende mostrar o ser humano em sua existência plena e pela aspiração do Estado Contemporâneo.

O processo como procedimento em contraditório, proposto por Fazzalari, constituiu uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado cliché panteístico da relação jurídica processual, esquema estático

que leva em conta a realidade, mas ao a explica. O contraditório, ***como estrutura dialética do processo***, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ele (o contraditório) existe e se desenvolve, ainda que ao advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional devem no caso concreto, ser emitido ou recusado. (FAZZALARI, 2006.P.5).

O Conflito Intersubjetivo de Interesses, a partir de um conceito amplo, é toda a relação de *oposição* manifestada por atores sociais que se correlacionam por *ações* em contraposição mútua. O Direito manifestado por via do Processo, assim, pode servir tanto para *resolver* como para *expandir* os conflitos. A potência que modifica a resolução do conflito reside na forma como seu desenvolvimento ocorre e como a linguagem liquefaz-se no Processo. A fenomenologia do conflito está presente tanto no que toca à formação da relação intersubjetiva, como na forma como ela será construída quando da decisão judicial.

O resgate do ser no processo pela existência (conflito) como parte ativa, significa reafirmar valores democráticos e caminhar para um sistema mais humano, sendo o processo constitucionalizado o meio efetivo para a reformulação desse Estado democrático de direito.

Os atos reflexos do outro não são captados instantaneamente por via de uma interpretação intelectual, pois inexiste a compreensão intencional do ato do outro, de maneira que subsiste apenas a captação objetiva não contextualizada restando esse ato mal compreendido pelo ser, gerando uma incapacidade pelo diálogo em vista do ato mal compreendido. Nesse contexto, as violências e não violências transformam-se via processo em pretensões dos atores, de maneira que o processo busca elucidar junto ao jogo a verdade fenomênica que se manifesta nos atos causadores do fenômeno conflitológico de interesses individualizados. O campo social deve ser visto como campo de existência e, por sua vez, o método para essa reflexão ser realizada, segundo a hermenêutica fenomenológica, é por via da dialética reflexiva¸ aqui denominada como dialética dialogal, responsável por elevar a existência na composição do ser, propiciando assim o nascedouro de uma nova realidade social em que o coletivo passa a ser evidenciado pelo modelo de participação processual democrática.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil aderiu sentido ao *iter* da compreensão interpretativa na consonância da Hermenêutica Jurídica de caráter filosófico, expressando-se por um <fenômeno> cunhado como <conflitológico de interesses>, em vista de suas características singulares. Na medida em que o mundo Jurídico se torna o mundo do Ser ocorre essa união, em uma sincrônica coabitação. A fenomenologia ao observar o fenômeno pela linguagem e pelo momento que ele é deflagrado, utilizando-se da hermenêutica para uma leitura interpretativa que precede e antecede o momento, com potência de desconstrução, anulando as diversas formações performativas existenciais destoantes.

Quando os conflitos de interesses resolvem-se via Processo, são geradas as grandes revoluções do Direito, (re)formulando e atualizando constantemente a gênese formativa da decisão, pois aspectos sócio-políticos, de interesse público e privado, são postos frente ao Direito via ondulações da sociedade, necessitando para sua resolução de um debate e de reflexão.

Assim, apenas por meio da dialética (reflexão hermenêutica) ocorrerá a autêntica elucidação dos fatos que incidirá no desvelar da resposta processual que atenda de maneira sublimar o fato conflituoso. Para se chegar a essa dialética, o fenômeno conflitológico de interesses necessita de ferramentas adequadas para que o jogo seja estabelecido, ou seja, necessita ao Ser reconhecimento da sua capacidade de reflexão e *ser a ele outorgada a voz necessária para que a interação com o outro supere as vicissitudes existenciais e encontre no diálogo a construção do ser-no-mundo.*

O Novo CPC, assim, na medida em que viabiliza a aproximação humana entre os sujeitos que juntos trabalham para o desvelar do fenômeno conflitológico de interesses, faz nascer a possibilidade da dialética dialogal, a qual, ao final, exporá o resultado proveniente do exórdio ontológico fundamental. Assim, a desconstrução fenomênica posta a uma construção dialética ganha sentido pela reflexão, onde o sentido existencial contido no Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma ressignificação dialogal que torna viável a compreensão hermenêutica no contexto processual a qual é ampliada pela dialética que situa o cidadão como sujeito pró-ativo e colaborativo quando da construção da decisão judicial.

O conflito ocorre quando da relação intersubjetiva, pelo choque da intencionalidade, de maneira que uma sociedade nunca poderá ser harmoniosa, pois ela é composta de Seres e intenções que divergem, postos

que esses Seres possuem suas percepções próprias e visões que se encontram e chocam-se com a do outro.

Frente a um novo cenário Processual, necessária uma nova forma de enxergar o outro sujeito da relação processual, assim como requalificar subjetivamente os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais, por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, demonstrando a importância de um Processo que dê primazia aos sujeitos e ao *diálogo,* como forma de estabelecer uma relação jurídica capaz de transcender a jurisdição e reconhecer um maior grau de humanidade frente ao outro, para que o Processo desvele os dramas que permeiam as realidades fáticas dos novos atores sociais.

O Processo Judicial atual se alicerça principalmente no princípio contraditório. Nele, os advogados é quem determinam os pontos litigiosos do conflito, escolhem (ou negociam, nos termos do art.190) as provas que pretendem produzir e procuram fazer com que a prova se volte a seu favor. Não se busca uma investigação objetiva da verdade, mas sim o desvelamento do conflito a partir da observância do juiz, que atua cuidando se os princípios processuais e constitucionais estão sendo perseguidos e na defesa da normativa processual.

A razão complexa melhor reflexiona um diálogo constante e prolixo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar reformulando e dando novos rumos ao conhecimento científico, neste norte a transdisciplinaridade afirma que há algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim (FAGÚNDEZ, 2008.p.60-61) uma nova realidade.

As revoluções, ou seja, as grandes revoluções que reestruturam o Estado na (re)formulação do direito, passam, com a urbanização da vida e com as complexidades socias, a perder força. A pluralidade, que não é inserida na noção de igualdade e liberdade de forma natural, encontra nas dimanações metamorfósicas do direito o espaço revolucionário em casos fragmentados que coletivizam-se pelo juízo processual que adere um aspecto revolucionário e silencioso; do mesmo modo, encontram espaço no judiciário aqueles aos quais o Estado não efetiva a prestação das garantias constitucionalmente previstas. Essas revoluções consistem na aplicação de um direito constitucionalmente previsto e que asserta as garantias constitucionais a todos, por via de um diálogo. (SATTA, 1973.P.11-12) Esse espaço de debate democrático é formado; local que apresenta um sem número de diferenças e de possibilidade para a vida social-politica. Pelo exposto, observa-se que o conflito é a base de uma democracia e do processo. A verdade é desvelada constantemente a partir das construções democráticas a partir dos fluxos, traduzindo a historicidade. Os conflitos consistem na base das diferenças, necessárias para que a verdade não se objetifique.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual hodierno é o que melhor representa as estruturas sociais dinamadas, algo que era até então junto aos Códigos Processuais impensável, justamente pela redução do processo à certeza da verdade. As teorias ideológicas que lhes permeavam subtraíam as possibilidades de ampliação do direito substantivo, limitando o objeto litigioso ao pré tido como direito, limitando o grande mundo de possibilidades que o Processo é capaz de inserir e um sem números de representações conflituais que lhe eleva à instrumento que não se exaure em um instrumentalismo, mas lhe amplia pelo fenômeno conflitológico de interesses e uma fusão que supera os slogans.

Frente à atual concepção de ciência, distanciada do racionalismo e que adere sentidos incertos do mundo objetivado até então, a noção de Verdade é transmutada. Diz-se transmutada porque não é alterada; o seu sentido filosófico impera, mas a verdade na visão jurídica adere a um sentido calcado em um relativismo que posto ao processo, destoado da autoridade idealizadora da busca, assenta o processo em uma verdade formal desvelada pelas partes por meio de um contraditório desvelador da verdade postas pelas provas, que formam o objeto litigioso. A verdade como não é mais um absoluto, se desvela por uma construção. Conforme dito, as incertezas paradigmáticas e estruturais trazidas pela física quântica e pelo relativismo trouxeram pujantes similitudes aos plasmas sociais, pois a sociedade se faz de interações complexas as interações sociais e seus estudos passam a ter uma relevante importância ao Processo, pois acompanham os movimentos (Ovidio, Metamorfose) sociais mais de perto que causando assim o revés do Direito (Kafka, El Revés del Derecho).

Assim, resta o questionamento "...qual o mágico instrumento que permite aos juristas acreditar que uma norma geral abriga a solução do caso particular. Esse instrumento costuma designar-se por uma palavra que só até certo ponto corresponde, de fato, à realidade: interpretação". (BRUTAU, 1977.P.23)

7- BIBLIOGRAFIA

AMADO, Juan Antonio García. Filosofía Hermenéutica y Derecho. **Revista de Filosofía**, nº 5, 2003.

BRUTAU, José Puig. A Jurisprudencia como Fonte do Dirieto. Porto Alegre: Coleçao AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COSSIO, Carlos. **La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

DENTI, Vittorio. **Giustizia e Partezipazione dei Nuovi Diritti**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FALCÃO, Raimundo Bezarra. **Hermenêutica**. 1° Ed. ***2° Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.***

FAZZALARI, Diffusione del processo e compiti dellla dotrin, nesta revista, 1958, pp. 862 e segs.; apud PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna. São** Leopoldo: Editora Unisinos, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1° ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

FLORES, Antonio Salcedo. La Verdad Procesal. **Alegatos**. N.º 58. México, 2004.

FLORES, Antonio Salcedo. La Verdad Procesal. **Alegatos**. N.º 58. México, 2004.

GADAMER, Hans-George. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed.. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999.

GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. La Imaginación Jurídica. Madrid: Editorial Debate, 1992.

GUIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Porto Alegre: Artmed, 2005.

LINDAHL, Hans. **Iuris Dictio**. Colección Profesores. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo:** Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo:** Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 92.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Democracia Moderna e Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo.** In: AROCA, Juan Montero (org) Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GT02: PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS

O BINARISMO SEXUAL NORMATIVISTA x AS APENADAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE/RS [1]

Priscila Daiane Schütz

Formanda em Direito pela Universidade Feevale.

priscila-schutz@hotmail.com

Henrique Alexander Grazzi Keske

Doutor pelo Programa de Pós Graduação da Universidade do Vale do Sinos – Unisinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade do Vale do Sinos – Unisinos.

henriquek@feevale.br

Resumo: O presente estudo tem por objetivo evidenciar as questões morais e jurídicas que cercam o encarceramento das travestis e transexuais no paradigma binário de gênero, institucionalizado no sistema penitenciário brasileiro. Para isto, é imperioso compreender quem são estas pessoas, objeto deste estudo, bem como, conhecer e entender suas particularidades e impasses vividos em sociedade; ademais, compreender, no que tange sua identidade de gênero, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, partindo desta reflexão, entender e compreender os instrumentos normativos brasileiros que concernem a esta realidade, relacionando-os com a pesquisa de campo e bibliográfica realizada pela pesquisadora no Presídio Central de Porto Alegre/RS. Desta forma, conhecer a realidade vivida no sistema carcerário por estas pessoas, tal como, entender os direitos das travestis e transexuais apenadas em um ambiente de desacordo com sua identidade de gênero.

Palavras-chave: Travestis e Transexuais. Binarismo de Gênero. Cárcere. Identidade de Gênero. Dignidade da Pessoa Humana

1 Introdução

O artigo visa compreende um breve histórico sobre a sexualidade humana, e como ela se dá em suas diversas e distintas formas essenciais e construtivas. Cabe destacar que a transexualidade ainda compõe o quadro de doenças CID – 10, ao contrário do homossexualismo que fora retirado. A transexualidade é entendida e classificada pela medicina como transtorno de personalidade da identidade sexual. Pensar sobre a sexualidade humana é remeter-se aos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. O direito, no que lhe compete, compreende o sexo a partir do seu conceito morfológico/biológico. Diante disso, seguem um comportamento bipartido, em masculino ou feminino; contudo, são diversos os fatores que influenciam e determinam o gênero do indivíduo, não devendo restringir-se apenas às condições biológicas, pois são muitas as variantes que intervêm a determinação do gênero; em especial, a psicológica e psicossocial.

O estudo ainda tem como escopo apresentar o processo de acolhimento das travestis e transexuais no PCPA, por meio de uma visita realizada pela pesquisadora e descritas em forma de diário, com intuito de conhecer a realidade tal como ela é, assumindo um nível exploratório e descritivo. Por conseguinte, a pesquisa não busca narrar tão somente os fatos levantados empiricamente, mas, sim, desenvolver, em caráter interpretativo, a experiência vivenciada durante a visita ao PCPA. Dessa forma, procura-se correlacionar a pesquisa com os pontos explanados no universo teórico da pesquisa em relação às questões jurídicas

[1] Artigo parcial acerca da Monografia intitulada como O Binarismo de Gênero como Instituição Normatizadora: Um estudo jurídico sobre as apenadas travestis e transexuais.

que abrangem o encarceramento das travestis e transexuais dentro do paradigma do binário de gênero no sistema carcerário brasileiro.

A construção da pesquisa permitiu a utilização do método indutivo, partindo de questões particulares para questões mais gerais, e derivando de observações da realidade concreta. A pesquisa bibliográfica, bem como os pontos coletados e observados no PCPA, proporcionou a busca por fatos, cujas causas desejam-se conhecer, com intuito de entender os direitos de personalidade das transexuais dentro do cárcere. Ademais, compreender quem são estes indivíduos encarcerados e no que tangem suas particularidades, a fim de respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2 Sexo e gênero: entre o essencialismo e o construtivismo

Refletir sobre a sexualidade humana é atrelar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. A definição de sexo está restrita ao conceito biológico, conforme compreendido pelo direito, como sendo o sexo jurídico meramente uma forma de ver a sexualidade. A partir do nascimento, a conceituação jurídica de sexo é feita por meio da observação da genitália do recém-nascido, e, dessa forma, os comportamentos seguem um padrão bipartido, em masculino ou feminino. (ARAÚJO, 2000, p. 135).

São inúmeros os fatores que influenciam na determinação do sexo de um indivíduo, não podendo restringir-se apenas às condições biológicas, mas também suas variantes, em especial, a psicológica ou psicossocial. Alguns autores defendem a determinação do sexo baseada apenas em critérios biológicos; contudo, há doutrinadores que alegam que a definição de sexo é uma conjugação de inúmeros fatores. (PERES, 2001, p. 65-66).

Nesse sentido, retrata-se quanto a uma possível concepção de sexo, quando expõe que "um início de possível conceito de sexo é dado pelos psicanalistas que, de modo geral, entendem que o sexo resulta do equilíbrio dinâmico de fatores físicos, psicológicos e sociais". Desta forma não podendo restringir-se apenas a definição morfológica. (OLIVEIRA, 2003, p. 09).

A respeito disso, Choeri explica:

> A determinação do sexo do ser humano abrange diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Num indivíduo tido como normal, há uma perfeita integração de todos os aspectos, tanto de cada um desses fatores isoladamente, como no equilíbrio entre todos eles. Assim, a definição do sexo individual, comumente aceita pelas Ciências Biomédicas e Sociais, resulta, basicamente, da integração de três sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil. (CHOERI, 2004, p. 85-86).

Seguidamente, Sutter descreve em sua obra, que são inúmeros os doutrinadores que interpretam o sexo como "sendo resultante da harmonia de diferentes fatores". Ademais, preceitua quanto ao sexo genético, também denominado de cromossômico, pois utiliza-se do critério cromossômico para sua constituição. De mais a mais, preceitua:

> O processo de diferenciação sexual acontece no momento da fecundação, é nesse momento que o cromossomo sexual "X" presente no óvulo irá se unir com outro cromossomo sexual, que poderá ser "X" ou "Y", presente no espermatozoide. A formação genética "XX" dará origem a um indivíduo do sexo feminino e a formação "XY" ao sexo masculino. (SUTTER, 1993, p. 27-34).

Dessa forma, a definição de sexo genético corresponde às características biológicas, as quais determinam que as fêmeas possuam vagina e machos pênis. Assim sendo, não podendo determinar a identidade de gênero do indivíduo, tampouco, a orientação afetiva/sexual do mesmo. (CARDIN e GOMES, 2016, p. 03).

Dessa forma, a definição de sexo genético corresponde às características biológicas, as quais determinam que as fêmeas possuam vagina e machos pênis. Assim sendo, não podendo determinar a identidade de gênero do indivíduo, tampouco, a orientação afetiva/sexual do mesmo. O sexo somático determina-se por meio das estruturas da genitália interna e externa. Conforme descreve Peres, "a estrutura

interna da genitália é composta pelas vesículas seminais, canais diferentes e próstata; enquanto nas mulheres, aparecem o útero, as trompas de Falópio e o terço interno da vagina". No que condizem às estruturas internas, não estão formadas por completo quando do nascimento, e esse processo de desenvolvimento finalizará com passar dos anos. Quanto às estruturas externas, já são desenvolvidas durante a gestação e, quando do nascimento, estarão desenvolvidas por completo. (PERES, 2001, 71-74).

O sexo jurídico/legal/civil é aquele que consta a partir do registro civil, por intermédio da obtenção da Certidão de Nascimento da criança, passando a ser reconhecido pelo Estado. A determinação do sexo se dá a partir das características biológicas da criança, especificamente, do sexo morfológico, que se entende pela anatomia dos órgãos genitais e pela presença de características secundárias, como pelos, mamas e timbre de voz. (CHOERI, 2004, p. 85).

Nesse seguimento, Vieira preceitua quanto ao sexo de criação como sendo "[...] aquele manifestado pela opinião das pessoas acerca de um determinado indivíduo. Por exemplo, um homem fenotipicamente normal pode passar-se por uma mulher e ser aceito pela sociedade como tal". (VIEIRA, 1996, p. 15-16).

De mais a mais, o sexo de criação ou social está relacionado ao meio em que a criança vive e à forma como os pais atuam em sua criação. Do mesmo modo, o convívio com outras pessoas, como professores ou parentes, pode influenciar na determinação do sexo. De uma forma ampla, a criança é educada de acordo com seu sexo legal, biológico, identificado através da genitália no nascimento. (PERES, 2001, p. 81).

Nesse sentido, a autora refere-se ao caso dos intersexos, que apresentam características de ambos os sexos; no entanto, serão criados de acordo com um deles, eleito pela família; contudo, em determinados casos, o indivíduo pode apresentar uma identidade de gênero diversa a que foi escolhida no nascimento pela família. Dessa forma, será um indivíduo intersexual transexual. (VIEIRA, 1996, p. 17).

O sexo psicossocial resulta na interação de diversos fatores. Nesse contexto, o sexo psicossocial consiste na percepção que a pessoa tem de si, na forma como ela se apresenta e identifica-se como homem ou mulher, determinando sua identidade de gênero. Oliveira ainda explica que "são as reações do indivíduo frente a determinados estímulos, decorrentes do sexo biológico e de fatores culturais, que irão definir seu sexo psicossocial". (OLIVEIRA, 2003, p. 13).

Ademais, o sexo psicossocial prepondera sobre os demais, ocorrendo quando um indivíduo que tenha sexo biológico, de criação e jurídico masculinos; mas é convicto a pertencer ao sexo feminino, exercendo a identidade de gênero diversa, ao que lhe foi denominada. Em outras palavras, Peres explica a complexidade desteprocesso "[...] que envolve a diferenciação sexual do indivíduo. Iniciando-se no momento da fecundação, pela formação do par cromossominal XX ou XY [...] o sexo é, portanto, a resultante da combinação desses diversos fatores. (PERES, 2001, p. 88-89).

Ao finalizar essa abordagem sobre os diversos fatores que influenciam na determinação do sexo do indivíduo, nesse entendimento, é possível delimitar as práticas afetivas e sexuais dos seres humanos, que se subdividem em sexo, orientação afetiva/sexual e gênero. Como já descrito, o sexo biológico é o que diferencia homens e mulheres através de sua genitália no momento do nascimento. (CARDIN e GOMES, 2016, p. 02).

Isto posto, ao que concerne à orientação afetiva sexual é o desejo de um indivíduo pelo outro, sendo do sexo oposto ou do mesmo sexo. Em suas variantes, esse desejo pode ser manifesto por ambos os sexos, por exemplo, o bissexual. Em relação ao gênero, este abrange um conjunto de representações sociais, culturais, econômicas e religiosas, construídas a partir das diferenças biológicas entre homem e mulher. Ademais, Butlerpreceitua"como fenômenos inconscientes e contextuais, o gênero não denota um ser substantivo; mas um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergente. (BUTLER, 2003, p. 29).

Neste sentido, reitera Sanches, quando descreve:

> [...] a palavra gênero nos traduz uma ideia de atribuição social e cultural na definição do sexo, tem definição extremamente complexa, pois o mesmo, ampliado aos fatores externos, essa identidade de gênero é o sentimento doindivíduo quanto ao sexo que possui, o que em alguns casos, pode não

> ser aquele que biologicamente tem no seu registro. (SACHES, 2011, p. 433-434).

Nesse entendimento, explana o Princípio de Yogyakarta:

> Compreendemos a identidade de gênero à profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outra expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (PRINCÍPIO DE YOGYAKARTA).

A imposição por uma normatividade pela sociedade faz com que os indivíduos que não se enquadram nesta dicotomia de sexo e gênero harmônicos sejam tratados de forma distinta, e, em sua maioria, desrespeitada e marginalizada. Para Piazzeta, "se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz a forma com que a sexualidade é vivida". (PIAZZETA, 2001, p. 17).

Estabeleceu-se, portanto, que essa forma de sexualidade, fora dos padrões aceitos pela maioria da sociedade, não são apresentadas como normais. As garantias constitucionais, em suas mais variadas formas, são violadas constantemente. Segundo Safioti, "a violência de gênero (...) não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino". (SAFIOTI, 2007, p. 81-83).

Ainda no entendimento do autor, essa sistematização pautada na heteronormatividade não atinge somente as relações de gênero, mas, sim, a sociedade como um todo, causando um desequilíbrio frente às garantias constitucionais previstas na Constituição Federal. Afinal, cada ser humano é único, esuas particularidades não devem ficar aprisionadas em padrões preestabelecidos e, sim, serem respeitados a partir da singularidade de cada um.(SAFIOTI, 2007, p. 85).

Nesse cenário, é mister colocar em evidência e discorrer sobre a questão da identidade de gênero frente ao encarceramento de transexuais no sistema carcerário, que, por sua essência, é binário, restringindo apenas a adaptação de indivíduos que se enquadram no sistema heteronormativo vigente. Nessa mesma ótica, quando se fala em binarismo no sistema penitenciário, leva-se em conta o sistema penitenciário ocidental, o qual se atrela ao sexo biológico do indivíduo, dividindo-os em homens e mulheres, masculino e feminino. (CAVALCANTE e DIAS, 2011, p. 07).

Sob esse viés, essa separação é, de certa forma, uma limitação, servindo de alicerce para o sistema, sendo considerada uma premissa inquestionável. Nesse sentido, enquadra-se o Brasil, quando se refere aos sistemas ocidentais, como definidor de normas que apenas baseiam-se no critério do sexo anatômico. Esse critério anatômico binário é descrito, como "o sistema de gênero da Europa e dos Estados Unidos é fundamentado nas diferenças anatômicas". (KULICK, 2008, p. 236).

Destarte, configura-se a dificuldade quanto ao encarceramento de transexuais frente ao sistema penitenciário binário, bem como a carência de normas específicas para essas novas sexualidades. Por conseguinte, tem-se que aquilo que não está dentro do padrão heteronormativo, não recebe a devida atenção do nosso ordenamento. Neste segmento, o autor explica:

> A busca pelo corpo apropriado ao gênero não é sinônimo de busca pela heterossexualidade. A cirurgia pode auxiliar na tentativa de minimizarproblemas e conflitos potenciais pela inadequação às normas de gêneros, diante de uma dimensão identitária referente às discussões de gênero, principalmente em ambientes que obriguem explicações sobre o mesmo (BOMFIM, 2009, p. 44).

É fato que os transexuais que tiveram oportunidade de submeter-se a cirurgia de transgenitalização têm maior facilidade em inserir-se no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que isso não signifique uma busca pela heterossexualidade. Consoante, preceitua Bento quando explana que "falar que a experiência transexual retorna ao dimorfismo é supor que todos e todas transexuais têm os mesmos conflitos e as mesmas respostas para a relação entre corpo, subjetividade, sexualidade e identidade de gênero". (BENTO, 2006, p, 228-229).

A Lei de Execução Penal (LEP), número 7.210/84, ratifica a divisão sexual-anatômica no sistema carcerário brasileiro. Compreende-se a segregação pelo sexo nos artigos descritos:

> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009).

Isto posto, os parâmetros binários ficam evidentes e, ao encontro dessa ideia, são ratificados, pela nova redação do art. 82 da Lei 9.460/97 que, em seu primeiro parágrafo afirma que "a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequados à sua condição pessoal". Tal mudança se deu com intuito de acrescentar o direito aos maiores de sessenta anos, bem como as mulheres, pois possuíam, na redação anterior da lei, obviamente de forma separada, sendo encarcerada em local próprio e adequado à sua condição pessoal. (CAVALCANTE e DIAS, 2011, p. 08-09).

De fato, não há dúvidas que mulheres e os maiores de sessenta anos estãogarantidos em um estabelecimento próprio, ficando, dessa forma, evidente a omissão do sistema frente aos travestis e transexuais.Na redação do dispositivo legal, a LEP clarifica quanto às condições de concretização do cárcere, estando estas distantes da realidade brasileira. Outrossim, corrobora-se, de fato, o silêncio na questão dos transexuais e travestis, quando se limita a uma divisão sexual/anatômica, não consubstanciando com os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988. (CAVALCANTE e DIAS, 2011, p. 09).

3 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

Ao confrontar o histórico das prisões com a evolução da humanidade, verificase que algum tipo de punição sempre existiu. O cárcere, desde o seu surgimento, era um local no qual os suspeitos de crimes eram amontoados e, posteriormente, recebiam uma punição, que poderia ser alguma forma de castigo corporal e até pena de morte. As penas eram severas e sempre com intuito de servir como exemplo para todos, sendo aplicadas de forma desumana em frente à população, tornando isso um espetáculo de horror chancelado pelo Estado. (ALMEIDA, 2011).

Até o século XVIII, o local para o encarceramento dos suspeitos por crimes, servia, especialmente, para detê-lo até o pronunciamento da sentença. O principal alvo da repressão penal era o corpo, o qual sofria com a aplicação de castigos que, comumente, resultavam na morte do indivíduo. Costumeiramente, os castigos eram aplicados em praças públicas, utilizando-se do cadafalso (tablado para que, sobre ele, se executassem os condenados), cobertos por um véu negro, demonstrando-se, nesse período, o caráter coercitivo da punição. (FOUCALT, 1999, p. 16).

Nesse paradigma, desvenda-se o significado das chamadas "mil mortes". Não se contentando apenas em matar o criminoso, mas, sim, em relacionar e evidenciar sua gravidade e excesso de rigor, demonstrando, por meio de seu sofrimento, o poderreal violado pelo crime, em toda a sua força e plenitude. Lara ainda explana que "uma só morte não bastava, criou-se um repertório de mortes, uma tecnologia para fazer morrer, de vários modelos e em tempos diversos". (LARA, 1999, p. 22).

No final do século XVIII e início do século XIX, diversas mudanças ocorreram em toda Europa, e o grande cenário de punições físicas excluía o castigo e a sombria encenação de dor. Nessa conversão, unem-se dois processos. De um lado, a extinção do espetáculo punitivo; contudo, o poder sobre o corpo, tampouco deixou de existir totalmente. Em sua obra "O Panóptico", Jeremy Bentham discorre sobre o projeto de Sistema Prisional ideal, que seria um edifício circular, nos quais os apartamentos, também chamados de celas, eram separados, o que, dessa forma, impedia qualquer tipo de comunicação e visualização entre os prisioneiros. (BENTHAM, 2008, p. 20-21).

Conquanto, Foucault diverge sobre o sistema prisional projetado por Jeremy Bentham, e o descreve como "uma espécie de jaula cruel e racional, substituindo os suplícios e castigos físicos pela observação, o poder do olhar, que serviria para diferentes fins, além de prisões." A pena não se concentrava mais na técnica de sofrimento, mas tomou como objetivo a perda de um bem ou de direito. A reprimenda ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX, no sentido que a prisão não seria bastante punitiva, no

qual os detentos têm menos fome, frio e privações, frente a muitos pobres e operários. A pena se dissociaria completamente de uma dor física, e se tornaria um castigo incorporal. (FOUCALT, 1999, p. 18-19).

Dessa forma, com a evolução da sociedade e do sistema punitivo, as penas deixaram de ser um espetáculo sangrento em praça pública, uma vez que surgirampensadores que defendiam que tal brutalidade e sofrimento deveriam ser afastados, visto que a pena de morte imposta não se apoiava em nenhum direito. Nesse fito, Beccaria defendeu a existência de uma proporcionalidade entre as penas e os delitos cometidos e, a partir disso, foram dados os primeiros passos para o surgimento de um sistema prisional com a finalidade de tornar o infrator apto ao retorno ao convívio social, ressocializando-se junto à sociedade. (BECCARIA, 1997, p. 90-91).

A respeito disso, pode-se perceber que os estabelecimentos prisionais tiveram um verdadeiro avanço quanto ao direito de punir. O sistema penitenciário surgiu com objetivo de reabilitar e recuperar os indivíduos em conflito com a lei, e, por fim, as penas desumanas, propiciando, ao apenado, condições de reinserção social, tendo como escopo uma reforma moral e uma preparação do recluso para sua recuperação em sociedade. Segundo Noronha, "os estabelecimentos penitenciários representam a evolução do direito de punir e conter os agressores do crime. A sanção penal percorreu um longo caminho histórico até chegar à condição atual, qual seja a pena privativa de liberdade. (NORONHA, 1999, p. 202).

O conceito de um sistema prisional, no Brasil, surge por meio da Carta Régia promulgada em 8 de julho de 1769, com a construção da casa de Correção da Corte; entretanto, ocorre que, apenas com a determinação da sua edificação pelo Ministro Aureliano de Souza, em 1834, é possível falar em sistema penitenciário no Brasil. No decorrer dos séculos XIX e XX, sucederam-se os principais momentos da história do sistema penitenciário no Brasil, como o início da Casa de Correção (1834/1850) e, posteriormente, sua transformação em Penitenciária Central do Distrito Federal.(ALMEIDA, 2011).

A Constituição de 1824 determinou que os apenados fossem encarcerados separadamente por tipos de crimes e penas, e que as prisões deveriam adaptar-se para que os apenados pudessem trabalhar. Conquanto, já no século XIX surgiu o problema da superlotação, tendo a Cadeia do Rio de Janeiro um número muito superior de presos do que vagas oferecidas. O Código Penal (CP), em 1890, previa que presos de bom comportamento, após cumprirem parte da pena, poderiam sertransferidos para presídios agrícolas; contudo, desde aquela época, visto que existiam poucos presídios, eles abarcavam uma quantidade ínfima destes presos no Brasil. (ALMEIDA, 2011).

Até 1830, o Brasil não possuía um CP próprio, e por ainda ser uma colônia portuguesa, obrigava a se sujeitar às Ordenações Filipinas, que, por meio de seu Livro V, denominava um rol de penas e crimes que seriam aplicados no Brasil. Conforme Noronha, "as Ordenações Filipinas refletiam o direito penal daqueles tempos. O fim era incutir temor pelo castigo". (NORONHA, 1995, p. 54).

As Ordenações Filipinas foram publicadas em 1603 pelo Rei Espanhol de Portugal D. Filipe I, com a União Ibérica (1580-1640), estabelecendo o mais longevo código legal português. Após o fim da União Ibérica, as ordenações foram mantidas, mas apenas acrescidas de outras leis e reformas. No Livro V, as penalidades previstas eram cruéis e infamantes, que eram ainda aplicadas, tanto a homens livres e escravos, sendo que, para estes, as sanções previstas eram mais severas, variando apenas conforme a qualidade do criminoso e da vítima. Com o surgimento do CP, em 1830, foram revogados, em parte, as Ordenações Filipinas, mantendo apenas as penas para crimes mais graves que fossem liderados por escravos, e, para "homens bons", surgiram penas pecuniárias, com caráter mais brando do que para escravos e pobre. (ALMEIDA, 2011).

Inspirado pelas ideias reformistas, como visto anteriormente pelo doutrinador Beccaria, o Estado Imperial Brasileiro inseriu a condenação à pena de prisão com trabalho, objetivando, assim, reprimir e reabilitar o condenado. Esse tipo de tratamento prisional passou a ser visto como modelo normativo de punição moderna, pois se apresentava como disciplinadora das vontades. (BECCARIA, 1997, p. 91).

Como consequência dessa evolução, o sistema, adotado na construção das primeiras unidades prisionais, buscava reproduzir, integral ou parcialmente, o modelo arquitetônico Panóptico, de uma forma híbrida dos sistemas da Filadélfia e Auburn.No sistema da Filadélfia, o preso era primado pelo isolamento, silêncio absoluto, vigilância permanente, orações e penitências, aspirando ao arrependimento, também

incluindo castigos físicos para os casos de descumprimento das regras, além de isolando-os em cela individual. Já no sistema Auburn, a vigilância e o silêncio eram mantidos; contudo, o condenado poderia ter contato com os demais presos. (ALMEIDA, 2011).

4 Diário de campo: experiências vividas e percebidas no presídio central de Porto Alegre/RS

4.1 Metodologia e níveis de pesquisa

A pesquisa teve como escopo apresentar o processo de acolhimento das Travestis e Transexuais no Presídio Central de Porto Alegre, objetivando conhecer a realidade empiricamente observável, tal como ela é, evitando contaminá-la com ideologias e valores da pesquisadora. A pesquisa assumiu nível básico, exploratório, descritivo com a finalidade de proporcionar maiores informações sobre o assunto.

Segundo Gil, "a pesquisa é requerida quando não se dispõe de informação suficiente para responder ao problema, ou então, quando a informação disponível se encontra em tal estado de desordem que não possa ser adequadamente relacionada ao problema". (GIL, 1987, p. 19).

Nesse fito, a pesquisa não busca narrar tão somente os fatos levantados empiricamente, mas, sim, desenvolver, em caráter interpretativo, a experiência vivenciada durante a visita ao PCPA. Dessa forma, procura-se correlacionar a pesquisa com os pontos explanados no universo teórico da pesquisa em relação às questões jurídicas que abrangem o encarceramento das Travestis e Transexuais dentro do paradigma do binário de gênero no sistema carcerário brasileiro.

4.1.1 Método de abordagem e técnicas de pesquisa

A proposta da monografia permitiu a utilização do método indutivo, o qual parte de questões particulares para questões mais gerais, bem como deriva de observações da realidade concreta. A pesquisa foi realizada por meio de uma visita agendada via e-mail (Anexo A) diretamente com o Sargento responsável pela Assessoria de Assuntos Estratégicos do CPPA, e, como técnica de pesquisa, realizou-se uma entrevista com perguntas semiestruturadas, com roteiro de perguntas fechadas pré-estabelecidas (Anexo B), com o Chefe Operacional da Cadeia Pública de Porto Alegre.

Os fatos coletados e observados, bem como a entrevista, foram descritos em forma de diário durante a visita, e a pesquisa se propôs observar fatos, cujas causas deseja-se conhecer, com intuito de entender os direitos de personalidade dos transexuais dentro do cárcere, bem como compreender quem são esses indivíduos encarcerados e no que tangem suas particularidades, a fim de respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

4.2 Experiências vividas e percebidas dentro do Presídio Central de Porto Alegre/RS

Preliminarmente, é imperioso destacar que o objeto inicial da pesquisa, era ter acesso direito aos apenados travestis e transexuais do PCPA, com intuito de conhecer a realidade de fato vivida por estes indivíduos, como relatado por elas mesmas, semintermediação, bem como entender o processo de acolhimento na casa prisional; contudo, a casa prisional informou que para realização da entrevista é necessária uma autorização da SUSEPE, além de que a rotina do presídio não demanda esse tipo de atividade de entrevistas, pois entendem que fragilizaria a segurança no que diz respeito à movimentação destes presos.

Por volta das sete horas da manhã, do dia 05/05/2017 (sexta-feira), me desloco até o ponto de encontro localizado próximo à parada de ônibus da Universidade Feevale, para, juntamente com a turma de Ciências Forenses, pegarmos o ônibus que nos levaria ao PCPA. Essa visitação ocorre todos os semestres para os alunos matriculados nessa disciplina, oportunidade que tive quando a cursei; e, na ocasião, surgiu a ideia de trabalhar com o presente assunto na monografia.

O Presídio Central de Porto Alegre é uma prisão localizada na cidade Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul e situa-se na Avenida Rocio, nº 1100, no bairro Coronel Aparício Borges. Após chegarmos ao presídio na referida manhã, dirigi-me à recepção, por meio da qual efetuei o cadastro e passei pelo detector de metais, juntamente com os demais alunos e visitantes, procedimento padrão para adentar a casa prisional. Fomos recepcionados pelo Tenente e Chefe Operacional, que ministrou uma palestra, utilizando Power Point sobre o PCPA, como forma de apresentação da casa, antes de realizarmos a visita pelas galerias.

A palestra possibilitou-me coletar alguns dados referentes à história do presídio. O PCPA foi construído em 1962, e por meio do Decreto Estadual nº 53.297, de 10 de novembro de 2016, alterou sua denominação, passando a ser chamado de Cadeia Pública de Porto Alegre. A cadeia é composta por nove pavilhões (também chamados de galerias), nomeados com as letras "A" até a letra "J", tendo, em 2014, demolido o pavilhão "C". Cada letra representa uma classificação para os apenados que ali a compõem, como, por exemplo, a galeria dos trabalhadores, dos evangélicos, das facções, dos homossexuais, travestis e transexuais.

A Cadeia Pública de Porto Alegre é o maior presídio do Rio Grande do Sul, com capacidade para 1905 presos; contudo, até a data da visita, a população encarcerada era de, aproximadamente, 4823 apenados, sendo 2900 reclusos a mais do que comportaria, de fato, a cadeia. Por esses motivos supracitados, a cadeia já foi considerada um dos piores presídios do país, em virtude da superlotação e de seupéssimo estado de conservação. O tráfico é a principal porta de entrada para inserção no indivíduo na cadeia, sendo responsável por aproximadamente 45,9% dos crimes.

A galeria que acolhe a população de travestis e transexuais, juntamente com homossexuais, é denominada pela letra "H"; os apenados ocupam o 3º andar desta galeria, sendo os andares 1º e 2º ocupados por presos acusados de crimes sexuais. Logo após a palestra, pude entrevistar o Tenente e Chefe Operacional a fim de colher mais informações sobre os apenados da galeria "H".

Permanecemos na mesma sala em que se realizou a palestra e, na oportunidade, pude realizar a entrevista com perguntas pré-estabelecidas que levei junto ao meu diário. À frente de tudo, apresentei-me ao Tenente e Chefe Operacional, e reiterei os motivos que me levaram a estar ali. Seguidamente, iniciei as perguntas, questionando e fazendo as devidas anotações.

A primeira pergunta realizada foi quando surgiu a galeria específica para homossexuais, travestis e transexuais. Ele respondeu que a galeria surgiu em março de 2012 e que foi designado o 3º andar da galeria "H" como sendo destinado ao acolhimento destes indivíduos, tendo sido inaugurada, de fato, em abril do mesmo ano.

Perguntado em quais condições eram acauteladas as travestis e transexuais antes da instalação da galeria, e ele respondeu que, antes da criação da galeria, as presas eram acauteladas nos demais pavilhões, juntamente com outros presos e, diariamente, eram alvo de violações e humilhações.

Posteriormente, perguntei quem compõe esta galeria e quantas apenadas habitam atualmente neste pavilhão e ele respondeu que, atualmente (até a data da visita), eram 39 apenadas nesta galeria, e, dentre esse número, estão homossexuais, travestis e transexuais.

Questionado sobre se ocorre a realização de algum tipo de triagem quando chegam à cadeia, que os diferencie quanto à identidade de gênero, ou os classifiquem como travestis ou transexuais, ele respondeu que não é feito nenhum tipo de triagem para tal diferenciação, apenas lhe é perguntado sua orientação sexual e se deseja ir para galeria "H".

Referente ao contato dos apenados dessa galeria com os demais presos de outras galerias, respondeu que fazem de tudo para que isso não ocorra, visando não expor e fragilizar a dignidade do preso. Destaca ainda que a escola que funciona 67 dentro do presídio, conhecida como NEEJA, abriu um turno especial à noite para atender exclusivamente às apenadas da galeria "H", devido ao preconceito que sofriam junto aos demais presos. Ainda, quando surge um interesse amoroso em algum apenado de outra galeria, ambos são chamados e demonstram a vontade de conviver perante a direção da cadeia, então, assinam um termo de

compromisso e passam a conviver juntos na galeia "H".

Perguntado quais os direitos dentro da casa prisional, como vestir-se com roupas femininas de acordo com sua identidade de gênero, e se recebem tratamento hormonal, respondeu que podem vestir-se e maquiar-se como desejarem, mas somente dentro da galeria, e quando há necessidade de sair da galeria, devem usar roupas masculinas e sem maquiagem, para evitar transtorno com os demais presos. Quanto ao tratamento hormonal, informou que não recebem nenhum tipo de tratamento hormonal; mas apenas ao ingressar na cadeia, recebem o antirretroviral. Referente à utilização do nome social, respondeu que, podem utilizar o nome social somente dentro da galeria.

Neste sentido, pude vivenciar, durante a visita ao local onde são realizados trabalhos manuais, como pinturas, bonecos, e artigos de marcenarias, que, no local, havia em torno de seis apenados, realizando diversos trabalhos. Entre eles, uma transexual, formada em Artes Plásticas, que estava pintando um retrato de uma família na praia. Na ocasião, o apenado responsável pelos trabalhos, ao referir-se a essa transexual, a chamou por um nome masculino, denominado de A.

Questionado se há atividades específicas para as travestis e os transexuais no âmbito da instituição, e, se sim, quais são. Ele respondeu que realizam a Oficina da Beleza, na qual alunas e professoras do Curso de Estética e Cosmética ministram palestras, oficinas, e demonstrações sobre auto maquiagem, bem como cuidados com os cabelos, técnicas de massagem e postura. Na ocasião, também são entregues doações de itens de beleza as apenadas.

Perguntado quais as informações recebidas por parte da Direção ao ingressar um apenado travesti ou transexual na cadeia, e, qual o índice de reincidência dessa parte dos apenados, ele respondeu que não há nenhum tipo de informação específica ou especial, pois não há distinção quanto aos demais presos; além disso, as informações são as mesmas para todos, sendo encaminhadas a galeria "H", apenas 68 se assim desejarem. Acerca da reincidência, informou que não possui um número exato para estimar, mas que são baixos.

Posteriormente a coleta de informações com o Chefe Operacional, me dirigi, juntamente com os demais colegas, para a visita guiada por alguns setores da cadeia. Recebemos algumas instruções, de como deveríamos nos portar durante a visita, como não conversar com nenhum preso e sempre andar próximo a parede e longe das grades.

Formamos uma fila indiana em duplas e seguimos pelos corredores do presídio, escoltadas por quatro homens armados da brigada militar. Visitamos o projeto Luz no Cárcere, que é destinado a apenados que estão em recuperação de drogadição. Após, fomos para a galeria dos trabalhadores, que estava vazia, pois os apenados que compõe esta galeria estavam exercendo suas atividades rotineiras dentro da cadeia. Por fim, retornamos à parte administrativa do presídio para finalização da visita e, tiramos uma foto na entrada da cadeia, nos dirigimos ao ônibus e retornamos à Universidade Feevale.

Em face do exposto, reitera-se que o objetivo preliminar do estudo era o aceso direto as apenadas da galeria H do PCPA; entretanto, tal possibilidade não foi possível devido à rotina que segue a casa prisional. Sendo assim, buscou-se, por meio da entrevista com o Chefe Operacional, colher e compreender de modo mais claro a realidade dessa população encarcerada em um ambiente de desacordo com sua identidade de gênero, e em consonância com o que prevê a Resolução Conjunta nº 01 de 2014.

5 Conclusão

A Constituição Federal de 1988 antevê a respeito das inúmeras formas de manifestação sexual; entretanto, ainda suprime à questão da transexualidade, assim como em seus direitos inerentes. Nessa seqüência, ante o exposto apurou-se que a sexualidade, tal como a identidade de gênero, deriva de diversos fatores relevantes e determinantes no passar da vida do ser humano. Tais fatores são elementos propulsores para uma vida digna da pessoa em sociedade.

Compreende-se a problemática e a importância do assunto quando se sabe que a legislação brasileira

necessita analisar as possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. Neste seguimento, sabe-se que a vida de uma transexual é demasiadamente conflitiva e angustiante, em especial aos que cumprem pena em presídios masculinos e não tiveram acesso à cirurgia e tratamento para troca de sexo, posto que, quando cirurgiados, o processo de adequação do registro tanto de prenome quanto gênero é mais ágil e simples; entretanto, verificou-se que não se pode exigir que o/a transexual tenha se submetido a cirurgia para ter seu registro civil retificado, visto a complexidade dos riscos que resultam do procedimento.

Neste diapasão, o cenário em que vivem as transexuais no cárcere é bastante conturbado, além da questão do preconceito, necessitam adaptar-se a uma realidade distinta a qual seus valores, forma física e moral são alvos de deboche. Dessa forma, fica demonstrada a necessidade de dar a devida atenção a essa parte da população encarcerada que carece de normas jurídicas que as preservem, sobretudo fisicamente, e não as tornem mais vulneráveis a qualquer tipo de violência por sua identidade de gênero.

Não se pode obstar quanto à implantação das alas LGBTT em alguns presídios masculinos, que surgiram com intuito diminuir os conflitos e violências vividos por parte dos apenados que careciam de um tratamento adequado. As alas são de extrema importância dentro do sistema prisional, e demonstraram-se eficazes frente à diminuição de violência sexual sofrida pelos encarcerados; porém, não se mostraram suficientes para solução de problemas, como preconceito e discriminação.

Por fim, observa-se uma advinda resistência, constatando que apenas uma parcela dos presídios atende as necessidades da população carcerária LGBTT. É imprescindível uma maior atenção do Estado quanto à fiscalização e punição dos presídios que ainda não possuem esta estrutura, que se faz urgente e necessária, a fim de preservar a dignidade e decência dos apenados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gelsom Rozentino. Museu do Cárcere. Ecomuseu Ilha Grande. O Sistema Prisional no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://museucarcereuerj.blogspot.com.br/p/sistema-prisional.html>

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico; Tradução de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2008.

BENTO, Berenice Alves de Melo. A Reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BOMFIM, Patrick Thiago dos Santos. Discriminação e preconceito: identidade, cotidiano e religiosidade de travestis e transexuais. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: < https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/1939>.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho Dde 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. O conceito de identidade e a redesignação sexual. São Paulo: Renovar, 2004.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Das garantias constitucionais e da identidade de gênero. Disponível em: < file:///C:/Users/Priscila/Downloads/0.25977100_1443183338_das_garantias_constitucionais_e_da_ide ntidade_de_genero_%20(2).pdf >.

CAVALCANTE, Murilo Simões; DIAS, Adriana Vieira. O Binarismo- Sexual no sistema carcerário e a questão dos direitos dos travestis e transexuais presos. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compartilhando entre a

autonomia e a intervenção estatal. Anais... Belo Horizonte: CONPEDI, 2011. Disponível em: < http://www.academia.edu/5970329/O_binarismo_sexual_no_sistema_carcer%C3%A1rio_e_a_quest%C3%A3o_dos_direitos_dos_travestis_e_transexuais_presos>.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões; Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

KULICK, Don. Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

LARA, Silvia Hunold. Ordenações Filipinas: Livro V; São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. vol. 2. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara. Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. São Paulo: Renovar, 2001.

PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf >.

SAFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SANCHES, Patricia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In. DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 1993.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996.

O PLURALISMO JURÍDICO – A POSSIBILIDADE DO DIÁLOGO DO SISTEMA CONSUETUDINÁRIO COM O DIREITO PRIVADO DIANTE A NECESSIDADE FUNDAMENTAL NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS

Eugênio Gustavo Horst Martinez

Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), integrante do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC).

Israel Rocha Alves

Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), integrante do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC).

Resumo: A diversidade de costumes e a incompatibilidade destes com o monismo jurídico tem compelido o Estado a utilizar de outras fontes jurídicas não positivadas, tal como o direito consuetudinário, como fonte de garantir a paz social. A diversidade de costumes e a incompatibilidade destes com o monismo jurídico tem compelido o Estado a utilizar de outras fontes jurídicas não positivadas, tal como o direito consuetudinário. Sob o viés do Pluralismo jurídico, na defesa dos direitos humanos, visa a possibilidade de superação do Etnocentrismo, por meio dos estudos antropológicos, com amparo na pesquisa bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, com o objetivo estudar a possibilidade de diálogo entre os novos direitos e o direito privado no intuito de aferir a legitimidade dos atos produzidos pelas populações autóctones bem como a importância fundamental na luta pela demarcação de terras.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Direitos Humanos. Etnocentrismo. Demarcação de Terras. Direito indígena.

Abstract: The diversity of customs and their incompatibility with legal monism has compelled the State to use other non-positive legal sources, such as customary law, as a source of social peace. The diversity of customs and their incompatibility with legal monism has compelled the State to use other non-positive legal sources, such as customary law. Under the bias of legal pluralism, in the defense of human rights, it aims at the possibility of overcoming ethnocentrism, through anthropological studies, with support in bibliographical research, using the deductive method, with the objective to study the possibility of dialogue between the new rights and private law in order to assess the legitimacy of the acts produced by indigenous populations as well as the fundamental importance in the fight for the demarcation of lands.

1 Introdução

A colonização de terras e o consequente subjulgamento dos povos colonizados faz parte das culturas expansionistas imperiais, quer sejam do Ocidente como do Oriente.

As colônias modernizaram-se e tornaram-se Estados, juridicamente independentes entre sí. Nem por isso, com a emancipação das nações apaziguou-se os conflitos dos habitantes com diferentes berços.

O a diversidade de costumes e a incompatibilidade destes com o monismo jurídico tem compelido o Estado a utilizar de outras fontes jurídicas não positivadas, tal como o direito consuetudinário, como fonte de garantir a paz social.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos tem reconhecido e consequentemente positivado em seus diplomas o pluralismo jurídico, visando dar legitimidade para essas soluções jurídicas alternativas.

Todavia, ainda que haja um esforço do legislador em integrar os mais diversos sistema, o Estado tem deixado muito a desejar na proteção dos direitos das populações autóctones.

Delimitando o tema, o presente artigo visa estudar a possibilidade de reconhecer os atos jurídicos empreendidos por essas populações através da delimitação de terras, através de rastros de suas culturas.

De maneira sumária, longe de esgotar o tema, as populações nativas deixam registros de suas áreas de habitação, quer sejam por sinais de sua passagem (interferências no meio ambiente frutos de suas atividades de subsistência), quer sejam por cemitérios indígenas ou eventuais santuários.

Logo, diante possibilidade do reconhecimento jurídico desses marcos, haveria a possibilidade da aplicação do princípio da territorialidade para vigência de determinado ordenamento jurídico, e a mitigação do Estado positivo em determinada área.

1.1 O antigo papel da antropologia na definição de etnocentrismo e reconhecimento de grupos heterogêneos

Por uma questão de didática, antes de estudarmos o objeto do direito, isto é o pluralismo jurídico no caso de demarcação de terras, faz-se imprescindível uma análise dos sujeitos de direito. Quem são as populações autóctones, e como é a ciência que se propôs a estuda-las, para em um primeiro momento conquista-las, e após com a desafiante missão de preserva-las, ou quando o caso, integra-las. Partindo do básico, precisamos compreender a extensão da expressão Etnocentrismo.

Guimarães Rocha (1988) define o Etnocentrismo como "uma visão de mundo onde nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através de dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência".

O renomado autor citado acima, em sua obra, disserta que o grupo do "eu" faz uma visão única possível, natural ou superiora, evidenciando as diferenças, e consequentemente o choque gerador do etnocentrismo. O referido comportamento não é um comportamento exclusivo dos grupos dominadores. Todo o povo ou cultura que critica valores alheios, ou soluções diversas para os mesmos enfrentamentos, adota uma postura etnocêntrica.

Todavia, a postura acima fica pertinente a nossa temática quando o Estado de Direito, adepto do monismo jurídico, admite as suas soluções como únicas e legítimas independente do tipo de população que habite em seu território. Esse Estado etnocêntrico, através de seus valores construídos pela sociedade, tutela e regula as relações de populações que sequer conhecem ou concebem sua existência. Impor a solução Estatal positivada, sem a possibilidade de consulta aos sujeitos de determinado ato é "negar ao outro aque mínimo de autonomia necessária para falar de sí mesmo" (GUIMARÃES, 1988, P.5). Isto é, nos negamos compreender o mínimo da perspectiva alheia.

Em contrapartida existem ideias de contrapartida ao comportamento etnocêntrico, legado de gerações de estudos antropológicos, sendo estas empreitadas pelo movimento relativista. Assis Queiroz e Kümpel (2011) explicam acerca do ponto de vista de tal movimento que toda sociedade, "por intermédio da sua cultura, busca e, até certo ponto, encontra valores. É esse relativismo que distingue, acima de tudo, a abordagem antropológica da cultura das abordagens mais antigas".

No entendimento de Rocha (1988), na Antropologia , busca a superação do etnocentrismo, sendo esta empreitada por uma série de movimentos, das mais diversas dificuldades, e mais diversas perspectivas.
Isso porque a Evolução da antropologia, sob a perspectiva de ciência, está diretamente ligada a compreensão do que pode ser considerado como cultura.

Cada época, cada momento histórico, tinha uma determinada concepção de cultura, sendo tal entendimento empreitado em um momento para servir os interesses e as ideias filosóficas da época, ou

para romper com um determinado padrão. Embora intimamente atrelados a concepção de cultura com a evolução da ciência da antropologia, para fins didáticos, vamos no concentrar na evolução sobre esta, para então com propriedade explorarmos a concepção de cultura (COLAÇO, 2008, p.14). Robert Shirley (1987, p.1), define Antropologia como:

> A Antropologia é uma ciência ao mesmo tempo social e natural; devido ao enorme alcance de sua função - o estudo do homem - é quase um campo sem fronteiras, um mar de conhecimentos. A Antropologia física, uma de suas subdivisões, estuda a genética humana,a fisiologia e a biologia, bem como os parentes evolutivos - os primatas. A arqueologia, outras subdivisões da antropologia, pesquisa a origem e evolução da raça humana, não somente a biológica, mas também a social. A linguística antropológica deriva das línguas não escritas e tem dado contribuições notáveis a psicologia, a história e a natureza do conhecimento humano.

Note que o renomeado autor não esgota o alcance da ferramenta da antropologia jurídica, destacando esta como um oráculo importante ao jurista durante a empreitada da construção e aplicação do pluralismo jurídico como realidade estatal.

No magistério de OLIVEIRA (1998) A Antropologia é o estudo do homem como ser biológico, social e cultural. No entanto, como destaca o autor, não há um consenso entre os antropólogos na sua definição. Como já visto acima, uma ciência com o desafio de compreender o ser humano sobre os diversos prismas, propicia as mais variadas definições.

De outro norte, como faz crer o citado autor, é possível compreendermos a importância da Antropologia para o Direito como a resposta para entendermos o que somos a partir do espelho fornecido pelo "outro". Isso será trabalhado mais tarde pela doutrina mais moderna, em especial a empreitada pelo Prof. Carlos Wolkmer (2015) como Alteridade.

Essa militância atual do direito já era bandeira da antropologia, uma vez que esta socorrendo-se na hermenêutica media os diálogos de grupos heterogênios torna-se igualmente estimulado a compreender o grupo não-heterogêneo, através do desenvolvimento de novos vocabulários comparativos, por cujo meio seria possível expressar estes contrastes (GADAMER, 1998).

Como bem acrescenta Thais Colaço (2008, P.16), "sabe-se. nesse sentido, que a Antropologia volta-se cada vez mais para uma auto reflexão do seu papel político e social, enquanto ciência e crítica cultural". Isso porque segundo a autora, tais parâmetros tem produzido e representado os significados de cultura. Em arremate conclui GEERTZ (2000, p. 88) que "o objeto de pesquisa da antropologia não está mais nas sociedades distantes, intocáveis, 'primitivas' e sim dentro das nossas sociedades".

Logo, compreendemos os longos saltos da evolução da antropologia como ciência social. Tal caminhada tem nos levado a compreender o outro, nos se revestindo como importante ferramenta que nos permite transpor os dogmas culturalmente estabelecidos, para que possamos nos compreender melhor como indivíduo e sociedade.

1.2 Concepção dos povos autóctones como seres criadores de cultura

De maneira histórica as sociedades dominadoras sempre tiveram grandes dificuldades de compreender os povos dominados. Não basta entender apenas os institutos, mas também seu modo de pensar e comunicar.

Para reconhecer se os atos dos povos indígenas como tipos de atos jurídicos capazes de gerar efeitos no plano da eficácia e existência, é necessário apurar se estes são sujeitos de produtores de cultura. Se tratam de manifestações de vontade pré meditadas, ou atos isolados ilustrando o mero instinto. Para iniciarmos, exploremos o conceito de Cultura. Nesta definição repousamos nas palavras de Roque Barros Laraia (2001, p. 14).

> No final do século XVIII e no princípio do seguinte, o termo germânico Kultur era utilizado para simbolizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, enquanto a palavra francesa

> Civilization referia-se principalmente às realizações materiais de um povo. Ambos os termos foram sintetizados por Edward Tylor (1832-1917) no vocábulo inglês Culture, que "tomado em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade".

Nos focando ao objeto de nosso estudo, as populações autóctones, delimitando-se aos nativos primitivos em nosso Estado Brasileiro, verifica-se que a história, por meio do embrião da antropologia, sempre teve dificuldade de retratar uma situação fidedigna desses povos.

Tratados como animais, heróis, silvícolas ou até mesmo como incapazes, o Estado de direito, com base em impressões errôneas, tem vilipendiado os direitos desses povos, quer seja por ignorância, quer seja por interesses econômicos. A cerca do primeiro papel que o índio (GUIMARÃES, 1988), aquele que aparece como "selvagem", "primitivo", "pré-histórico", "antropófago", etc. Isto era para mostrar o quanto os portugueses colonizadores eram "superiores" e "civilizados".

Tal pensamento deriva do movimento evolucionista, dotando a Europa como referência máxima de evolução cultural, presumindo que os demais povos, em sentido único, persigam o mesmo apogeu. Todavia foi um marco importante para o desenvolvimento da antropologia. Neste sentido:

> Assim, num resumo, temos o que foi o evolucionismo como primeiro eixo sistemático de pensamento sobre o "outro" dentro da Antropologia, tivemos também um pequeno quadro do encontro fundamental, em termos da experiência do "eu" e do "outro", que foram os séculos XV, XVI e XVII com seus novos e velhos mundos. Ainda comparamos as duas coisas em termos do que poderiam ter significado. (GUIMARÃES, 1988)

SANTOS (2006) em sua dissertação de Mestrado Citando BOMFIM nos traz a visão da época, sob a perspectiva ocidental, dos índicos, como "criaturas simples, fraternas e boas - filhos diretos da natureza", que caracterizam e implementariam a "Idade de Ouro sobre a Terra". Note que a visão acerca do nativo era o mesmo era assemelhado a um animal, onde em um ambiente imaculado pela sociedade moderna favorecia que o mesmo, guiado por instinto, ostenta-se valores como coragem, pureza, honra, fossem empenhados.

O fato é que os romantistas (composto por autores e poetas da época), ainda que enalteçam as caracteríticas indíginas, não observavam aspectos mais peculiares da sua cultura, e sua interação social. Limitavam-se apenas a falar bem do "bom selvagem" sem entranhar a fundo em suas peculiaridades culturais. Ilustra a citação abaixo:

> O poetas e autores louvaram os feitos heróicos dos tamoios e potiguares, questionando os obstáculos existente nos países da Europa na civilização, opondo-lhes o ideal utópico e a realidade do sonho de realização social e cultural vivida pelos indígenas, em sua simplicidade, liberdade e doçura, dos seus gestos, sentimentos e ações, experimentando um modo de organização social sem poder hierárquico e vertical, sem rei, sem Senado e sem propriedade particular, sem lei e processo formal. (SANTOS, 2006, P.30).

Por fim, o autor destaca que indígenas e os caboclos do novo cenário e paisagens da América, eram felizes, chegaram ao ponto de exaltar e defenderem a superioridade da civilização nativa, elogiando as populações autóctones por seu valor humano e social.

A Antropologia consegue, hoje, ver que sociedades diferentes podem ter concepções da existência tanto diversas entre si quanto igualmente boas para cada uma. Assim, vou poder falar de etnocentrismo e de relativização sem precisar fazer uma "historinha" linear, didática e evolucionista. Vamos, de outra maneira, falar de um jogo – o jogo da Antropologia – onde as jogadas, por mais que possam ter alguma ordem cronológica, têm maior valor pela posição dos jogadores e a criatividade dos lances. (GUIMARÃES, 1988, P.16)

Clastres, em sua obra, ilustra a visão contemporânea da Antropologia :

> Os povos sem escrita não são portanto menos adultos que as sociedades letradas. A sua historia e tão profunda Como a nossa e, a menos que seja por racismo, não ha razão alguma para os julgar incapazes de reflectir na sua própria experiência e de inventar para os seus problemas as soluções

apropriadas. CLASTRES, 1979, P.18.

Com BOAS, suas idéias e seus alunos, a Antropologia se transforma substancialmente. Nesta transformação, que relativiza as já bem estabelecidas noções evolucionistas, as idéias de cultura e história também se modificam. Como vimos, a articulação destas idéias era um dos eixos da forma de pensar o "outro" dentro do evolucionismo. (GUIMARÃES, 1988, P.17).

Portanto a Antropologia, e suas raízes atuais, reconhece a diversidade como fonte de conhecimento, como soluções alternativas aos problemas enfrentados por todos, pautada no respeito a cultura alheia.

1.3 Opressões históricas aos povos indígenas

Em Patagônia, no início do século XX, os barões de lã pagaram caçadores de "índios" objetivando exterminá-los, visto que eles não compreendiam que os carneiros eram propriedade particular. Na Argentina, as campanhas de "pacificação", promovidas pelo Exército, vingaram na região norte – chaco argentino – muito tempo após a I Guerra Mundial. Em Colômbia, no ano de 1972, em um lugar distante da planície, foram assassinados a sangue frio dezesseis "índios". Os mestiços foram presos e julgados, mas "diante do Tribunal de Villavicencio, os culpados confessaram que os 'índios' eram para eles 'animais nocivos' e que ignoravam que fosse proibido matá-los (ALBUQUERQUE, 2003).

Albuquerque (2003) menciona que no Brasil, ainda convive-se, em menor grau, se comparado a década de 50 do século XX. Isso se dá por meio da diminuição da população indígena, através da guerra bacteriológica, através de doenças comuns como a gripe, e de vícios (cigarro, alcool) trazidas pelos "não-índios" para as aldeias, provocando mortes prematuras e muitas vezes suicídios.

O regime militar, de 1964 a 1985 também desferiu seu golpe contra as populações indígenas. O periódico Metro Jornal Rio (2017) discorrendo acerca do livro Os Fuzis e as Flechas do jornalista Rubens Valente deflagra ataques das mais diversas espécies a direitos indígenas.

Não bastasse isso, e o preconceito entre os filhos das classes médias, menosprezar pessoas de poder aquisitivo inferior ao deles, conforme denuncia Albuquerque (2003). Em sinal de advertência, justifica sua posição e ilustra o caso com a notícia que foi objeto de destaque nos veículos nacionais:

> Num destes gestos grotescos, brasilienses justificaram o atear fogo em Galdino, "índio" Pataxó, por pensarem se tratar de um "mendigo". Prática essa perniciosa a qualquer pessoa, independentemente do *status* social que ocupa na sociedade. Cabe ao Estado assegurar aos seus cidadãos os Direitos básicos de existência: moradia, alimentação, vestuário, educação, saúde, lazer, segurança etc. (Albuquerque, 2003, p.170).

O periódico ALERTANET 2017 (2017, p.20), editado Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - na edição de Março, aponta a ausência do interesse público, problema endêmico de toda América Latina.

> ¿Qué hace falta para visibilizar a los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes? Lo primero que se requiere es que haya voluntad política del Estado para que en las estadísticas "censos y encuestas nacionales complementarias" se incluyan preguntas desde un enfoque étnico.

Entre todos esses direitos, o da moradia, assegurado por nossa Constituição Federal (Brasil, 2017) é o que mais corre perigo, e consequentemente, o mais danoso, pondo em risco seu meio de vida dada a sua integração com o bioma. Logo, como grupo étnico minoritário e com pouca repercussão e expressão nos interesses nacionais, os povos indígenas do Brasil, e toda América Latina como um todo, são pressionados pelo desenvolvimento a guerrear por seus direitos sob pena de sucumbir ao sistema.

2 Os atos jurídicos no sistema positivo brasileiro

Para atingir o propósito estabelecido por estes estudos, aplicação do pluralismo como fonte válida de atos jurídicos na demarcação de terras, faz-se necessário que o leitor seja dotado de breve conhecimento de como funciona a ordem jurídica nacional. A Doutrina Civil é a fonte mais adequada para entender os pressupostos de constituição, validade e existência dos atos jurídicos, uma vez que não expressa na legislação Civil.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2017) todo acontecimento natural, ou humano, que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de direitos e obrigações, na órbita do ordenamento jurídico, denomina-se fato jurídico.

Venosa (2015, p.349), em sua obra conceitua em sentido semelhante, "são fatos jurídicos todos os acontecimentos, eventos que, de forma direta ou indireta, acarretam efeitos jurídicos". Caio Mario (2008, p.458), por sua vez, defende que "quando o fato repercute no campo do direito, qualquer que seja sua origem, é que toma o conteúdo e denominação de fato jurídico". Note que os conceitos trazidos pelos ilustres doutrinadores trazem em seu bojo uma infinidade de possibilidade de fatos geradores, uma vez que não condicionam necessariamente o exercício da capacidade para fazer reflexos no mundo jurídico.

Esse é um elemento *sine qua non* para persecução de nossos estudos, uma vez que o código no Art. 4º incube a lei especial regular tal matéria. Neste sentido, podemos extrair da inteligência do código que todo ser humano, capaz ou incapaz é produtor de fatos jurídicos podendo realizar atos jurídicos, voluntários ou não, capazes de repercutir na esfera jurídica.

Gagliano e Pamplona Filho (2017) esclarecem que existem diversas classificações de atos ou fatos jurídicos dependendo de sua origem criadora. Neste diapasão:

> Assim, parte-se dos fatos- ordinários e extraordinários - em que a intervenção humana é inexistente (fatos jurídicos em *stricto sensu*), passando por aquelas situações em que, embora a atuação do homem seja da substância do fato jurídico, não importa para a norma se houve, ou não, manifestação de vontade em pratica-lo (ato-fato jurídico), até chegar, finalmente, nas situações em que se destaca juridicamente a ação da pessoa, seja com consequências jurídicas impostas pela lei e não escolhidas pelas partes (ato jurídico *stricto senso* ou meramente lícito), seja pela regulamentação da autonomia privada (negócio jurídico).

Mas o cerne da questão, que se mostra como ferramenta inteiramente útil, é o fato de que o sujeito independente de capacidade, sob o ponto de vista do Estado de Direito e da ordem pública, é capaz de produzir fatos jurídicos com repercussão jurídica. Não apenas isso, a legislação pátria, como já citado, em harmonia com a doutrina endossa que a ciência desses fatos e suas consequências jurídicas são dispensáveis para reconhecer a produção de seus efeitos em uma ordem estatal.

Neste liame, Silvio de Salvo Venosa (2015) contribui ao delimitar o alcance da vontade, ou falta de vontade, ao explanar que os atos jurídicos, atos humanos ou mesmo jurígenos são aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção premeditada de ocasionar efeitos, quer não. Em classificação mais apurada TARTUCE (2014) apontada trabalha as subespécies de atos jurídicos, sendo a mais interessante para o caso concreto, o ato jurídico em sentido estrito (ou ato jurídico *stricto sensu*) "quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de instituto jurídico próprio para regular direitos e deveres, muito menos composição de vontade entre as partes envolvidas". Por fim, esclarece o autor que no ato jurídico stricto sensu os efeitos da manifestação de vontade estão pré determinados pela lei.

Aplicando ao caso concreto, indaga-se, como conceber os atos jurídicos invonlutários por populações que sequer estão agremiadas ao nosso sistema jurídico. Como poderiam atos jurídicos de povos que detém costumes tão diversos refletirem em nossa esfera jurídica, uma vez que inexistem, em alguns casos, diálogos com nossas legislações infraconstitucionais.

A resposta para tal celeuma opera-se em volta do pluralismo jurídico, cujo desafio é fazer o direito consuetudinário, independente de sua origem, repercutir nas esferas jurídicas do estado positivado bem como das pessoas sob sua subsunção.

2.1 Noções de pluralismo jurídico

Para entendermos de maneira sumária, com a devida vênia, nos amparamos nos estudos de ANTONIO CARLOS WOLKMER, nome referência acerca da referida matéria os quais tornaram-se referência não apenas na academia nacional, mas fonte de doutrina em toda América Latina, com publicações em diversos países.

Inicialmente, obeserva-se que, diante de múltiplos fenômenos de pluralismo legal, torna-se inapropriado e incoerente estabelecer uma única conceituação. Partindo de algum ponto, conceitua-se que ao contrário da concepção unitária, de forma homogênea e centralizadora denominada de "monismo", a formulação teórica e doutrinária adotada pelo do "pluralismo" designa "uma visão comunitarista e interdisciplinar que advoga a supremacia dos fundamentos éticos-sociológicos", elimnando assim a legislação formal do estado, WOLKMER (2015).

Isto é, interpretação primária do pluralismo jurídico é a possibilidade de desafiar o monismo e reconhecer a existência de ordenamentos jurídicos, bem como realidades assimétricas as nossas, com a possibilidade de diversas fontes concorrentes as normas formalmente positivadas.

ALBUQUERQUE (2003) esclarece um pouco a conceituação de monismo, como monopólio do Estado como regulador da ordem jurídica, sendo reconhecida sua eficiência, pois fundamentando-se em valores já internalizados pela sociedade, avaliou que poderia prevalecer e tornar-se hegemônico sobre qualquer outra forma de organização social. Esses princípios não são aqueles com o grau de imperatividade e controle existentes entre os vários grupos sociais heterogêneos da sociedade anterior, mas o que impôs um sistema de coação responsável pela punibilidade devido ao não cumprimento das normas consideradas gerais Em arremate, nesta sucinta introdução ao monismo, a doutrina Kelseniana, justifica o monismo sob o plano da existência e eficácia dos atos jurídicos. Neste sentido:

> Para que uma norma seja uma norma jurídica necessita de validade, efetividade e eficácia. Segundo Hans Kelsen, em "Teoria Pura do Direito", a norma torna-se válida quando passa a existir no ordenamento jurídico, e sua existência está condicionada ao reconhecimento estatal, devendo ser aplicada independentemente de ser justa ou injusta. No caso de uma norma injusta, o aplicador da norma deveria desobedecê-la. Para Óscar Correas, essa idéia de "dever ser" consiste em conceito inócuo, pois o Direito não deve ser buscado no que diz a autoridade, mas no que dizem e agem os destinatários da mensagem da norma jurídica. (ALBUQUERQUE , p.299) apud CORREAS, Óscar. "La teoria general del derecho frente al derecho indígena." Crítica Jurídica – Revista Latinoamerica de Política, Filosofia y Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1995, p. 21.

A importância do Estado, enquanto centralizador político perante a ordem normativa moderna, será fundamental para determinar seu exercício de monopólio da produção de normas jurídicas. Construindo a máxima de que só é direito aquilo que provém do Estado e, nesta lógica, o Direito vira sinônimo de "Direito Estatal". Ou, nas palavras de Assier Andrieu (2000, p. 21), "o direito é encarnado pelo Estado e o Estado supõe o direito"

O pluralismo enquanto concepção "filosófica" se opõe a unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Outro critério valorativo capaz de distinguir o pluralismo enquanto sistema que se opõe ao monismo unificador, taxativa e homogênea é a sua natureza fluida e mutável, com efeitos imediatos centrada na "diversidade" nem a necessidade de submeter-se ao processo de positivação. (WOLKMER, 1992).

Logo o reconhecimento do pluralismo jurídico nada mais é que a aplicação prática do exercício de compreender os outros e suas realidades, respeita-los como fonte de saber, com autonomia suficiente para constituir um sistema jurídico próprio, legítimo, ainda que não proveniente do modelo Kelseniano.

2.2 O pluralismo jurídico brasileiro e a causa Indígena

É fato que o modelo atual de Direito Estatal é dirigido e concebido para regular as relações da sociedade conquistadora com os povos indígenas. E m seguida, concluímos por fim, que este Direito Estatal,

através do monismo jurídico, por si só, pouco tem contribuído para a superação da situação opressora a que tem subjugado estes povos desde a invasão, negando, inclusive, a continuidade existencial desses povos quando subjulgados às políticas econômicas atreladas à efetividade e alcance desse direito. (Lunelli, 2015)

Nesse compasso, sugere-se que a questão da proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas está diretamente ligada ao direito à autodeterminação e respeito à alteridade, porquanto se percebe que a noção de res nullius, como eram tratados, antes de sua "descoberta", por corporações, cientistas e governos, não se enquadra mais numa sociedade plural, caracterizada pela diversidade étnica. (CASTRO, P.34)

ALBUQUERQUE citando LAGO (2003) discorre que a autodeterminação pode ser entendida em um Direito enquanto conjunto de regras, normas e leis reconhecidas socialmente que garantem a determinados povos, segmentos ou grupos sociais o poder de decidir seu próprio modo de ser, viver e organizar-se política, econômica, social e culturalmente, sem serem subjugados ou dominados. Logo, a pedra angular na defesa desses grupos indígenas está alicerçada no Pluralismo Jurídico, permitindo um exercício da sua autonomia, na fomentação das suas prerrogativas. Assim:

> Essa sistematização deve partir da concepção de pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena, que implicou no reconhecimento dos direitos humanos, em respeito à diferença, como tônica da alteridade, e que venha a implicar na autogestão do potencial ecológico de seus territórios e saberes, desvinculando-se de uma eventual dependência do modelo econômico vigente baseado na exploração do conhecimento e da diversidade biológica sem uma preocupação com o desenvolvimento sustentável (CASTRO, 2007, P. 142).

A legislação brasileira deixa a desejar, embora a constituição cidadã (CFRB/88) reconheça por parte do Estado o pluralismo político e auto determinação dos povos, deixa a desejar, pois remete-se ao estatuto do índio (Lei 6001/73), legislação criada durante o regime militar (1964-1985) que dependendo da integração com o meio ambiente os classifica como silvícolas, ignorando a criação de atos jurídicos.

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Diante da evidente lacuna, como assevera Wolkmer (2015), "torna-se imperioso abrir-se uma nova perspectiva antropológica, sociológica e histórica se admitir a natureza jurídica dos sistemas normativos das populações indígenas". Neste sentido, a legitimação e reconhecimento dos institutos por meio da aplicação da teoria do pluralismo jurídico é a vanguarda de defesa das populações indígenas.

2.3 Hermeutica jurídica - aplicação do pluralismo como fonte válida de atos jurídicos involuntários na demarcação de terras

O Direito consuetudinário consiste naquele conjunto de normas de condutas éticas dispostas à observância geral de forma uniforme e contínua, regulando tanto interesses privados como públicos em uma determinada comunidade, pretendendo a sua transmissão para futuras gerações. Toda a sociedade, "índia" e "não índia", possui um Direito consuetudinário desde que se estabeleça e fundamente a conduta de todos os seus membros em um conjunto de normas de observância geral a todos. Essas normas emergem progressivamente e espontaneamente com caracteres jurídicos que se tornam imperativos para o grupo social da qual procedem. (ALBUQUERQUE, 2003)

A legislação especial (Lei 6.001/73) determina no artigo 8º a nulidade dos atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Toda via o parágrafo único do art. 6º do mesmo diploma positiva que "aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei".

Logo pela perspectiva conceitual dos atos jurígenos, terras que comprovadamente foram ocupadas por populações nativas, produzindo cultura por meio de vestígios de seus santuários ou habitação, devem ser conhecidos sob o plano da existência e eficácia (como apregoa o direito comum) possibilitando juridicamente a reinserção de uma população em uma terra não mais tradicionalmente habitada.

Tal possibilidade é de suma relevância, uma vez que a propriedade privada tem pressionado cada vez mais os territórios indígenas, invadindo suas fronteiras naturais de atuação, isto é, as fruídas de fato, não apenas aquela zona limítrofe delimitado pelo Estado de Direito.

O interesse público muitas vezes pode, e de fato, colide com os interesses de determinado povoado, facultando ao estado monista, quando lhe bem convier, deliberar de forma unilateral sobre a vida de determinada comunidade.

A situação ficou muito evidente em 2011, quando Distrito Federal quase destruiu o santuários dos pajés da comunidade Tapuya-Fulni-Ô, devendo a mesma socorrer-se ao judiciário para impedir as ações expropriatórias.

Novamente, o contrapeso à atuação potestativa ou unilateral do Estado é o pluralismo jurídico, que mediante o reconhecimento de atos praticados por determinada população cria efeitos de existência no mundo jurídico, havendo de reconhecer a ordem jurídica ali presente e tolher as ações unilaterais respeitando a territorialidade vigente daquele sistema.

2.4 O reconhecimento dimensional da demarcação de terras como necessidades humanas

Ainda que a demarcação de terras, em um primeiro momento, aparente ser uma necessidade de regular a paz social, de fato consituti uma necessidade muito mais profunda. Isso porque a delimitação da área indígena não visa apenas ilidir ou minimizar ou conflito com fazendeiros ou grileiros.

A preservação das terras, do modo de vida e do bioma configura-se nítida necessidade humana, não apenas dos residentes da área delimitada, como daqueles que indiretamente se beneficiam de um ambiente ecológico equilibrado como um todo. Diante dessa realidade a demarcação das terras, embora não positivada como garantia de primeira dimensão, é notório o reconhecimento e a luta pela sua preservação como condição de direito fundamental.

Souza Filho e Escrivão Junior na melor doutrina de Herrera Flores explicam que "desde a dimensão insituinte e como processo de luta, os diretos humanos como sua dimensão política, sócio histórica, processual, dinâmica, conflitiva, reversível e complexa constituiem-se enquanto práticas que se desenvolvem contidianamente, a todo tempo e em todo lugar".

David Rubio Sanchez (2014), discordando da classificação geracional atribui aos direitos humanos como instâncias de reinvindicativas e demandas mais ou menos institucionalizadas nos espaços de consolidação pela luta e dignidade da pessoa humana.

Wolkmer (2015), na mesma esteira dos doutrinadores acima, exalta que a necessidade é a força que deflagra a criação desses espaços de luta.

Logo, ainda que não seja devidamente positivada como garantia constitucional, por cuidar-se de relevante necessidade de uma minoria da população, e indeiretamente das demais, torna-se imperioso o reconhecimento da necessidade e da luta pela demarcação de terras, devendo o estado assegurar, pelo menos, a criação de espaços eficazes na defesa desses interesses, haja vista a necessidade e o interesse humano na delimitação das mesmas.

3 Conclusão

A construção do presente artigo evidenciou que o ser humano sempre despertou a curiosidade para estudar o diferente. Em um primeiro momento esse sentimento tinha o objetivo de conhecer para subjulgar, e após, com a nova geração de antropologistas, conhecer para se respeitar.

Foi visto que o respeito fora derivado do movimento da relativização, isto é, colocar-se no lugar do outro. Toda vida, em que pese estes estudos sociais serem objeto de grande fonte de pesquisas, a máquina estatal ainda trás a cultura colonial, subjulgando através de sua soberania qualquer um que esteja em sua base territorial.

Evidente que essa cultura monista provê uma série de conflitos, em especial, entre aqueles que se submetem ao modelo de estado Kelsiniano. Toda via, enquanto o Estado afirma deter, em um primeiro momento, de todo monopólio dos atos jurídicos, quer seja pelas convenções particulares de seus cidadãos, quer seja por seus estatutos, existem brechas em seu ordenamento privado que legitimam os atos jurígenos, independente de se submeter pelo processo de positivação.

Os estudos antropológicos acerca do Etnocentrismo contribuiram para explicar e entender o comportamento humano e a construção da cultura segregadora, seja pelo prisma axiológico, jurídico, epistemológico ou social. A construção do individualismo do sujeito amparado pelo estado, tornando-se alheio a necessidade do outro. Tudo revertido em uma opressão histórica em face das populações autóctones (indígenas e quilombolas) que inciava desde o periodo colonial e nos persegue até a contemporaneidade.

O direito privado, por sua vez, ainda que reconheça a existência dos atos jurígenos eventos que de forma direta ou indireta revela-se insuficiente para o patrocínio da causa, uma vez que os atos privados não transcendem de maneira semelhante aos direitos humanos na órbita jurídica, sucumbiendo-se diante da atenção que a matéria demanda.

Por sua vez a hermenêutica tradicional é insuficiente para fazer justiça a essas ordens jurídicas alternativas, podendo o jurista socorrer-se na órbita do pluralismo jurídico como fonte alternativa de criação de direitos e o direito dimensional como forma de assegurar o respeito e reconhecimento das necessidades desse população na qualidade de interesse fundamental humano.

Por essa razão, defende-se que deve ser respeitado o direito dos povos indígenas como produtores de cultura e seus reflexos no mundo jurídico, devendo o Estado estar aberto á um diálogo das fontes, não somente com os instrumentos privados ou positivados que temos a nossa disposição, mas de modo a reconhecer a existência de uma ordem jurídica diversa bem como o alcance territorial que de fato esta exerce, ou exercia.

O fato é que a delimitação de terras é uma reinvindicação histórica, uma necessidade não só daquelas populações habitantes, mas de todos que podem ser afetados de alguma maneira. Diante desse quadro, a demarcação deve ser elevada ao nível de garantia fundamental sob o viés do direito dimensional, devendo o estado, caso não seja efetivo na sua proteção, pelo menos assegurar espaços de luta para aqueles que desejam tutelar o reconhecimento das mesmas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e o direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2003.

ALERTANET 2017 (2017, p.20), editado Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - na edição de Março, disponível em: https://issuu.com/iids/docs/revista_alertanet_2017. Acessado em 14.08.2007.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins

Fontes, 2000.

ASSIS, Olney Queiroz. Manual de antropologia jurídica / Olney Queiroz Assis, Vitor Frederico Kümpel. — São Paulo : Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Brasilia, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasilia, DF: Senado Federal,1973.

CASTRO, Caterine Vasconcelos de. **A proteção do conhecimento tradicional dos povos indígenas sob a concepção do pluralismo jurídico**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. 5 ed. Rio de Janeiro: ESCA, 1990.

COLAÇO, Thais Luzia. **O despertar da antropologia jurídica**. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). Elementos de antropologia jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RÚBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**/David Sánchez Rubio; tradução Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GADAMER, Gerog-Hans. **Verdade e Método**. v. I. Petrópolis: Vozes, 1998

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil: Volume único**/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GEERTZ, Clifford. Os usos da diversidade. In: Nova luz sobre a Antropologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

LARAIA, Roque de Barros**. Cultura: um conceito antropológico**. 20 ed. Rio de Janeiro:ZAHAR, 2006.

LUNELLI, Isabella Cristina**. Pluralismo jurídico no brasil: diálogos entre direito estatal e direito indígena. 2015**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de concentração Teoria, Filosofia e História do Direito.

Metro Jornal Rio - 05 de julho 2017. Disponível em https://www.metrojornal.com.br/cultura/2017/07/05/livro-os-fuzis-e-flechas-aborda-perseguicao-tribos-indigenas-durante-ditadura-militar.html. Acessado em 08 agosto 2017.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. - **Sobre o pensamento antropológico.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. ROCHA, Everaldo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. 5ed, Editora São Paulo, Brasilense, 1988.

SANTOS, Valdoir da Silva. **O multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil**. Dissertação apresentada ao Curso de PósGraduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, (2006)

SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1987.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Fase de introdução e Parte Geral / Flávio Tartuce.** – 10. Ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral / Silvio de Salvo Venosa**. – 15 ed. – São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção de Direito Civil; v.1).

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: o espaço de práticas sociais participativas**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciencias Juridicas, 1992.

_____. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 4ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

PLURALISMO JURÍDICO E DESIGUALDADE DE GÊNERO

Júlio César Lopes

jclopes@unesc.net

RESUMO: A desigualdade de gênero, em especial o enfrentamento, não é atividade singela, uma vez que a sociedade atual ainda é amparada por um pensamento horizontal, patriarcal e colonial. Ou seja, há uma homogeneidade de ideias em um terreno de difícil trânsito. O tema – gênero – é oriundo de fatores históricos relacionados aos movimentos feministas que ao longo de suas lutas tem pugnado contra a negação e exclusão de direitos ante a supostas diferenças, sendo que esta dificuldade traz tensões e reflexões, o que democratiza a discussão. Este trabalho objetiva refletir sobre o pluralismo jurídico como alternativa de discussão ao enfrentamento à desigualdade de gênero. Assim, propõe-se resgatar a compreensão do pluralismo como um caminho para abordar a desigualdade de gênero. Destaca-se que o tipo de pesquisa é bibliográfico com abordagem qualitativa e método dedutivo. Teoricamente, discutir gênero é afrontar uma fictícia superioridade masculina, é buscar respeito aos direitos humanos com participação democrática dos mais diversificados grupos. A vedação ao desrespeito aos direitos humanos relativos ao gênero está devidamente formalizada em legislações internas e externas. No entanto, embora resguardado no campo legislativo, as violações dos direitos humanos – contra mulher, gays, transexuais, etc. -, continuam a persistir. Assim, não basta a legislação, é necessária uma mudança cultural, uma resposta além do campo dogmático-positivo, sendo o pluralismo jurídico uma alternativa ao enfrentamento à desigualdade de gênero, vez que pluralismo jurídico considera as realidades e as mais variadas fontes, como forma de complementar as normas estatais.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Desigualdade de gênero.

ABSTRACT: Gender inequality, especially confrontation, is not a simple activity, since the present society is still supported by a horizontal, patriarchal and colonial thought. That is, there is a homogeneity of ideas in a terrain of difficult transit. The theme - gender - arises from historical factors related to the feminist movements that throughout their struggles have been fighting against the denial and exclusion of rights before the supposed differences, being that this difficulty brings tensions and reflections, which democratizes the discussion. This work aims to reflect on legal pluralism as an alternative to discussing the confrontation with gender inequality. Thus, it is proposed to rescue the understanding of pluralism as a way to address gender inequality. It should be emphasized that the type of research is bibliographical with qualitative approach and deductive method. Theoretically, to discuss gender is to confront a fictitious male superiority, to seek respect for human rights with the democratic participation of the most diverse groups. The prohibition against disrespect for human rights related to gender is duly formalized in internal and external legislation. However, although protected in the legislative field, violations of human rights - against women, gays, transsexuals, etc. -, continue to persist. Thus, legislation is not enough, a cultural change is necessary, a response beyond the dogmatic-positive field, and legal pluralism is an alternative to confronting gender inequality, since legal pluralism considers the realities and the most varied sources, as a form standards.

Keywords: Legal pluralism. Gender inequality.

1 Introdução

Este artigo é bibliográfico/qualitativo com método dedutivo que visa refletir sobre o pluralismo jurídico e a desigualdade de gênero. Tem objetivo refletir sobre o pluralismo jurídico como alternativa de discussão ao enfrentamento à desigualdade de gênero. Serão abordadas questões relacionadas ao gênero,

sexo, desigualdade, democracia, direitos humanos e pluralismo jurídico.

Não é novidade que as mulheres, gays, transexuais, etc. são reiteradamente desrespeitadas e desconsideradas. A questão é saber se o formalismo legislativo estatal tem respondido a esta demanda, afinal, são diversas normas nacionais e internacionais sobre o tema.

De mais a mais, não acessam ou tem maiores barreiras de ascensão social, reforçando a produção e a reprodução das desigualdades de gênero. Necessário então um pensamento relacional, interdisciplinar, intercultural, por caminhos que fogem do alcance ou de uma solução apenas estatal normativa.

Nesta ordem ideias, temos, o pluralismo jurídico, que é pluricultural, emancipador, horizontal, heterogêneo, que é uma opção para a superação ao monismo estatal, que afasta a ideia de que o Estado possui o monopólio da produtividade normativa, como possibilidade de ao enfrentamento à desigualdade de gênero.

2 Gênero e sexo

Preliminarmente cabe ressaltar que divergências ou problemas conceituais são inerentes ao tema, tendo em vista que a mulher em relação ao homem é autora de uma certa rebeldia, justamente por se insurgir com a posição e imposição masculina (BUTLER, 2003). Discutir gênero e sexo não é tarefa a ser compreendida de forma simples, o que faz lembrar os estudos da complexidade de Morin (1991), no sentindo da necessidade de um pensamento que seja complexo e abrangente em contraposição ao senso comum, simplificado (MORIN, 1991) ou segmentado (SCHMITD, 2011).

Cabe rememorar que nenhuma sociedade antiga ou moderna em qualquer lugar do mundo detém a última palavra sobre a verdade ou sobre o correto modo de viver (PANIKKAR, 2004) e a sociedade atual considera um contratempo temas relacionados a discussão de gênero, pois é formada numa consciência e resistência hierárquica, patriarcal e exploradora. O que por certo está na contramão de uma sociedade liberta de estereótipos e discriminações que transbordam para além do campo biológico/sexual (PRÁ; CHERRON, 2014). O processo histórico da sexualidade é analisado de um ponto de vista europeu. A homogeneidade ou coalizão do sexo é discutível, sendo que o próprio significado da palavra sexo não é excludente de outras possibilidades, não havendo, ainda, como diferenciar sexo e gênero (BUTLER, 2003).

Quando se busca compreender a temática gênero/sexo, é prudente observar que enquanto todos os tipos possuem gênero, nem todos possuem uma categorização sexual. Do mesmo modo, grande parte dos termos linguísticos tem gênero, mas o mesmo não se diz sobre o sexo. Dentro desta concepção, os movimentos feministas produziram o termo "gênero" em substituição ao termo "sexo" para defenderem que o modo de agir das mulheres e homens independiam do sexo, mas sim do gênero (PEDRO, 2005). Até mesmo a pluralização do termo mulher é objeto de tensões, pois deixa de atingir outros significados, ou seja, é limitativo – incabível limitação no feminismo (BEAUVOIR, 1973) - e não resolve o problema da representação feminista (BUTLER, 2003).

O uso do gênero, portanto, tem relação histórica atribuída aos movimentos sociais de mulheres, sendo, inclusive, objeto de elucidação do porquê da inferiorização feminina na participação política, mercado de trabalho e direito ao corpo (PEDRO, 2005). Deste modo, enquanto gênero é considerado uma separação ou construção social e cultural (SCOTT, 2005.) o sexo é uma divisão biológica (PEDRO, 2005). Observa-se, outrossim, que há uma limitação binária em masculino e feminino com uma forçosa e obrigatória heterossexualidade, mas as políticas feministas devem desviar do imutável, do limitador (BUTLER, 2003).

3 Desigualdade de gênero

As discussões travadas na atualidade no tocante ao aspecto conceitual de gênero traz a impressão do seu insucesso (BUTLER, 2003). Preconiza-se que o preconceito de gênero é tanto uma exclusão por negação (SCOTT, 2005) como uma exclusão por reprodução (PRÁ; CHERRON, 2014). Também é digno ressaltar que igualdade e diferença pertinente aos direitos individuais e coletivos de gênero são objetos de debates e

defesas de posições diametralmente opostas. Enquanto um lado defende a necessidade de leis que repelem preconceito sexual, outro grupo justifica que as referidas leis possuem inclinação que favorece estes grupos em prejuízo da maioria (SCOTT, 2005).

A genealogia de gênero é considerada instável e de resolução difícil (BUTLER, 2003). Reitera-se, não é questão fácil discutir, tampouco apresentar respostas quando tratamos de temas alusivos à igualdade e diferença pertinente aos direitos individuais e coletivos no tocante a temática de gênero. Mas esta dificuldade é positiva, pois traz mais reflexão para um debate democrático para confrontação da matéria (SCOTT, 2005)

Ainda que o feminismo seja uma luta coletiva dentro um viver singular (BEAUVOIR, 1973), o próprio feminismo ao tentar extinguir as diferenças, de certo modo também produziu diferenças, eis que tomou posição em prol das mulheres. Noutro modo de falar a mesma coisa, o ideal teria sido defender que a diferença de sexo não poderia excluir indivíduos. Por oportuno, ante a dominação política e social dos homens, geralmente as mulheres são tratadas como minoria, o que não corresponde ou resiste sequer às estatísticas (SCOTT, 2005). A propósito, quando se fala em gênero, o sujeito ou sujeitos da política feminista são fundamentais para uma política de inclusão (BUTLER, 2003).

Não restam dúvidas que indivíduos, no campo social, não são iguais. Há uma fantasia de índole liberal de que o indivíduo deve ser abstraído ou generalizado para que haja igualdade legal. Essa ideia é descontextualizada, pois para exaurir com questão da exclusão não se pode desconsiderar indivíduo singularmente, como no caso americano - Plano Filadélfia - que durante a discussão parlamentar chegou-se à conclusão que os brancos seriam tratados e admitidos nas empresas como indivíduos, enquanto os negros como participantes de um grupo (SCOTT, 2005).

Acrescente-se que quando se pretende discutir sobre gênero é necessário atentar para uma ideia da superioridade masculina e heterossexualidade obrigatória (BUTLER, 2003). É preciso salientar que não é passível se cogitar de uma supressão das diferenças, até por que a diferença torna a convivência mais dinâmica e democrática. No particular, deve haver consideração e reconhecimento da diferença, mas sempre associada a justiça social, oportunidade, inclusão e heterogeneidade (SCOTT, 2005).

Diante deste contexto, não restam dúvidas: desigualdade de gênero é um desafio histórico. Não custa enfatizar que nem os princípios da Revolução Francesa, marco da esperança na igualdade, foi suficiente. E de lá para cá, pouco mudou (SCOTT, 2005). Assim, o sexo, no entanto, não é o estabelecido pela biologia e o gênero não deve ser o imposto pela sociedade, pois as pessoas são mais que mera classificação de sexo ou gênero (BUTLER, 2003) e, portanto, devem ser resguardadas de qualquer forma de exclusão ou desigualdade de gênero.

4 Gênero e democracia

Por certo, se temos desigualdade de gênero é porque existem problemas relacionados a uma verdadeira democracia.

O século XX foi o século das discussões sobre a democracia, tendo como principal pauta, inicialmente, o desejo de uma democracia e, posteriormente, o problema da hegemonia e estrutura da democracia, bem como sobre a coexistência da democracia com o capitalismo. Muitos países se autoafirmam democráticos, mas na prática não são, salvo se implementarem mudanças e inclusões de classes. A incompatibilidade entre capitalismo e democracia, quando solucionada em prol da democracia implica em uma barreira à propriedade e consequente conquista social aos grupos mais necessitados (BOAVENTURA, 2002), ou seja, a democracia possui problemas complexos que são tratados de forma minimalista (BOBBIO, 2015). Entender sobre a democratização ou desdemocratização, requer um olhar e um reconhecimento que este é um tema ininterrupto e complexo (TILLY, 2013).

Por conseguinte, temos que a hegemonização da democracia ocasiona perda de qualidade da própria democracia com uma lamentável crise de participação e de representação. Cabe destacar que tivemos num primeiro momento uma instabilidade na estrutura democrática; segundo tivemos o problema da homogeneidade democrática; e, atualmente temos a questão da força da democracia local em relação a democracia nacional como opção ou recuperação democrática (BOAVENTURA, 2002). Outro ponto de

vista é de que quando a economia da sociedade deixa de ser de subsistência para massificação e consumo, o povo, por certo, inevitavelmente passará a ser governado de forma burocrática. Burocracia tanto na atividade pública como na privada (BOBBIO, 2015).

No século XX tivemos uma tensão entre a democracia hegemônica e a democracia representativa elitista, isto é, uma democracia liberal-representativa do norte global, que serviu como parâmetro às demais nações, mas desconsiderou as experiências internas, em especial dos países do sul do globo. Assim, é necessário rever este caminho, com reflexões e resgate do debate de democrático. Por sua vez, os burocratas têm dificuldades de tratar de questões relacionadas aos problemas sociais, o que demonstra que embora a burocracia seja necessária, mas não deixa de depender de uma participação democrática, com ênfase aos interessados. No entanto, quanto maior a sociedade, maior é a dificuldade de o cidadão cobrar uma prestação de contas do seu representante. E mais, fragiliza a representação político-democrática das minorias. Como opção à teoria hegemônica da democracia, se reacende a reflexão sobre a democracia representativa e a democracia participativa, merecendo destaque a dificuldade de grupos de diversidade minoritária frente às elites locais (BOAVENTURA, 2002).

Embora o tempo cause desconfiança e desânimo, a Democracia não é a esperança, mas a causa da esperança (BOBBIO, 2015).

Assim, a democracia deve ganhar espaços internos e externos, nacionais e estrangeiros. Ocorre que o ganho de espaço da democracia também pode levar a sua ruína, pois sua expansão pode significar o enfrentamento de situações inéditas, mas naturais, como novos sistemas de comunicação, devendo se ajustar a atualidade para sobreviver. O comunismo totalitário foi defendido por alguns como opositor da democracia, mas a história demonstrou que foi o totalitarismo que caminhou para expiração. Claro que não significa que as democracias vão bem, mas dão a esperança que a democracia supera a tirania (BOBBIO, 2015).

Quando a democracia não é devidamente compreendida, certamente não será aplicada ou será aplicada com os desvios e estratégias do governante. É necessário conhecer a democracia para poder praticá-la (TILLY, 2013).

Um conceito introdutório e plausível de democracia define-se como regime amparado em um "conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados" (BOBBIO, 2015, pág. 27). Há um entendimento mais tradicional que entende a democracia é o "governo das leis". De outro lado, um Estado tirano se vale do poder, enquanto um Estado democrático se ampara no direito, via leis que amparam tanto o povo, quanto limitam o governo. Porém estás leis, em última instância, devem ser aplicadas e dirigida pelos seus legitimados representantes, que é povo. Ainda temos que considerar que o liberalismo e a democracia vislumbram as pessoas de forma contrária. Enquanto o liberalismo separa o indivíduo e coloca num mundo de disputas, a democracia tenta uni-los, ainda que formalmente ou de forma fictícia, para que sobrevivam e solucionem divergências coletivamente. Quando se fala em futuro da democracia é importante lembrar que tanto Hegel quanto Max Weber são ferrenhos críticos sobre questionamentos do futuro. Conforme os referidos pensadores, falar do futuro é para profetas, uma vez que o futuro depende de inúmeras e excessivas circunstâncias, tanto que a maioria das previsões pelos que ousaram fazê-las restaram equivocadas. Do mesmo modo que foi respondido por Hegel e Weber, descrever o amanhã da democracia possui uma resposta negativa. O máximo que se pode fazer é analisar a democracia do passado e a atual (BOBBIO, 2015).

Há situações que demonstram que há uma democracia, como a participação e oportunidade do povo sobre o que seja necessário para solucionar as suas demandas, o voto igual para todos, a informação sobre as possibilidades e alternativas políticas e, por fim, a participação da inclusão e decisão sobre os temas da agenda política (DAHL, 1998).

Do ponto de vista substancial, também é possível analisar se de fato há uma democracia. A propósito, um país que respeita e investe em liberdade, justiça, segurança e pacificação de disputas, tende a ser aceito como democrático. Ausência de uma verdadeira disputa eleitoral e ausência de número representativo das mais diversas opiniões é um parâmetro que os pesquisadores chamam de definições procedimentais, isto é, uma forma de medir se há ou não democracia. Para entender qual regime é ou não democrático é importante uma análise não apenas sob o aspecto temporal, mas é prudente que haja comparação de regimes, que haja

uma análise específica e ao longo do tempo para constatar se o regime de fato se tornou democrático ou antidemocrático (TILLY, 2013).

Claro que há um desinteresse em investimentos para educação cidadã, pois teoricamente o povo com educação tende a eleger pessoas mais capacitadas e honestas. Essa ideia decorre de um acreditar na bondade humana, que é uma ilusória expectativa, pois o povo, do ponto de vista econômico, tende a dar maior valor ao individual em face do coletivo, o que pode ser repetido no campo político, tornando o voto moeda de troca para simples interesses particulares. Ainda que a democracia mundo a fora não esteja bem, não podemos afirmar que sucumbirá, mas apenas que está em transformação e possui proatividade, diferente dos regimes tirânicos, que são inflexíveis e estagnado (BOBBIO, 2015).

Por todo visto, é necessário pensar uma nova perspectiva, que se distancie do simples formalismo e que de busque por mais dignidade à vida de todas as pessoas e que tenha democracia como paradigma (FLORES, 2009). Assim, as desigualdades de gênero também estão vinculadas a questão democrática, pois são consequências de uma democracia precária e insuficiente, que coloca a mulher, gays e transexuais numa situação de pessoas de segunda classe, inferiorizadas diante o sexo masculino.

5 Gênero e direitos humanos

Ante as limitações impostas aos direitos humanos pelo liberalismo ao longo da história, é necessária uma nova abordagem que priorize a objetividade e a práxis. Os direitos humanos necessitam ser libertados das ideias capitalistas e de globalização para que possam de fato servirem de roteiro às privações humanas, desde já destacando que embora se reconheça a importância do direito já positivado, os direitos humanos não podem ser reduzidos apenas as normas. As normatizações são meios que contribuem ao alcance dos direitos. No entanto, não são apartidárias, sendo necessário que operadores considere este fato, bem como analise do ponto de vista das multiplicidades sociais, usando, se necessário, caminhos alternativos, embasados, por exemplo, nos movimentos sociais, entes não governamentais, sindicatos, etc. Ou seja, embora reiteradamente repetido, os direitos humanos não podem ser confundidos tão somente com as legislações (FLORES, 2009).

O desrespeito aos direitos humanos não é privilégio de locais específicos, pois são desrespeitados e "pisoteados" em todas as partes do mundo. Nenhum grupo ou pessoa pode se colocar como representante de humanidade, nem como quem pode solucionar os seus problemas. É necessária a participação e decisão dos mais variados grupos, uma participação intercultural (PANIKKAR, 2004).

Há posicionamentos convencionais sobre os direitos humanos, sendo de um lado os direitos humanos como forma de doutrinar sem materializar e na outra ponta o posicionamento fantasioso de que os direitos humanos servirão de vingança dos excluídos em face dos burgueses. Porém nenhum e nem outro caminho é o que devemos seguir. Estes posicionamentos convencionais não são adequados. Deve-se buscar novos olhares, não apenas a simples visão de direitos humanos tradicional. É necessário entender os direitos humanos não só como uma garantia, mas como efetivo meio para sanar desigualdades, privilégios e dominação humana. Os direitos humanos são objetos de grandes embates da atualidade, merecendo destaque a atuação internacional de diversos entes. Entretanto, o que vemos é o ataque a direitos consagrados, como os sociais, que são duramente criticados e considerados um custo, ou seja, há apenas uma preocupação monetária, sem considerar a saúde ou vida das pessoas (FLORES, 2009).

É de se questionar: afinal, o que são direitos humanos? No dizer de André de Carvalho Ramos (2012, p. 31), "[...] os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade [...]". Há uma popularização discursiva que todos possuem vários direitos, que é um pensamento reducionista e frustrante, pois, ainda que haja formalmente uma estrutura de direitos, o que se vê na prática, é uma imensa distância do ideal frente ao real, isto é, grande parte das pessoas não tem acesso. Direitos são muito mais do que ter direitos. É necessário que sejam concedidos meios de tangibilidade social. E este alcance passa por processos de confrontos, de busca por exequibilidade (FLORES, 2009).

Para Trindade (1997), os direitos humanos são intrínsecos aos seres humanos, sendo antecessor de

qualquer direito, merecendo proteção não só no âmbito estatal. Embora tenha havido avanços consideráveis no enfrentamento, as violações dos direitos humanos, em especial no campo legislativo, com ampla normatização nacional e internacional, as transgressões a esses direitos permanecem e requerem atenção e agilidade para superação.

As desigualdades de gênero também estão associadas as desigualdades sociais, oriundas das práticas efetivas das políticas omissivas, restritivas e insuficientes para atender as demandas de gênero. Essa desigualdade – que inclui gênero - é o que Boaventura de Souza Santos (2009) chama de injustiça social, que é oriunda de uma injustiça histórica, que concretamente coloca a mulher, gays, transexuais, etc., em desvantagem perante o sexo masculino.

Os direitos humanos devem ser vistos sob uma nova perspectiva, que se afaste da mera formalidade abstrata e que se aproxime e tenha pretensão de busca por mais dignidade à vida. Com estas considerações, os direitos humanos não podem ser compreendidos e modelados pela economia e a política. Ao contrário, deve ter a democracia e a justiça como paradigmas (FLORES, 2009).

Embora não seja fácil, não há que se falar em justiça sem redistribuição e reconhecimento, mas ambos de forma conjunta ou integrada, ou seja, com igualdade social e respeito às diferenças. Sobre o tema, é inafastável relacionar moralidade e ética. Parte considerável da filosofia entende que a justiça da redistribuição é relacionada a moral (Kant), enquanto o reconhecimento está ligado à ética (Hegel) (FRASER 2007).

De fato, a opressão de gênero em especial, sobre as mulheres, é vinculada a uma homogeneidade patriarcal e dominadora masculina (BUTLER, 2003). Este modelo patriarcal de subalternidade foi introduzido no Brasil como uma das características de nossa colonização europeia (SAFFIOTI, 1979) através da política do elitismo, verticalidade e dominação (CHAUÍ, 1989).

Com estas considerações, embora decorrente de um processo histórico/colonial, não é possível que se admita que direitos humanos ainda sejam violados para parte significante da população pela negação de direitos essenciais, o que demonstra lamentável desigualdade social, pois não é crível, nem aceitável, a existência um Estado de Direito que não esteja amparado na emancipação do seu povo. Ante a desconsideração da vida de milhares de pessoas é requerida uma atuação integral do respeito aos direitos humanos, que não devem ser encarados de forma fragmentada, para que se evite que seja desvirtuado ou postergado para um momento incerto. Merece destaque nas últimas décadas, que embora tenha havido espetacular progresso, também tem sido terreno fértil de graves violações, com destaque as minorias e demais povos vulneráveis. Por sua vez, o Estado mostra-se pouco eficiente para proteger o seu povo tanto das antigas com das atuais violações (TRINDADE, 1997). Assim, normas domésticas e, em especial, tratados internacionais de direitos humanos, que são os pilares sobre os quais foram construídos o sistema de proteção dos direitos humanos, não tem sido suficiente para enfrentar a desigualdade de gênero.

6 O pluralismo jurídico e a desigualdade de gênero

Muitos retrocessos são observados ante a um radicalismo que eleva regras morais sobre os direitos humanos. E direitos humanos são fundamentais, sejam individuais ou coletivos, para todas as pessoas, sendo insubordinado a qualquer condicionante. No entanto, há uma enorme distância do que é garantido pela legislação nacional e internacional com o que é vivido pelas pessoas, havendo, por consequência, um ciclo de desigualdade e desinteresse na implementação de direitos humanos, com destaque aos direitos das mulheres, etc. (PRÁ; CHERRON, 2014).

É importante trilhar um caminho alternativo ao positivismo dominante, tendo em vista o impedimento à autonomia emancipatória que ora impera. E esta proposta tem fundamento no agir comunicativo de Habermas (1929: 2012), de forma que as pessoas agem via linguagem, sendo que a linguagem serve de procura de uma concepção fundamentada no pensamento racional e no coletivo via observação e discussão abrangente e, não, decisões carentes de altruísmo, do coletivo sobre o individual (CANÇADO, *et al* 2011).

Quando uma nação viola direitos humanos – interno e internacional – não corresponde a realidade das pessoas frente a formalidade legislativa, isto é, constitui regramentos, mas descumpre na prática, o que encontra

amparo na premissa de que o agir é muito superior a qualquer teoria ou norma (MARX; ENGELS, 1999).

Partindo desta concepção, a desigualdade de gênero, assim, é uma espécie de violência representativa (BORDIEU, 1996), pois institucionaliza-se uma convicção que faz com que haja o domínio de uma conduta que estimula e repete um discurso preponderante, mas que causam danosos prejuízos aos atingidos.

A existência de leis – nacionais e internacionais - sem aplicabilidade é um não reconhecimento, o que é uma afronta à identidade, pois submete alguns grupos a uma imposição moral para condescender à cultura majoritária que, por certo, desrespeita a complexidades das pessoas. Enfim, desconsidera e separa da cultura hegemônica (FRASER 2007).

Fraser (2007, p. 105) chama de "[...] condição intersubjetiva de paridade participativa [...]" para a exclusão do aparato normativo que desconsidera grupos de pessoas. Já a "[...] condição objetiva da paridade participativa [...]" é a exclusão da desigualdade econômica que, igualmente, inoportuniza e impede o reconhecimento. Portanto, as duas condições são essenciais para que haja uma simetria emancipatória. A ideia de justiça é intrínseca a redistribuição e o reconhecimento, sem preponderância de uma sobre a outra (FRASER 2007). Qualquer forma de emancipação não deve ser universalista, mas deve considerar outras bases ou posicionamentos, sob pena de exaurir e delimitar, o que contraria os ideais feministas (BUTLER, 2003). Com estas considerações temos o pluralismo jurídico como base, posicionamento ou via de enfrentamento à desigualdade de gênero.

Na antiguidade já havia uma pluralidade jurídica, havendo várias fontes e meios de solução dos conflitos, sendo passado posteriormente para direito estatal, em especial com a dominação burguesa e o absolutismo, tendo a França como berço unificador de uma visão monista do direito. Na atualidade - século XXI - diante de toda transformação social marcada por uma exclusão periférica, por uma normatividade esgotada no sentido de um efetivo resultado, é necessária uma análise, uma reestrutura, que priorize os sujeitos sociais preteridos. Até porque o modelo tradicional vivido ainda é baseado num paradigma individualista e burguês. Portanto, é necessário um rompimento do modelo clássico para uma concepção libertadora que não fique presa ao mero formalismo ou tecnicismo, mas que a substância seja âmago. Não se discute que em outros campos verificamos mudanças e aberturas de compreensão, sendo que continuar pensando o direito apenas como o ordenado pelo Estado, por certo há um descompasso, pois é notório que o monismo legal estatal não alcança as crises da realidade. Destacando que as crises são as oportunidades para repensar sobre o caminho até aqui percorrido. O novo pensamento ou caminho decorrente da crise de regulação da sociedade precisa almejar a emancipação (WOLMER, 2015).

O pluralismo jurídico demanda de diversas realidades e múltiplas fontes como aquelas oriundas dos movimentos sociais e da sociedade organizada, que de forma suplementar, cria normas simultâneas às estatais. Numa perspectiva filosófica, o pluralismo jurídico se contrapõe ao unitarismo e monismo, mas se dispõe em múltiplas formas de explicar as fontes e fatores que emergem das manifestações sociais da vida humana. Neste sentido, a vida humana, considerando as questões inerentes a convivência, está envolvida constantemente em conflitos sociais que emergem das diferenças étnicas-culturais, estilos de vida, idiomas e costumes (WOLKMER, 2001).

Trata-se de um direito de espaço que busca o reconhecimento das desigualdades, não no aspecto desigual em si, mas das diferenças que há entre os desiguais. Isso significa que o pluralismo jurídico nasce da busca por uma alternativa jurídica que possibilite a grupos, em especial os mais preteridos, o amparo não apenas em uma única fonte de direito, mas outras fora da fonte estatal, como a luta para respeito ao seu direito, que é essencial à democracia. (WOLKMER, 2001).

O pluralismo é uma alternativa (WOLKMER, 2001) ao não reconhecimento proporcionado por uma subalternidade social pelo fato de suprimir a participação social igualitária, com exclusão e a invisibilidade. Cabe considerar que as próprias estruturas governamentais obstacularizam o reconhecimento, quando excluem os não heterossexuais, as mães solteiras, os negos, as mulheres. Tudo isso demonstra o quanto precisamos superar e integrar, desinstitucionalisando comportamentos e culturas que bloqueiam a participação social de todos (FRASER 2007).

O pluralismo propugna por um espaço social de intermediação entre a abstrata fragmentação e de outro lado a dogmática estatalidade, tem como resistência o estatismo, o individualismo, mas propõe uma

atividade social de base, com ênfase a novos sujeitos coletivos. Efetiva-se com a necessária participação da sociedade, seja por grupos maiores ou pequenos na luta para alcançar seus direitos, mas requer fluidez e variabilidade com valorização às diferenças (WOLKMER, 2001).

Por conseguinte, o pluralismo requer uma ética da alteridade, no sentido de que há a necessidade de uma emancipação dos excluídos e que, certamente, passa por uma democracia participativa, com maior participação nas decisões políticas, deixando para trás a centralidade e autoritária política de subalternidade com inclusão de novos legitimados, com suas antigas e novas demandas, incentivando a participação de todos os seguimentos da sociedade na formação plural de normas estatais ou não (WOLKMER, 2001).

Avesso ao ponto de vista colonialista, o pluralismo jurídico é um paradigma alternativo (WOLKMER, 2001) e emancipatório (RUBIO, 2014). O pluralismo jurídico é um rompimento do pensamento estatal monista, que demanda a independência e a inter-relação entre atores sociais, num processo constante da busca pela democracia e participação no espaço público aberto (WOLKMER, 2001). A emancipação, conforme destaca Rubio (2014) está alinhada a horizontalidade, a solidariedade e a autonomia em detrimento da discriminação, inferiorização, marginalização e exclusão que transformam pessoas em meros objetos.

Quando o Estado, que é responsável pela observância das leis, não concretiza o essencial estímulo ao cumprimento de normas nacionais e internacionais que tragam a efetiva demonstração de que há uma população numericamente superior, mas inferiorizada no respeito aos seus direitos, por certo caminha-se ainda mais na via contrária ao enfrentamento à desigualdade de gênero. Dentro desta perspectiva, ao que parece, não há interesse, do ponto de vista estatal e formal, que haja igualdade de gênero e que outros grupos sociais sejam emancipados. Deste modo, deve-se enfrentar e buscar alternativas de poder para sua emancipação (BUTLER, 2003), sendo a emancipação, como independência do indivíduo como um ser coletivo (ADORNO, 1903-1969: 2009).

De todo o exposto, quando pensamos o pluralismo jurídico é preciso ter presente a complexidade da vida, vez que o as existências humanas são detentoras de um conjunto histórico de vivências (WOLMER, 2015). Assim, diante da frágil resposta estatal decorrente da normatização, espera-se que o pluralismo seja uma alternativa ao enfrentamento à produção e reprodução à desigualdade de gênero.

7 Considerações finais

Diante de todo o exposto e levando-se em conta o que foi observado ao longo deste texto, merece destacar que a desigualdade de gênero - mulheres, gays, transexuais, etc., - possuem enorme barreiras sociais com uma constante e cíclica produção e repetição de desigualdades, sendo um contrassenso limitar a discussão ao limite biológico/sexual, já que temos uma inferiorização, uma separação binária em masculino e feminino, que demonstra o preconceito de gênero existente tanto nos direitos individuais como nos direitos coletivos dos citados grupos.

A seu turno, verifica-se que há uma concepção de uma preeminência masculina e heterossexual que afrontam princípios elementares de justiça, inserção social, direitos humanos e democracia, já que ninguém pode se colocar como especial ou privilegiado em uma sociedade marcada pela variabilidade cultural e que desconsidera a complexidade.

Nesta ordem de ideias, verifica-se que a existência de normas não é suficiente quando não existe o equivalente reconhecimento. Claro que não podemos negar a importância da legislação, mas a legislação por si não é capaz de trazer uma resposta satisfatória, pois desigualdades de gênero estão associadas a outras desigualdades e práticas de exclusão de um modelo histórico contrário a emancipação.

Deste modo, não é coerente que direitos humanos sejam desconsiderados para maciça parte população, com desatenção da vida de pessoas ante a ineficiência estatal, merecendo que seja diminuída a distância do previsto pela legislação com a prática cotidiana, com ênfase e atenção às vítimas de toda espécie de violência de gênero. Nesse caminho, mas em outra via do positivismo dominante, temos pluralismo jurídico, que trabalha com a premissa que considera realidades, multiplicidades, diferenças, cultura, isto é, abarca e propõe um direito de espaço que reconheça as desigualdades, mas que sobreleve por uma busca

que possibilite aos mais postergados buscarem guarida não apenas na legislação, mas em outras alternativas, como a participação social, reconhecimento, integração, emancipação, pensamento coletivo, variabilidade e respeito às diferenças.

Referências

ADORNO, Theodor W (1903-1969). **Dialética negativa**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BEAUVOIR, Simone de. The Second Sex, trad. E. M.. Nova York: Vintage, 1973.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia (uma defesa das regras do jogo). Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2015.

BORDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papirus, 1996.

BUTLER, Judith. Sujeitos do sexo/gênero/desejo. In: BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap.1, p.17-60.

CANÇADO, Airton Cardoso; TENORIO, Fernando Guilherme; PEREIRA, José Roberto. **Gestão social: reflexões teóricas e conceituais.** *Cad. EBAPE.BR*. 2011, vol.9, n.3.

CHAUÍ, M. **Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil** (4ª.ed.). São Paulo: Brasiliense, 1989.

DAHL R. On Democracy. New Haven, CT: Yale Univeristy Press, 1998.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética.** Lua Nova, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

HABERMAS, J. (1929). **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalidade social.** Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto** do Partido **Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

PANIKKAR, Raimundo. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental.** In: BALDI, Cesar Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PRÁ, Jussara Reis; Cibele Cheron. **Gênero e políticas públicas na ótica feminista e dos direitos humanos**. Educação e Cidadania, v. 16, p. 55-70, 2014.

PEDRO, Joana Maria. **Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica**. História, São Paulo, v.24, n.1, p.77-98, 2005.

SAFFIOTI, H. **A mulher na sociedade de classes: mitos e realidade**. Rio de Janeiro: Rocco, 1979.

SCHMITD, João Pedro. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo. **Para ampl/iar o cânone democrático**, in Santos, Boaventura de Sousa (org.) Porto: Edições Afrontamento. 2002.

_____, Boaventura de Souza. **Do pós-moderno ao pós-colonial e para além de um e outro**. Coimbra: Centro de Estudos em Ciências Sociais, 2004.

_____, Boaventura de Souza. **Justiça social e justiça histórica.** 2009. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/justica-social-e-justica-historica/>. Acesso em: 27 ago. 2017.

SCOTT, Joan W. **O enigma da igualdade**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 13, n.1, p. 1130, 2005.

TILLY, Charles. **Democracia**. Petrópolis: Vozes, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

UMA TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE LIBERTAÇÃO

Ana Paula Costa

Mestranda - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

anapaulacostazilio@gmail.com

Argus Dag Min Wong

Mestrando - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

arguswong@gmail.com

*** Pesquisa com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina - FAPESC

Resumo: Este estudo foi desenvolvido com o objetivo de compreender a importância do início da filosofia da libertação em face dos direitos humanos na América Latina, recordando-se que tais países não tomaram parte da construção dessas normas, tampouco foram estudados e compreendidos prioritariamente ao seu desenvolvimento. Para o estudo foram conduzidas pesquisas de cunho bibliográfico, e de uma visão exploratória descritiva do tema, como forma de identificar na literatura autores que abordam a temática, bem como, apresentar suas concepções em um material estruturado, organizado e claro. Verificou-se que o desenvolvimento dos direitos humanos significou uma grande evolução para as nações, definindo que os homens são a base das mesmas e, assim, devem ser protegidos, e seus direitos assegurados para que se construam ideais de dignidade e justiça ao alcance de todos. Porém, esses ideais foram construídos sobre as visões das nações europeias, enquanto as peculiaridades dos países latino-americanos não foram levadas em consideração na concepção desses direitos, e assim, ainda são vistos como países periféricos nas quais as grandes nações podem exercer dominação, esquecendo-se que são formados por cidadãos com identidades que merecem reconhecimento e respeito. Nesta senda, as cartas iniciais de proteção aos direitos humanos foram desenvolvidas com foco específico em determinada população, por isso pode-se compreender que não são democráticos e, assim, ainda que sejam relevantes, muitas vezes não são capazes de cumprir com seu papel de defesa de todos os homens de forma igualitária, o que acarretou no surgimento da necessidade de mudança desse paradigma ensejando uma luta pela libertação.

Palavras-chave: Direitos humanos. Países latino-americanos. Dominação. Filosofia da libertação.

Abstract: This study was developed with the goal of understanding the importance of the initiation of the philosophy of liberation in the face of human rights in Latin America, pointing out that such countries not took part in the construction of these standards, nor were studied and understood primarily to its development. For the study were conducted bibliographic research of nature, and a descriptive exploratory vision of the theme, as a way to identify in the literature authors who approach the topic as well as to present their concepts in a structured material, organized and clear. It has been found that the development of human rights has meant a great evolution for the nations, defining that men are the basis of the same and, therefore, must be protected, and their rights assured to construct ideals of dignity and justice within the reach of everyone. However, these ideals were built on the visions of the European nations, while the peculiarities of the Latin American countries were not taken into consideration in the design of these rights, and thus, are still seen as peripheral countries in which the great nations can exert domination, forgetting that are formed by citizens with identities that deserve recognition and respect. In this way, the initial letters

of human rights protection were developed with specific focus in a given population, so you can understand that are not democratic and, thus, even though they are relevant, often are not able to fulfill its role of defense of all men equally, which has resulted in the emergence of the need to change this paradigm leading to a struggle for liberation.

Keywords: Human rights. Latin American countries. Domination. Philosophy of liberation.

1 Introdução

A proteção dos direitos humanos se deram inicialmente através de normas internacionais estabelecidas para que o homem seja valorizado acima de qualquer situação, interesses financeiros ou demandas políticas.

Dessa forma, não poderá um governo atuar para si, deve ele reger a nação para que os cidadãos que ali se encontram sejam respeitados, valorizados, para que vivam de forma digna, justa e igualitária, eliminando-se as diferenças por meio de leis e esforços mais amplos.

Neste contexto, os direitos humanos encampam uma preocupação maior em relação a vida e a pessoa humana em si, não cabendo avaliar as pessoas pelo que são, senão pelo fato de serem pessoas e, como tal, suas vidas devem estar acima de interesses alheios.

Não há desenvolvimento tecnológico, comercial, econômico, social ou de qualquer outra espécie sem que as pessoas estejam envolvidas e, em face disso, priorizar suas necessidades é auxiliá-las a compreender seu papel enquanto sujeitos que constroem uma nação e seu futuro.

Assim, o cerne dos direitos humanos sempre foi reduzir abusos de poder dos governos ou indivíduos mais fortes sobre as parcelas mais fracas da população e, em razão disso, mesmo as nações consideradas mais sólidas não poderão sobrepor sua vontade sobre as demais, invadindo seus territórios e tolhendo-lhes a liberdade de decisões dentro de seus limites.

Evidencia-se, portanto, a importância e a necessidade da valorização da filosofia da libertação, por meio da qual os países latino-americanos percebem seu valor e buscam o respeito que merecem em um cenário mundial. Ainda que não tenham as condições financeiras e políticas de outras nações, os países da América Latina são países sólidos, bem desenvolvidos e capazes de participar ativamente na construção de melhores condições de vida, justiça e dignidade, desde que tenham o direito de atuar nesse sentido.

Dessa forma, buscou-se compreender a importância da libertação em face dos direitos humanos na América Latina, haja vista, que a criação das principais cartas de direitos humanos são de origem europeia e, por assim ser, não houve a participação dos países latino-americanos em sua elaboração.

Neste cenário, fica evidenciado que os países da América Latina não foram estudados e compreendidos, e assim é possível notar que as suas particularidades, como por exemplo os aspectos culturais, não foram levados em consideração para o seu desenvolvimento.

Por fim, justifica-se o estudo em face da dominação que existiu no passado e que não se extinguiu no presente, apenas alterou-se a forma como é projetada sobre os países que são considerados inferiores em diversos sentidos, periferias do mundo e sobre os quais as nações desenvolvidas teriam a possibilidade de impor seu poder, suas normas e suas políticas.

2 Direitos humanos: análise geral do tema

Os Direitos Humanos estão diretamente relacionados às leis, políticas e programas desenvolvidos por diferentes nações do mundo com foco nas pessoas, tendo como intuito maior assegurar a elas uma vida digna e justa, através do respeito diante das mais variadas situações, bem como a possibilidade de conviver pacífica e ordenadamente em um grupo social permeado pela diferença entre seus cidadãos.

Quando do desenvolvimento dos direitos humanos, a preocupação definiu-se como criar uma ferramenta amplamente aplicável e capaz de evitar que as diferenças fossem utilizadas como fator de desvalorização, desrespeito e abusos contra os seres humanos (PINHEIRO, 2008).

O primeiro olhar sobre os indivíduos e sua necessidade de respeito dentro de um grupo amplo, derivou de ideais religiosos de aceitação e capacidade de convívio, com base em preceitos de aceitação divina de todas as pessoas, resguardadas suas características diversas. A Igreja passa a aceitar pessoas de todas as classes sociais e pregar que, diante de um poder superior, são consideradas iguais, ideia que passa a se expandir e fazer com que os homens desejem alcançar essa igualdade em outros setores da vida, também fora do ambiente religioso (CUNHA, 2016).

Os direitos humanos pautam-se sobre uma ética específica, aprofundada, na qual as relações devem considerar ambas as partes de forma igualitária, ancoradas no respeito aos direitos de todos. As pessoas são livres e, como tal, devem ser vistas, uma liberdade que inclui a possibilidade de agir, desde que respeitadas as normas legais, bem como expressar-se, sem que isso leve à aplicação de castigos de tortura ou abusos por parte de autoridades (PIOVESAN, 2010).

Lutar por direitos humanos significa atuar em prol de todas as sociedades e indivíduos, já que não existem marcadores de separação entre um ou outro grupo de pessoas, todas nascem livres e dignas de respeito e, assim, uma sociedade que acolhe a todos adequadamente necessita, obrigatoriamente, respeitar a todos sem distinção. Basta a concepção para que a vida seja valorizada e os direitos sejam definidos, cabendo aos governos de todas as nações atuar para que em seus territórios tais ideais sejam mais fortes do que qualquer olhar discriminatório ou abusivo (PINHEIRO, 2008; PIOVESAN, 2010).

A busca pela ampliação dos direitos humanos para todas as nações, de forma sólida e norteadora para políticas e condutas, deve ser global e não buscada por alguns povos. Apenas em um país em cujo cenário as pessoas são respeitadas, torna-se possível alcançar uma vida digna (CUNHA, 2016).

São direitos talhados em nível internacional, como forma de envolver todas as nações em sua adoção, aceitação e defesa, porém, devem ser agregados às leis e práticas de cada país, não de forma parcial e apenas os pontos que interessam a um grupo, mas de forma geral, com todas as suas cláusulas e definições sendo integradas ao ordenamento jurídico. Somente assim será possível afirmar em algum momento da evolução humana que os direitos humanos fazem parte do mundo moderno e regem a vida dos cidadãos integralmente (CUNHA, 2016).

Outro ponto que merece consideração e destaque refere-se à transformação dos direitos humanos internacionais de uma série de princípios e normas para uma realidade, isto é, a um fato devidamente consumado no mundo. Sua definição teórica é apenas o ponto de partida, mas sua existência se torna real apenas quando são integrados aos sistemas e normas jurídicas de todos os países, seguindo parâmetros internacionais, mas aplicados ao território, abrangendo do macro para o micro nos âmbitos da vida em sociedade (PINHEIRO, 2008).

Portanto, os direitos humanos devem ser considerados como a base para o desenvolvimento de todas as leis, políticas e ações dentro de uma nação, para que seus resultados sejam positivos para as pessoas que ali vivem, assegurando-lhes condições essenciais para o desenvolvimento e melhoria de suas vidas e permitindo-lhes auxiliar outras pessoas a evoluírem do mesmo modo (ENGELMAN E MADEIRA, 2015).

Bobbio (2004) ressalta que o desenvolvimento dos direitos humanos decorreu de uma percepção de que as pessoas merecem respeito e garantias, nenhuma de suas características serve como ponto de exclusão ou negação de direitos. De fato, ao ser humano cabe o acesso a esses direitos, o que denota que não existem parâmetros pessoais responsáveis por eles, tão somente a vida. Por ser humano e, como tal, deve ser respeitado, resguardado de abusos e a ele deve ser garantida a liberdade e o pacífico convívio social.

Em tese, o ponto central da definição de diretos humanos, em âmbito internacional, refere-se à garantia de dignidade e respeito da pessoa humana em qualquer território, em todos os momentos. Não existem sociedades sem pessoas que nelas vivam, tampouco uma nação pode ser formada sem cidadãos e foi essa compreensão que levou à busca pelo desenvolvimento de direitos humanos, sem proteger as pessoas

não se pode alcançar uma nação forte (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Neste ponto é essencial destacar que os direitos humanos surgem conforme as sociedades e os indivíduos evoluem e, assim, seu desenvolvimento foi um processo longo, lento e que, ainda no presente, demanda de atenção para que se consolide em todo o mundo (BOBBIO, 2004).

Em face disso, parte-se para uma análise dos direitos humanos no âmbito nacional e internacional.

3 Breve histórico dos direitos humanos e a previsão no Brasil

Nos períodos mais antigos das sociedades, os indivíduos preocupavam-se consigo, suas necessidades e dificuldades, o que fazia com que considerassem seus direitos mais importantes que os dos demais. De fato, a existência de direito era relacionada à classe social e poder econômico dos cidadãos, sendo que os grupos menos favorecidos não recebiam qualquer forma de valorização (BOBBIO, 2004).

Conforme a noção de direitos enquanto normas de conduta que asseguram a adoção de comportamentos adequados dentro de um grupo que se desenvolve, passam a se delinear percepções mais humanizadas de que não apenas um pessoa ou um grupo deve ter valor, mas todos os indivíduos merecem ser protegidos para que se alcance uma sociedade mais digna. Essa percepção trouxe consigo, ainda, a noção de que os homens são semelhantes e, por isso, devem ser respeitados (PINHEIRO, 2008).

Apesar do surgimento da visão de que os homens merecem respeito e valorização, ainda no passado, as convenções e normas internacionais nesse aspecto ainda são relativamente recentes o que denota que o homem demorou muitos anos para se organizar no sentido de definir quais são os direitos humanos e de que forma devem ser protegidos (BOBBIO, 2004; PIOVESAN, 2010).

Assim, Comparato (2003), acredita que os direitos humanos somente surgiram em função da evolução das sociedades e do homem, quando o pensar torna-se mais amplo e surge uma percepção do entorno como parte da vida dos indivíduos. Quando o homem compreende que tem relação com as pessoas ao seu redor, ele percebe que quando as valoriza também receberá valorização em retorno.

Nesse sentido, relevantes os ensinamentos de Bastos (2012, p. 1), que enfatiza:

> [...] pode-se dizer tranquilamente que não havia direitos fundamentais na Antiguidade, na idade Média, nem na idade Moderna, pois a noção de Estado de Direito ainda não estava consolidada. Não era possível, nesses períodos exigir dos governantes normas que ele mesmo editava. Somente tendo sentido falar em Direitos Fundamentais quando se admite a possibilidade de limitação jurídica do poder político. Portanto, o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais- enquanto normas jurídicas de hierarquia constitucional destinada a limitação jurídica do poder político- somente ocorreu por volta do Sec. XVIII, com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, resultante das chamadas Revoluções Liberais e burguesas.

Um marco no fortalecimento dos ideais de direitos humanos e desenvolvimento de ferramentas para sua garantia foi a Revolução Francesa. No período, inicia-se a alteração da visão do homem de condições econômicas baixas, como um ser inferior, que deveria aceitar tudo que lhe era imposto e, deste modo, passa a delinear uma transformação em busca por garantias, segurança, respeito e dignidade em suas relações sociais (CUNHA, 2016).

De fato, Inglaterra e França exerceram ampla influência nos esforços de estabelecimento de direitos humanos assegurados a todos os homens. Ao evoluir o homem percebe que precisa assegurar aos semelhantes a garantia de direitos e, assim, inicia-se uma busca por dignidade e justiça em um patamar internacional, prezando pela pessoa em qualquer circunstância, em todos os lugar e a qualquer momento de sua vida (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Por serem os países pioneiros na manifestação de uma preocupação com direitos humanos, também foram os que mais exerceram influências sobre as normas desenvolvidas. Ainda que sejam direitos válidos e aplicáveis a todos os países membros, simplesmente pela característica humana dos cidadãos, seus princípios

foram desenvolvidos em face de preceitos mais comuns nessas nações, o que não desmerece o esforço, mas demonstra que em determinados países a apreciação dessas normas pode ser diferenciada (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

A *Petition of Rights* (1628) foi um dos primeiros dispositivos voltados aos direitos humanos. Firmada por Carlos I., embasava-se na Magna *Charta Libertatum* e como cerne de seus preceitos assegurava a possibilidade de requerer ao rei, dentre outras solicitações e medidas, que um homem livre não pudesse ser despojado de seu feudo, detido ou aprisionado sem a existência de sentença, fundamentada por um ilícito cometido, e a necessidade de punição por tal conduta (COMPARATO, 2003).

Comparato (2003), enfatiza que a *Petition of Rights* trouxe consigo a ideia de liberdade e respeito ao homem, para que nenhum abuso fosse cometido contra ele ou seus bens em prol de interesses de outros homens. A ideia de que apenas uma sentença poderia retirar o homem de sua propriedade vem ao encontro dos ideais de inocência e prova em contrário, ainda que não se igualasse a tanto, quando de seu desenvolvimento.

Em 1679 foi firmado o *Habeas Corpus Act*, por Carlos II, com o papel de mandado judicial em casos de prisão arbitrária. Seu intuito foi de definir meios para a limitação do poder real, que até então poderia prender opositores de acordo com seus desejos, sem a devida condução de um processo criminal legal (COMPARATO, 2003).

O *Bill of Rights*, por sua vez, foi um documento assinado em 1689 com vistas a restringir o poder estatal e fortalecer a legalidade dentro das ações de privação de liberdade e confisco de bens. Com ele surgem os direitos de petição, se estabelece a liberdade de eleição e imunidade parlamentar é firmada. Tal documento traz os direitos humanos para mais perto do modo como se apresentam atualmente (COMPARATO, 2003).

Quanto ao *Bill of Rights*, os ensinamentos de Bastos (2012, p. 1) ressaltam que:

> [...] preconizava que os atos da autoridade real que, sem permissão do Parlamento, suspendessem as leis ou a execução destas, bem ainda mandasse arrecadar dinheiro pela ou para a coroa real, além do permitido, eram considerados ilegais.

No ano de 1776 foi instituída a Declaração da Virgínia, documento com catorze parágrafos diretamente relacionados aos direitos natos da pessoa, a necessidade de valorização da soberania popular e a igualdade de todos os homens perante a lei como fontes de direito e dignidade em uma sociedade. A igualdade de condição política, o direito à liberdade de imprensa e instituição do tribunal do júri foram conquistas importantes relacionadas ao referido instituto (COMPARATO, 2003).

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) se deu em 10 de dezembro de 1948 e a partir dela foram definidas normas claras e específicas destacando o respeito a todos os cidadãos como sendo o cerne da vida em sociedade e do desenvolvimento das nações (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Assim, os países que assinaram a DUDH puderam formular políticas com vistas à proteção de seus cidadãos contra qualquer forma de abuso, excessos, desrespeito ou segregação, tendo como parâmetro um texto de valor internacional, aceito em grande parte dos países do mundo (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Para Piovesan (2010), a DUDH trata-se de uma conquista de todas as nações de forma coletiva e dos homens em um prisma individual, pois coloca a todos os cidadãos em um mesmo patamar e, por conseguinte, deixou expresso que nenhum é superior ou inferior que o outro ou que tenha mais ou menos direitos. De fato, uma conquista alcançada no perpassar dos anos e consolidada na DUDH refere-se ao estabelecimento de que os desejos do Estado não se sobrepõem às necessidades dos cidadãos.

Não poderá o Estado atuar em benefício próprio em detrimento aos interesses dos indivíduos, tampouco utilizar-se de seu poder para exercer um controle de direitos que tornem o homem um escravo do governo. Cabe aos governos trabalhar pelo homem, prezar por sua defesa e desenvolverem ferramentas para que seus direitos saiam do papel e sejam integrados ao seu cotidiano em relações diversas (PIOVESAN, 2010).

De acordo com Piovesan (2008), deve-se ressaltar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, com entrada em vigor em julho de 1978, o qual consiste em um tratado que estabelece o direito do acusado de ser considerado inocente até que haja comprovação de sua culpa, por meio do devido processo legal.

Desta feita, os direitos humanos devem ser observados, mesmo que haja a evidencia de culpa, e o indivíduo somente cumprirá com eventuais sanções previstas por lei, até então, enquanto o devido processo não for atingido, o acusado segue com os seus direitos válidos e assegurados (PIOVESAN, 2008).

Sobre o desenvolvimento dos ideais e das normas em prol dos direitos humanos ao longo do anos, Esse (2012, p. 1) leciona:

> O sistema internacional de proteção aos direitos humanos começa a ser esboçado, com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos de 1948, que estabeleceu os parâmetros gerais sobre direitos humanos. Posteriormente, a Convenção de Viena sobre tratados de 1969, estabelece o conceito do Jus Cogens, reforçando de forma significativa, alguns direitos humanos firmados em 1948 e, dando status especial a estes, impedindo que, os Estados-membros da comunidade internacional os violassem, ainda que não aceitassem tratados internacionais que dispusessem sobre a matéria das quais eles abordavam, transformando-os em "direitos primordiais" na esfera internacional.

Aclara-se, que os tratados internacionais são fontes de direito internacional, em outras palavras, não se destinam à uma nação, mas a todas elas e, assim, são celebrados em forma de acordos para que sejam valorizadas, cumpridas e inseridas nos sistemas legais das nações participantes (COMPARATO, 2003).

No cenário brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos figuram como normas de hierarquia constitucional, com valor a ser considerado quando do desenvolvimento de todas as leis que regem a nação. Por isso, nenhuma lei será considerada válida se ferir a Carta Magna, tampouco se seu texto trouxer desrespeito aos direitos humanos internacionalmente firmados (PIOVESAN, 2008).

O art. 4º da Carta Magna estabelece que nas relações internacionais, o Brasil reger-se-á em prevalência dos direitos humanos:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> [...]
>
> II - prevalência dos direitos humanos (BRASIL; CRFB, 2018);

Portanto, a Constituição Federal foi essencialmente desenvolvida com vistas aos direitos humanos, de modo que passassem a integrar todo o ordenamento jurídico do país e para que assim fosse possível evitar que nas normas infraconstitucionais do país tivesse a possibilidade de desrespeito ao homem e abuso de poder sobre ele, definindo, portanto, o dever do Estado de proteger os indivíduos, assegurando-lhes dignidade e justiça (COMPARATO, 2003).

Até o advento da Constituição Cidadã, os direitos humanos ainda não estavam claramente delineados como princípios a serem seguidos. Ainda que houvesse esforços nesse sentido, o texto da Carta Magna contribui para que nenhuma lacuna restasse quanto à proteção do homem e de seus direitos de forma integral, seguindo padrões internacionais (COMPARATO, 2003).

A respeito dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, o art. 5º deixa evidente que:

> Art. 5º [...]
>
> LXXVIII [...]
>
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais
>
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (BRASIL, CF, 2018).

Engelman e Madeira (2015) ressaltam que no período colonial brasileiro, e muitos anos depois, os direitos humanos foram ignorados. As pessoas de elevado poder aquisitivo tinham acesso aos direitos, enquanto a parcela pobre (e de maioria numérica) da população era relegada a um segundo plano, como indivíduos de valores secundários ou sem nenhum valor.

Outro período que não pode ser esquecido refere-se à ditadura militar, no qual os direitos humanos no Brasil foram totalmente ignorados. Em tal momento histórico, a autoridade militar não considerou limitações ao seu poder e atuou no sentido de prender, punir com violência e mesmo tirar a vida dos opositores do sistema (ENGELMAN; MADEIRA, 2015).

Os abusos ultrapassaram qualquer nível aceitável na nação e, até o presente, os resquícios dessa época são lembrados como o período em que a nação brasileira ignorou os direitos humanos de seus cidadãos (ENGELMAN; MADEIRA, 2015).

Assim, claramente verifica-se que a luta pela dignidade da pessoa humana, proteção e concretização dos direitos humanos não pode ficar às margens do direito, portanto, a luta deve ser diária para sua proteção e concretização, para fins de buscar a sua efetividade como uma meta que deve ser traçada constantemente.

4 Direitos humanos na América Latina a partir de uma perspectiva de libertação

Ao abordar os direitos humanos, sempre é preciso recordar sua ampla aplicação a todas as nações do mundo, sem ignorar o fato de que seus princípios foram pautados, de forma prevalente, nos ideais das nações europeias que mais atuaram em sua formação e, assim, as peculiaridades de outras nações não foram profundamente analisadas quando de seu desenvolvimento (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

É imperioso ressaltar que alguns países são vistos como periferias do mundo, considerados como países de menor valor em função de seu desenvolvimento e condições financeiras e, em face disso, são pouco - ou nada – levados em conta quando se diz respeito à criação de leis internacionais. Trata-se de uma filosofia fortemente arraigada em nações desenvolvidas, que se referem aos países em desenvolvimento como subpopulações, as quais devem receber e aceitar suas definições legais (DUSSEL, 1977).

Para os países desenvolvidos existe uma percepção de que seriam os mais adequados para pensar e definir políticas aplicáveis a todos os demais, que devem segui-las como forma de manter sua população dentro de padrões de vida humanitários. Cria-se uma situação de dominação e subordinação, sendo dominantes os países desenvolvidos e subordinados aqueles que são vistos como cultural, política e economicamente inferiores (DUSSEL, 1977).

Ocorre, que pensar em uma filosofia de libertação para o povo da América Latina significa buscar fundamentos de acordo com observação da realidade do povo latino-americano para que seja possível fundamentar e justificar os direitos humanos desses povos a partir da libertação, a fim de possibilitar alcançar essa conjunção (MARTINEZ, 2015)

Nesta senda, somente conhecendo a realidade e as particularidades de cada direito através da observação é que se consegue estabelecer e traçar uma filosofia através do latino americano, que seja de tal forma, possível buscar a emancipação e libertação diante de uma perspectiva humanista (MARTINEZ, 2015).

Verifica-se que há uma inversão inadequada de valores no quadro dos direitos humanos, pois, aparentemente, se estabelece a visão de que as nações precisam se adaptar a essas normas, direcionar suas políticas e ações para elas, ainda que seus preceitos difiram da realidade de cada país. Nesta linha, para que sejam direitos humanos de fato, eles precisam considerar as peculiaridades de cada uma das nações e, assim, atuar para sua valorização integral, não como países inferiores aceitos por seguirem os países superiores (LEAL E FAGUNDES, 2016).

A filosofia da libertação recai exatamente sobre essa necessidade, de que a dominação seja substituída pelo respeito às reivindicações específicas das nações, já que não se pode ignorar que são diferentes e

apresentam demandas peculiares. Não significa criar um quadro de direitos humanos para cada país, mas proceder de uma análise dos direitos existentes, adaptando-os para que não se adequem apenas a algumas nações e suas características (DUSSEL, 1977; LEAL; FAGUNDES, 2016).

Sobre a relação entre os países latino-americanos e as nações desenvolvidas, Maçalai (2016, p. 154) leciona:

> É necessário olhar para a Filosofia através do latino americano. E, ao fazer isso, passa a apontar para alguns elementos desta realidade: há relação de dependência dos países latinos para com, os ditos, países de primeiro mundo; a Filosofia deve carregar consigo a situação latino-america e, dentre outras, que o sujeito, alvo desta filosofia mude conforme a coletividade ou o pensador.

Maçalai (2016) enfatiza, ainda, a grande necessidade do direcionamento dos direitos humanos para a visão da identidade de todos os povos, manter essa identidade é respeitar as pessoas que se enquadram nela. Por outro lado, sempre que essa identidade é ignorada ou desrespeitada, instala-se um sentimento de inferioridade que atinge toda uma nação.

As nações da América Latina, por muitos anos, foram sujeitas à exploração por parte dos países desenvolvidos, não eram povos, apenas colônias das quais se poderiam obter recursos importantes. Com o passar dos anos e a libertação das amarras de dominação política, os povos ainda precisam se sujeitar a muitas decisões e imposição de opiniões das nações que, de alguma forma, ainda conseguem influenciar e dominar os povos latinos (DUSSEL, 1977).

O rompimento dessas amarras de dominação não significa o corte de laços comerciais ou culturais, não refere-se a um afastamento absoluto entre as nações, mas em construir uma visão entre os países em desenvolvimento de que a identidade dos povos latino-americanos tem valor e, como tal, deve ser levada em consideração, valorizada e respeitada em seus relacionamentos (MAÇALAI, 2016).

Dussel (1977) destaca que enquanto os povos latinos forem vistos como bárbaros e, assim, incapazes de zelar por si, necessitando da interferência dos povos desenvolvidos para suas questões de organização, economia e política, a filosofia da libertação não alcança tal plenitude, trata-se apenas de um ideal que apenas trará os resultados esperados quando se tornar concreto, prático e perceptível. O autor complementa, ainda, que:

> A filosofia que souber pensar esta realidade, a realidade mundial atual, não a partir do centro, do poder político, econômico ou militar, mas desde além da fronteiras do mundo atual central, da periferia, esta filosofia não será ideológica (ou ao menos será em menor medida). Sua realidade é a terra toda e para são (não são o não-ser) realidade também os 'condenados da terra' (DUSSEL, 1977, p. 16).

Pensar a filosofia da libertação, segundo a realidade do povo latino americano, significa estabelecer uma responsabilização através da realidade e por meio da prática histórica, sem, contudo, lançar mão de direitos como a igualdade e liberdade, para que seja possível evitar práticas reducionistas (MARTINEZ, 2015).

Ademais, a igualdade e a liberdade são elementos que justificam os direitos humanos, pois estes fazem parte da luta e do processo de libertação e são eles que conduzem todo o processo para executar e conduzir a justiça social para uma sociedade mais igualitária (MARTINEZ, 2015).

Portanto, entende-se que pregar a igualdade entre as pessoas é indispensável para a construção de um mundo justo, no entanto, trata-se apenas de teoria quando se considera que as pessoas com os mesmos direitos assegurados devem se enquadrar em um padrão imposto dos mais poderosos para os menos privilegiados.

Neste contexto, raciocinar uma filosofia de libertação, significa repensar os direitos humanos, como processo de prática de um povo, devendo ser levado em consideração a realidade ética, social, econômica, cultural, política e jurídica, gerando assim a viabilidade para uma observação de diversas realidades para que se estabeleça uma fundamentação (MARTINEZ, 2015)

No caso das nações latino-americanas, elas devem se enquadrar em padrões oriundos das nações

desenvolvidas para que sejam consideradas iguais, sem levar em conta que esses padrões não condizem com sua identidade e características específicas, formadas ao longo de todo o seu processo de desenvolvimento (LEAL; FAGUNDES, 2016; MAÇALAI, 2016).

Nesta mesma esteira de raciocínio, pensar em uma filosofia de libertação é fazer um tracejo de um pensamento crítico a ideologia de direitos humanos, principalmente quando refere-se ao universalismo eurocêntrico. Portanto, quando se trata da filosofia da libertação como fundamento dos direitos humanos e a sua universalização, deve-se permitir e estabelecer a comunicação intercultural dos povos (MARTINEZ, 2015).

Dessa forma, na perspectiva da filosofia da libertação dos direitos humanos com fundamento na América Latina, deve ser considerada realidade do povo latino-americano, ensejando promover a universalização dos direitos humanos com base no processo de luta e de cultura de cada povo para que se consiga estabelecer um processo de libertação.

5 Considerações finais

Ao longo dos anos as nações se desenvolveram e passaram a buscar formas de definir a igualdade de direito entre seus cidadãos. Normas internacionais foram desenvolvidas e incorporadas às leis de diferentes países com o intuito de evitar abusos de poder entre o Estados frente aos indivíduos.

Em face disso, ressalta-se que direitos humanos são aqueles que surgem com a pessoa e se mantêm por toda a sua vida, qualquer que seja seu poder aquisitivo, classe social e mesmo suas condutas, já que nem mesmo a prisão por conduta ilícita retira do homem os demais direitos, aqueles que não são atingidos pelo cumprimento da pena (direito de ir e vir).

Ocorre, porém, que os direitos humanos da forma como foram concebidos pautaram-se basicamente nas características das nações europeias, pioneiras nos esforços pela "igualdade", respeito e preservação da vida de todos os homens. Tais nações, em face de seu elevado desenvolvimento, vivem uma realidade que dificilmente se enquadra nos padrões de vida de populações dos chamados subúrbios políticos e geográficos, como é o caso das nações latino-americanas.

Não há democracia nos direitos humanos que são fundamentados sobre a proteção do homem sob o aspecto apenas de uma nação, que não levam as especificidades desse homem em consideração quando de sua formulação, tornam-se parciais e incapazes de promover ampla proteção em um mundo com identidades culturais tão diferentes.

Surge, assim, a filosofia da libertação, cujo cerne resta sobre o homem e suas especificidades em qualquer nação que viva. Seja em uma nação desenvolvida ou em desenvolvimento, o respeito à sua identidade deve ser foco dos esforços conjuntos das nações para oferta de direitos humanos reais e não meramente ideológicos incapazes de serem concretizados na vida real desses cidadãos.

Referências

BASTOS, João Felipe Bezerra. **Uma Breve Análise da Evolução dos Direitos Humanos Fundamentais: O Papel do Estado na Afirmação Desses Direitos.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 15, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11775&revista_caderno=9>. Acesso em: 1 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 7 maio 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Clara Araujo. **A Universalidade dos Direitos Humanos e o Multiculturalismo.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 19, n. 154, nov. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18159>. Acesso em: 06 maio 2018.

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da Libertação na América Latina**. México: EDICOL, 1977.

ENGELMAN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. **A Causa e as Políticas de Direitos Humanos no Brasil.** Caderno CRH. 2015; v. 28, n. 75, p. 623-637. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v28n75/0103-4979-ccrh-28-75-0623.pdf> Acesso em: 6 maio 2018.

ESSE, Luis Gustavo. **A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e Sua Eficácia no Direito Processual Brasileiro.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 15, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689>. Acesso em: 6 maio 2018.

LEAL, Jackson da Silva Leal; FAGUNDES, Lucas Machado. **Direitos Humanos na América Latina.** Curitiba: Multideia, 2016.

MAÇALAI, Gabriel. **Fundamentação dos Direitos Humanos Desde a Filosofia da Libertação,de Alejandro Rosillo Martinez.** (RE)PENSANDO DIREITO. Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo. EDIESA; Ano 6, n. 11, jan./jun. 2016; p. 153 – 157.

MARTINEZ, Alejandro Rosillo. Fundamentação dos Direitos Humanos desde a Filosofia da Libertação. Tradução de Ivone Fernandes Morcilo Lixa; Lucas Machado Fagundes. Ijuí: UNIJUÍ, 2015.

PINHEIRO, Flávia de Campos. **A Evolução Dos Direitos Fundamentais e os Documentos Internacionais Para Sua Proteção.** PUC-SP. São Paulo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional.** 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 2, n. 1 (jan./jun. 2008). Curitiba: Dom Bosco, 2008, p. 20-33.

WOLKMER, Antônio Carlos; LIPPSTEIN, Daniela**. Por Uma Educação Latino-Americana em Direitos Humanos: Pensamento Jurídico Crítico Contra-Hegemônico.** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr. 2017.

SUSPENSÃO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA DO MERCOSUL E A BUSCA PELO RESTABELECIMENTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ivia dos Santos Altoff

Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

iviaaltoff@hotmail.com

Resumo: O MERCOSUL, Mercado Comum do Sul, como bloco econômico, atua de forma a resguardar os direitos dos seus Estados Partes e Associados. Muitos tratados e acordos são formalizados, dentre eles o Protocolo de Ushuaia, em prol da proteção da ordem democrática, e o Protocolo de Assunção sobre o compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos. Rompida a ordem democrática, o país pode ser penalizado, o que ocorreu com a Venezuela em julho de 2017, diante dos vários acontecimentos que afrontam os nacionais em diversas formas, como política, social, saúde, em com vistas a perpetuação do governo no poder, desrespeitando princípios constitucionais mínimos. Os objetivos do presente trabalho são relacionar os fatos ocorridos na Venezuela que a levaram a sofrer uma sanção, bem como o que é entendido por ordem democrática e proteção aos direitos humanos no MERCOSUL, através dos acordos e protocolos firmados. Como metodologia se utiliza o método dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: MERCOSUL, Direitos Humanos, Ordem Democrática, Venezuela, Protocolo de Ushuaia

Abstract: MERCOSUR, the Common Market of the South, as an economic bloc, acts in order to safeguard the rights of its States Parties and Associates. Many treaties and agreements are formalized, among them the Protocol of Ushuaia, for the protection of democratic order, and the Asunción Protocol on the commitment to the promotion and protection of human rights. Once the democratic order is broken, the country can be penalized, which occurred with Venezuela in July 2017, in the face of the various events that face nationals in various forms, such as politics, social, health, for the perpetuation of government in power, disregarding minimum constitutional principles. The objectives of this paper are to relate the facts that occurred in Venezuela that led to a sanction, as well as what is understood by democratic order and protection of human rights in MERCOSUR, through the agreements and protocols signed. As methodology, the deductive method is used, with the bibliographic research technique.

Keywords: MERCOSUL, Human Rights, Democratic Order, Venezuela, Ushuaia Protocol.

1 Introdução

O MERCOSUL, Mercado Comum do Sul, é formado pelos Estados Partes Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Bolívia (em processo de adesão), e pelos Estados Associados Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru e Suriname. Seu objetivo principal é a integração econômica entre os países, mas outros assuntos de relação entre os países, como social, educação, cidadania, são tratados através de seus protocolos e tratados.

A partir da adesão de um país no MERCOSUL, deve ele cumprir com determinados compromissos além dos econômicos, como a proteção de seus nacionais, com respeito a ordem democrática e os direitos humanos. Burlados estes acordos, pode o país sofrer sanções, como a suspensão de seus direitos e deveres, o que ocorreu com a Venezuela.

Os venezuelanos estão sofrendo com preço alto dos alimentos, desamparo no atendimento médico, prisões de opositores políticos ao governo sem o devido procedimento local, para que o presidente possa se perpetuar no poder, tendo ele convocado uma assembleia constituinte, sem respeitar os termos da Constituição Federal vigente no país.

Pretende-se ao logo da pesquisa identificar o modo como se deu a entrada da Venezuela no MERCOSUL, analisar os motivos da suspensão do país do bloco, e ainda, descrever os temos do compromisso democrático, em prol da democracia e direitos humanos.

A presente pesquisa poderá beneficiar aqueles diretamente envolvidos no MERCOSUL, os nacionais dos vários Estados Partes e Estados Associados, os estudiosos em direitos humanos e democracia, bem como a população em geral, pois os países que fazem fronteira com a Venezuela, estão sofrendo diretamente com o acontecido no pais, pois a população está imigrando para outros lugares. Beneficiar-se-ão, também, os que buscam conhecimento sobre o assunto, independentemente da área em que atuam.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, com a técnica bibliográfica, deste modo, os instrumentos necessários para coleta de dados são obtidos através de pesquisa bibliográfica com documentação em livros, legislação e doutrina, além de leitura seletiva, analítica e interpretativa.

2 Entrada da República Bolivariana da Venezuela no Mercosul

O MERCOSUL, como bloco econômico, nasceu a partir da assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Seguindo os termos do documento, a intenção inaugural foi aproximar os países de forma econômica, ao estabelecer o livre comércio entre eles.

Com o passar dos anos, ao sentirem necessidade de integrar os mais diversos aspectos dos estados participantes, bem como proteger aqueles que fazem parte, os nacionais dos países, o MERCOSUL passou a editar normas, formalizar acordos, os quais estabelecem a igualdade de tratamento, a possibilidade de trabalhar nos países com os mesmos direitos trabalhistas das pessoas natas, o respeito ao meio ambiente, dentre outros interesses, os quais fortalecem os laços daqueles que lutam pelo crescimento do aglomerado de países.

A possibilidade de adesão de outros países no MERCOSUL está previsto no Tratado de Assunção, a partir de cinco anos de sua assinatura, para os membros da Associação Latino-Americana de Integração[1], mediante a negociação com os Estados Partes. A aprovação de entrada de um novo país no bloco deve ser unânime, isto é, todos os membros, depois da análise, deverão concordar com a adesão do novo parceiro.

Assim, a partir de 1991, outros países sentiram a necessidade de fazer parte do MERCOSUL, como a República Bolivariana da Venezuela, que em 2006 assinou o Protocolo de Adesão para aderir ao Tratado de Assunção, Protocolo de Ouro Preto e Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias.

Primeiramente, a Venezuela aderiu ao MERCOSUL como Estado Associado[2], isto é, não adere ao Tratado de Assunção, e pode participar como convidado da reuniões dos órgãos da estrutura institucional do MERCOSUL para tratar de temas de interesse comum. Os Estados Associados se comprometem em realizar esforços para aderir a instrumentos adotados no bloco, como o Protocolo de Integração Educativa e reconhecimento de Certificados, Títulos e Estudos, Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, administrativa e laboral, Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos

1 A Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) foi criada em 1980 para promover o desenvolvimento econômico e social da região, em processo de integração que visa ao estabelecimento, de forma gradual e progressiva, de um mercado comum latino-americano. Atualmente, são membros da ALADI: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. (ITAMARATY)

2 Art. 2 - Os países interessados em adquirir a condição de Estado Associado ao MERCOSUL deverão apresentar a solicitação respectiva ao Conselho do Mercado Comum, por intermédio da Presidência Pro Tempore do MERCOSUL e aderir ao Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile e aderir igualmente à "Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL", celebrado em 25 de junho de 1996 em Potrero de Funes, Pcia. de San Luis, República Argentina, o qual já tem sido aderido pela República da Bolívia e a República do Chile. (MERCOSUL, 2004)

Penais e Protocolo de Integração Cultural do MERCOSUL. Além desses, os Estados Associados poderão aderir a outros acordos, sob os quais tenha interesse. (MERCOSUL, 2004)

Todavia, a entrada na Venezuela sofreu alguns percalços, uma vez que parlamentares mais conservadores do Paraguai eram contra a adesão, fazendo com que o país não aprovasse o novo membro. Diante disto, somente em 2012, após seis anos de espera, com a suspensão do Paraguai, por tomada de decisões contrárias à democracia, os demais países se reuniram em Brasília para a cerimônia de adesão da Venezuela.

Não somente parlamentares paraguaios foram contrários ao ingresso da Venezuela, mas também alguns brasileiros se posicionaram nesse sentido, na votação realizada pelo Congresso Nacional, sob críticas ao presidente do país, Hugo Chávez, há dez anos no poder. As questões levantadas foram a dúvida quanto ao cumprimento das exigências do MERCOSUL pela Venezuela, a educação no país, ao determinar que escolas públicas e privadas ensinem o projeto bolivariano, não atendendo a plena vigência das instituições democráticas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009)

Pelos fatos apresentados, várias são as discussões sobre a legalidade da entrada da Venezuela no MERCOSUL, pois alguns posicionamentos relatam a existência de um golpe para aceitar o país, pois a adesão não se deu com a aceitação de todos os membros, excluindo o Paraguai, pois estava suspenso do bloco. Inobstante tal fato, diante das sanções impostas ao Paraguai, há o entendimento também, da total legalidade da inclusão da Venezuela, uma vez que todos os membros aptos, na época, foram a favor do ingresso, respeitando os trâmites necessários.

Então, a República Bolivariana da Venezuela com escopo em sua Constituição Federal, passou a fazer parte do MERCOSUL, com a intenção de integração com a América Latina, na cooperação pacífica entre as nações:

> on el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; (VENEZUELA, 1999)

Inobstante tais acontecimentos, por fim, com o ingresso da Venezuela, nos termos do Protocolo de Adesão, o país passou a ter de cumprir exigências para o pleno exercício de seus poderes e deveres como membro. Dentre eles, em adotar as normas vigentes do MERCOSUL, nos mais tardar em quatro anos a partir de sua entrada. (MERCOSUL, 2006)

Estabeleceu-se também, no prazo citado, a utilização pelo membro da Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC). No que se refere ao livre comércio entre os países, os prazos variaram entre quatro e seis anos. As obrigações também versaram sobre o compromisso de trabalhar de forma conjunta em prol da inclusão social e condição de vida digna para seu povo. (MERCOSUL, 2006)

Mesmo com o compromisso firmado na adesão, a República Bolivariana da Venezuela, deixou de cumprir o estabelecido, rompendo com a ordem democrática no país, gerando sérias consequências para os nacionais, o que fez com que o MERCOSUL, baseado no Protocolo de Ushuaia, suspendesse a Venezuela, e contra ela tomasse sanções, pela tomada de decisões contrárias contra o instrumento.

3 Compromisso democrático no Mercosul – procolo de Ushuaia

Baseado na premissa de que a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento da integração entre os Estados Partes (MERCOSUL, 2001), o MERCOSUL firmou, em

2001, o Protocolo de Ushuaia, com adesão da República da Bolívia e da República do Chile, de modo que, a partir do documento, toda a ruptura da ordem democrática gera sanções aos estados.

O MERCOSUL entende como democracia, o respeito aos direitos humanos, as liberdade fundamentais, promoção, defesa e proteção do estado de direito e suas instituições, bem como dos direitos humanos e liberdades fundamentais. (MERCOSUL, 2011) Assim, quando acontecerem situações contrárias as narradas, como as que ponham em risco o exercício legítimo do poder, aplica-se o Protocolo de Ushuaia.

Na mesma linha, o Protocolo de Assunção sobre o compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos no MERCOSUL visa reafirmar "os princípios e normas contidos na Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta democrática Interamericana.". (MERCOSUL, 2005) Tal documento, inclusive, ratifica a vigência do Protocolo de Ushuaia sobre o compromisso democrático no MERCOSUL.

Recentemente, em 2016, o bloco estabeleceu, por um período de quatro anos, com as Nações Unidas, o Memorando de Entendimento entre o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direito Humanos (ACNUDH) em Matéria de Cooperação Técnica Internacional, pois diante da preocupação sobre a situação dos direitos humanos e a necessidade de assistência técnica ao Estados Partes, tal órgão cooperará com a proteção, aliado ser uma instância especializada, com vasta experiência.

Vê-se então, que a democracia vai além das eleições, quando o controle das instituições é alvo de competição e alternância de poder. Se expressa a democracia quando se fala das maiorias e minorias, poliarquias, consensos, alternâncias, estabilidade e eleições. (ROITMAN in RUBIO, 2014, p. 110) Além disso, é essencial "ampliar o campo de visualização e incorporar mais elementos que são parte da ação democrática em todas as esferas do social". (RUBIO, 2014, p. 117)

Como isto, o bloco de países busca assegurar a liberdade dos nacionais, o respeito aos governos eleitos legitimamente pelo povo, a livre iniciativa, o livre comércio, o respeito pelo que se entende por direitos humanos, liberdades fundamentais, para que não esteja diante de governos autoritários, golpes de estado, como se entendeu no caso acontecido no Paraguai, em 2012, quando resultou na suspensão do país.

> Em 2012, o Congresso do Paraguai aprovou o *impeachment* do presidente eleito, Fernando Lugo, por "mau desempenho das funções presidenciais". O presidente era acusado, ainda, de violar a soberania paraguaia, ao assinar o Protocolo de Montevidéu, de 2011, sobre o compromisso com a democracia no Mercosul. As acusações vagas e o exíguo tempo concedido aos advogados de Lugo para prepararem a defesa caracterizaram a ruptura democrática, ainda que camuflada sob uma falsa aura de legalidade.
>
> Diante da ruptura da ordem democrática no Paraguai, os demais Estados-parte do Mercosul estabeleceram consultas imediatamente, conforme exigido pelo artigo 4 do Protocolo de Ushuaia. Os chanceleres não apenas do Mercosul, mas também de todos os demais países que compõem a Unasul, acompanharam o processo de *impeachment in loco*, em Assunção, mas as consultas entabuladas foram infrutíferas. Dessa forma, o Mercosul decidiu suspender o Paraguai de alguns direitos que lhe eram conferidos pelos tratados do bloco, nos termos do artigo 5 do Protocolo de Ushuaia de 1998. A decisão foi tomada por meio de declaração presidencial, assinada na Cúpula de Mendoza, em junho de 2012, e foi seguida por decisão, de mesmo teor, da Unasul, com base em sua cláusula democrática. (SLOBODA, 2015)

Ao estabelecer sanções para os estados, o MERCOSUL quer ir além da norma jurídica, primeiramente com consultas sobre os fatos apontados, entre todos os países, inclusive com o afetado, para que em uma fase posterior, restando infrutíferas as conversas, analisar quais as medidas a serem aplicadas, levando em consideração a gravidade da situação existente.

Como ensina RUBIO, sobre os direitos humanos, transcender o formalismo é essencial:

> As dimensões formal, institucional e doutrinária devem complementar-se com o âmbito no qual são os próprios seres humanos através das tramas sociais que os constituem como sujeitos ou como objetos que podem ou não, diariamente, construir e reconhecer direitos de maneira solidária e

> recíproca, aí está clara a dimensão política que têm, além da conexão que possuem com a necessidade de que o povo ganhe poder e o exerça de forma emancipadora. [...]
>
> Por estas e outras razões pretendemos destacar a acentuar os limites desta posição excessivamente normativista e formalista. Se não temos claro que são nossas ações diárias e cotidianas em todos os âmbitos sociais onde nos movemos, as que articulam espaços de reconhecimento de dignidade, sempre adotam uma postura delegatória e passiva, que produzirá aos direitos humanos efetividade circunscrita, mínima e relegado à própria sorte. (RUBIO, 2015, pg. 129)

O Protocolo de Ushuaia apresenta dois momentos, o primeiro em 2001, como compromisso democrático no MERCOSUL, e o segundo, em 2011, como Protocolo de Montevidéu, também denominado de Ushuaia II. O segundo instrumento complementa a intenção de destacar a democracia nos países, inclusive com a possibilidade de provocação do MERCOSUL pela parte afetada ou de qualquer outra.

Assim, a partir do momento em que um Estado Parte solicita, sem reúnem os presidentes do países ou, na falta deles, os ministros da relações exteriores, e iniciam a tomada de medidas em prol do restabelecimento da democracia no local. Assim, "promoverão, através da Presidência *Pro Tempore,* consultas imediatas com as autoridades constitucionais da Parte afetada, interporão seus bons ofícios e realizarão gestões diplomáticas [...]." (MERCOSUL, 1998)

Do mesmo modo, o Conselho do Mercado Comum, órgão supremo do MERCOSUL, ao ser solicitado pelo presidente de qualquer dos países, nos casos de estar ocorrendo, em sua jurisdição, atos atentatórios a democracia, deve colaborar com o fortalecimento e preservação da ordem democrática. As intervenções poderão ocorrer através de comissões de apoio, cooperação e assistência técnica e especializada, comissões abertas para acompanhar os diálogos entre os atores políticos, sociais e econômicos, conforme estabelece o artigo 5 do Protocolo de Montevidéu.

Em medidas extremas, com a ameaça ou ruptura da democracia, as decisões a serem tomadas são, respeitada a proporcionalidade da gravidade da situação, para o bem estar da população, e o respeito aos direitos humanos:

> a.- Suspender o direito de participar nos diferentes órgãos da estrutura institucional do MERCOSUL.
>
> b.- Fechar de forma total ou parcial as fronteiras terrestres. Suspender ou limitar o comércio, o tráfico aéreo e marítimo, as comunicações e o fornecimento de energia, serviços e abastecimento.
>
> c.- Suspender a Parte afetada do goze dos direitos e benefícios emergentes do Tratado de Assunção e seus Protocolos, e dos Acordos de integração celebrados entre as Partes, conforme couber.
>
> d.- Promover a suspensão da Parte afetada no âmbito de outras organizações regionais e internacionais. Promover junto a terceiros países ou grupos de países a suspensão à Parte afetada de direitos e/ou benefícios derivados dos acordos de cooperação dos que for parte.
>
> e.- Respaldar os esforços regionais e internacionais, em particular no âmbito das Nações Unidas, encaminhados a resolver e a encontrar uma solução pacífica e democrática para a situação ocorrida na Parte afetada.
>
> f.- Adotar sanções políticas e diplomáticas adicionais. (MERCOSUL, 2011)

Assim, o Conselho do Mercado Comum se utilizará de meios que façam com que o país afetado cumpra com suas obrigações, inclusive com a aplicação de outros instrumentos internacionais, em prol da defesa da democracia e dos direitos humanos. Resultando em ações positivas pelo estado afetado pela sanção, isto é, cessado o que se entendeu por ameaça ou ruptura da ordem democrática, por decisão dos demais estados partes, volta-se ao *status quo ante*, restabelecendo os direitos então suprimidos.

É importante a preocupação do MERCOSUL, como um bloco econômico de países, com a democracia e respeito com os direitos humanos em todos os países membros, e entender que somente desta forma, todas as demais situações, incluindo as econômicas dos países, caminharão com o mesmo propósito de progresso. Um país onde existir a falta de respeito com seus nacionais e suas vontades, refletirá, sem sombra de dúvidas, em outro aspectos como na economia, social, educação e saúde.

4 Ruptura na ordem democrática da república Bolivariana da Venezuela e as consequências como membro do Mercosul

A República Bolivariana da Venezuela foi colonizada pelos espanhóis em 1522, e sofreu com a forte exploração local e disseminação dos índios, sua população nativa. Os índios eram tidos como sub humanos, uma espécie que estava aquém dos espanhóis, o que legitimava, na época, a realização de qualquer tipo de barbárie para evangelização e utilização da mão de obra como escrava.

Passada a fase da colonização, infelizmente, a independência das colônias da América Latina, não representou uma ruptura na ordem social, econômica e político-constitucional. A colonização e a dependência da cultura jurídica latino-americana continuou latente, pois as instituições jurídica formadas após a dependência (tribunais, codificações e constituições), derivaram da europeia. (WOLKMER in WOLKMER e MELO, 2013, pg. 21-22)

Então, apesar da independência e da elaboração das constituições pelos países, os meios que levaram aos fins, não representaram a melhor forma da democracia e participação popular. Apesar da previsão legal de liberdade, respeito aos direitos humanos, independência dos poderes, a prática foge da teoria elaborada.

Neste diapasão, não diferentemente de outros países da América Latina, encontra-se a Venezuela, cercada recentemente por fatos afrontosos contra sua própria população, em prol da perpetuação de um governo do poder, com manobras que derrubam a ordem democrática.

O governo venezuelano, através de seu presidente Nicolás Maduro, não admite a existência de crise em seu país, apesar de fatos como o aumento expressivo do preço dos alimentos, a precária assistência hospitalar e educacional, além do grande êxito dos nacionais para outros países, inclusive o Brasil, com quem faz fronteira.

Para se ter uma ideia dos acontecimentos, a pesquisadora da Human Rights Watch Americas, Tamara Taraciuk Broner, relata que "Nenhuma pessoa honesta (intelectualmente) que tenha pisado num hospital venezuelano pode negar a gravidade da crise humanitária no país. Os que negam são as autoridades venezuelanas ou aqueles que veem a realidade através de lentes ideológicas". Tal afirmação ocorre, pois nos hospitais do país não se encontra suprimentos básicos, como álcool, seringa, medicamentos de qualquer tipo, e os pacientes e seus familiares têm de comprar tudo, algumas vezes no mercado negro, sem garantia de qualidade. (FHC, 2017)

Um relatório da Organização Não Governamental (ONG) Cáritas mostra números acerca do aumento da desnutrição infantil em comunidades pobres da Venezuela. "O estudo desta ONG vinculada à Igreja Católica assinala que a proporção total de crianças menores de cinco anos com "déficit nutricional em alguma de suas formas" aumentou de 54% (cinquenta e quatro por cento) em abril para 68% (sessenta e oito por cento) em agosto." Tal resultado se dá pela escassez de alimentos existente no país, em decorrência da diminuição do preço do petróleo, responsável por 96% (noventa e seis por cento) da renda local. O custo da cesta básica cresceu, em média, 23,6% (vinte e três virgula seis por cento). (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2017)

Quando os venezuelanos se manifestam contrários aos atos do governo, são recepcionados com grande violência pelas forças de segurança. Em abril de 2017, quando dezenas de milhares foram para as ruas, a reação do governo foi atirar, atropelar manifestantes, espancar também aqueles que não demonstraram resistência, além de invadir a casa de opositores, prendê-los e processá-los. Os números são alarmantes, pois segundo o Fórum Penal Venezuelano, ONG local, mais de 4.000 (quatro mil) pessoas foram detidas, muitas em suas casas, sem qualquer mandado judicial. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017)

Os opositores políticos são impedidos de concorrer para cargos públicos, resultando em mais de 340

(trezentos e quarenta) presos políticos confinados em prisões ou em serviços de inteligência. A Suprema Corte condenou a 15 (quinze) meses de prisão e destituiu do poder cinco prefeitos, além de outros nove estarem aguardando decisão, conforme mostra relatório elaborado pela ONG Human Rights Watch de julho de 2017. As condenações são realizadas por juízes que não escondem o favoritismo ao governo, restando ao "líder da oposição, Leopoldo López, está cumprindo pena de 13 anos por supostamente incitar violência

durante uma manifestação em Caracas em fevereiro de 2014, apesar da ausência de evidências críveis contra ele." (HUMAN RIGHTS WATCH, JUL 2017)

A constituição do país foi gravemente desrespeita diante da convocação, pelo presidente Nicolás Maduro, em maio de 2017, de uma assembleia constituinte, através de decreto presidencial, ao invés de um referendo público prévio para reescreve-la. Assim que a assembleia começou a operar, "seus membros assumiram os poderes legislativos completos e demitiram a procuradora-geral Luisa Ortega Díaz, ex-partidária do governo que se tornou abertamente crítica a ele no final de março." (HUMAN RIGHTS WATCH, JUL 2017)

Preocupados com os acontecimentos, em julho de 2017, os Estados Partes e os Estados Associados Chile, Colômbia, Guiana e México, expediram uma declaração, reiterando a preocupação com a grise política, social e humanitária, requerendo a cessão da violência ocorrida no país, e o restabelecimento do estado de direito, separação dos poderes, garantias constitucionais e direitos humanos. (MERCOSUL, 2017)

Mesmo após várias conversas, o compromisso da Venezuela com o MERCOSUL de proteção aos direitos humanos, de dignidade para seu povo, de ordem democrática, o governo do país optou por continuar com suas ações, o que, não visão do Bloco, fere os tratados firmados. Por isso, em 05 de agosto de 2017, decidiu-se por suspender a Venezuela do MERCOSUL, aplicando-lhes sanções.

Antes da decisão, os chanceleres dos Estados Partes atuaram diretamente no país, com base no Protocolo de Ushuaia, em consultas com o governo, todavia sem êxito, pois não houve demonstração da intenção de restauração da ordem democrática.

Ocorreu a suspensão da Venezuela pela gravidade da situação existente no país, resultando, em temporariamente, não ter seus direitos e deveres como Estado Parte. A inversão desta situação somente ocorrerá quando os demais países integrantes detectaram o restabelecimento do *status quo*, isto é, o restabelecimento da ordem democrática.

Merece destaque a intenção do MERCOSUL em proteger a população Venezuela, fazendo com que vejam resguardados seus direitos, mesmo com a suspensão do país. Tal atitude pode ser vista através da recepção dessas pessoas por outros países da América Latina, inclusive o Brasil que recebeu mais de 40.000 (quarenta mil), obrigando o Governo Federal a tomar medidas para recepcionar e resguardar essas pessoas.

Não é a primeira vez que a Venezuela sofre sanção do Grupo, pois em dezembro de 2016, por não cumprir os compromissos assumidos em seu Protocolo de Adesão, cujo prazo era agosto de 2016, restou suspensa. Algumas normas e acordos não foram incorporados em seu ordenamento jurídico, inclusive o Protocolo de Assunção sobre o compromisso com os direitos humanos.

As atitudes contra os Estados Partes demostram a preocupação do MERCOSUL com a efetividade dos vários protocolos e acordos assinados, em prol não somente da intenção econômica, matriz do Bloco, mas também em prol das pessoas, com destaque e intenção de respeito aos direitos humanos.

Poderia o MERCOSUL, manter-se inerte quanto aos fatos ocorridos na Venezuela, mas não o fez, e sem dúvidas do que lá ocorre, decidiu por suspender os direitos e deveres do país membro. Tal atitude visa, coercitivamente, fazer com que o governo Venezuelano retraia com aquilo que o MERCOSUL entende por rompimento da ordem democrática, a qual reflete na vida e subsistência do se povo.

Se a decisão trará os resultados pretendidos não se sabe, a informação atual é que desde a suspensão o governo Venezuelano mantem o mesmo discurso, negando a existência de crise local, mas seus nacionais passam fome, não tem acesso à saúde, a oportunidade de trabalho é escasso, e estão, aqueles que conseguem, saindo de lá e se dirigindo para outros países em busca de algo melhor.

5 Conclusão

A necessidade de manutenção da ordem democrática nos países é visto pelo MERCOSUL como condição expressa para que os Estados Partes possam continuar a exercer plenamente seus direitos e deveres,

pois em desordem, vários são os reflexos na economia de um países, fazendo com os objetivos do bloco não sejam alcançados.

A suspensão da Venezuela por desrespeito ao Protocolo de Ushuaia para o compromisso democrático é mais um marco para o Bloco, pois demonstra o interesse real em tornar efetivo os acordos e protocolos firmados entre eles. Obviamente, garantir a efetividade da ordem democrática pode sair do alcance do MERCOSUL, pois mesmo com a sanção aplicada, o governo do país optou por manter o mesmo discurso e as mesmas atitudes.

Ao analisarmos os motivos da suspensão da Venezuela no Bloco, vimos que a crise que assola o país fere gravemente o seu povo, pois as condições mínimas de sobrevivência estão lhes sendo tirados. Ligado a isto, paira o levantamento feito por parlamentares brasileiros, quando da aprovação da adesão ao MERCOSUL pela Venezuela, no que se refere a capacidade e real intenção do cumprimento das obrigações pelo país.

Outras sanções poderão ser aplicadas, inclusive com a participação de organismos internacionais como as Nações Unidas, bem como a suspensão da Venezuela de outras organizações regionais e internacionais, e cooperativamente com outros países, com os quais ela tenha acordos formalizados, tudo isto, para o bem a ordem democrática do país.

É necessário o acompanhamento dos acontecimentos na Venezuela por vários órgãos internacionais, pois uma crise tão séria como esta, poderá tomar proporções ainda maiores, como a morte de civis, aumento nas prisões e condenações sem a devida comprovação do cometimento de um crime, falta de comida, miséria, desnutrição de crianças.

A leis, os códigos, a Constituição Federal do país devem ser respeitados, pois mesmo com os contratempos para sua elaboração, trazem garantias que visam o fortalecimento dos nacionais, pautados em uma sociedade democrática, participativa, pluricultural. A paz, a justiça, a solidariedade previstos na Carta Magna da Venezuela não estão sendo respeitados.

Desta feita, abrem-se várias possibilidades para novos estudos, pois a democracia é uma preocupação global, para ser tratada por todos, especialistas na área ou não, de modo que fica a expectativa do retorno da ordem na Venezuela, ou a aplicação de mais sanções, e por fim, que o MERCOSUL alcance seu objetivo de ver restituído os direitos e deveres locais.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Tratado de Assunção, decreto 350, de 21 de novembro de 1991**. **Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Aprovação do Protocolo de Adesão da Venezuela Ao Mercosul.** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/clippings/bdclipingespeciais.html/2010-ce/ce-aprovacao-protocolo-de-adesao-da-venezuela-ao. Acesso em 30 abr. 2018**.**

FUNDAÇÃO HENRIQUE CARDOSO. **A luta pela democracia na Venezuela e o que o Brasil pode fazer.** Disponível em: https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/a-luta-pela-democracia-na-venezuela-e-o-que-o-brasil-pode-fazer-b501880af1f. Acesso em 07 mai. 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Venezuela: imagens revelam forte repressão.** Disponível em: https://www.hrw.org/pt/news/2017/07/24/307150. Acesso em 07 mai. 2018.

_____. **Venezuela eventos de 2017.** Disponível em: https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313461. Acesso em 07 mai. 2018.

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Cáritas relata aumento de desnutrição em crianças em crianças pobres da Venezuela.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/09/21/interna_internacional,902528/caritas-relata-aumento-de-desnutricao-em-criancas-pobres-da-venezuela.shtml. Acesso em 07 mai. 2018.

MERCOSUL. **Decisão 18/04/CMC/DEC – Regime de Participação dos Estados Associados ao MERCOSUL.** Disponível em: http://www.confea.org.br/media/legisl10_regime_estadosassociados.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Declaração sobre a situação da República Bolivariana da Venezuela.** 05 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/8428/1/declaracion-sobre-la-situacion-en-la-republica-bolivariana-de-venezuela.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Protocolo de Ushuaia.** 24 de jul. de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4210.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Protocolo de Montevidéu sobre o compromisso com a democracia no MERCOSUL (Ushuaia II).** 20 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/ushuaia_ii.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Protocolo de Assunção sobre o compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos do MERCOSUL.** 20 de junho de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7225.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. **A legalidade da entrada da Venezuela no Mercosul.** Anu. Mex. Der. Inter, México, v. 15, p. 701-716, dic. 2015 . Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100018&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 30 abr. 2018.

VENEZUELA. Constituição (1999). **Constituição da República Bolivariana da Venezuela.** Caracas, dez. 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano, tendências contemporâneas.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO

THE REDEFINITION OF THE CONCEPT OF DEMOCRACY FROM PARTICIPATORY COMMUNITY LEGAL PLURALISM

Evilyn Scussel

Mestranda do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da UNESC-SC. Graduada em Direito pela UNESC. Bolsista pesquisadora UNIEDU/SC, membro do Grupo de Pesquisa "Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano" e do NUPEC – "Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Cidadania" (UNESC). Advogada.

evilynscussel.adv@gmail.com

Resumo: O presente artigo aborda a constitucionalidade clássica da representação, que historicamente, fez com que os espaços de participação democráticos fossem deslocados para o cenário da representação, consolidando o caráter liberal-burguês individualista conveniente à industrialização e à expansão dos mercados. Neste sentido, destaca-se o esgotamento do modelo de democracia representativa, aprofundado com o advento da globalização e das profundas transformações sociopolíticas e econômicas ocorridas a partir do final do século XX. Assim, o objetivo deste estudo consiste em analisar a aparente possibilidade de democratização a partir dos pressupostos do pluralismo jurídico comunitário-participativo teorizado por A. C. Wolkmer, que aponta para a necessidade de expansão das práticas participativas e atuações coletivas implementadas por novos sujeitos coletivos, para além do espaço de cidadania formal. Para alcançar o objetivo proposto, aplicou-se o método hipotético-dedutivo, com o emprego de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com consulta a livros, revistas e material coletado via internet.

Palavras-chaves: Democracia representativa; Participação popular; Pluralismo jurídico comunitário-participativo; Crise; Espaço público.

Abstract: The present article deals with the trajectory of the classical constitutionality of representation, which has historically caused the democratic participation spaces to be displaced into the scenario of representation, consolidating the individualistic liberal-bourgeois character appropriate to the industrialization and expansion of markets. In this sense, we highlight the exhaustion of the model of representative democracy, deepened with the advent of globalization and the profound socio-political and economic transformations that occurred at the end of the 20th century. Thus, the objective of this study is to analyze the apparent possibility of democratization based on the assumptions of participatory community legal pluralism theorized by AC Wolkmer, which points to the need to expand participatory practices and collective actions implemented by new collective subjects, in addition to formal citizenship space. To reach the proposed objective, the hypothetical-deductive method was applied, using a monographic procedure and bibliographic and documentary research techniques, with reference to books, magazines and material collected through the internet.

Keywords: Representative democracy; Popular participation; Legal pluralism; Crisis; Public place.

1 Introdução

O modelo da constitucionalidade clássica da representação consolidado no Estado Moderno é resultante do processo de construção do projeto liberal burguês, que precisava de um "Estado liberal" com democracia representativa para se desenvolver.

Para tanto, a edificação desse projeto contemplava estrutura de poder político e jurídico caracterizada pela defesa da propriedade privada como direito natural do homem, pela exploração do trabalho humano e a limitação do Estado, atribuindo-lhes um papel mínimo, pela estrutura democrática baseada no sistema de representação eleitoral e pela libertação social e política do homem.

O desenvolvimento do sistema de democracia representativa tem como pano de fundo o desenvolvimento do modelo econômico capitalista e a racionalidade humana e é fruto da expansão do pensamento liberal, refletindo a hegemonia da sociedade burguesa que, à época, visava manter o *status quo,* bem como, uma estrutura jurídico-institucional que possibilitasse sua expansão.

Contemporaneamente, a consolidação da sociedade globalizada e as suas profundas transformações, bem como as crescentes demandas sociais tornaram claros os sinais de esgotamento do modelo de democracia representativa. O que se constata é um modelo democrático apenas instrumental ante a liberdade econômica, formando uma democracia conveniente ao mercado em detrimento da vontade popular.

Com o advento da globalização econômica, desencadeou-se um processo de fragmentação e mal-estar social gerada por uma cultura consumista e pós-modernizante, bem como, pela fragilização do espaço público da política e sua economicização, que fazem desaparecer as opções reais de escolha, pressuposto da democracia representativa, que traz como consequência uma apatia da população pelas eleições.

Diante desse quadro, o presente artigo traz como problema central o seguinte questionamento: em que medida o pluralismo jurídico e seus pressupostos têm potencial para avançar e ampliar o processo democrático com a consolidação de um novo espaço público?

Para tanto, a hipótese formulada é de que há possibilidade de reconfiguração do espaço jurídico-político fundamentada nos elementos constitutivos do pluralismo jurídico comunitário-participativo, resgatando práticas comunitárias que visem a satisfação das necessidades humanas fundamentais. Não se trata, no entanto, de uma pretensão de descartar o modelo constitucional de representação, mas a de caminhar em direção a uma nova cultura política e a uma nova cidadania comunitária e intercultural.

Assim, o objetivo geral do trabalho consiste em verificar a possibilidade de, a partir do pluralismo jurídico comunitário-participativo, reunir os pressupostos para avançar e ampliar o processo democrático com a consolidação de um novo espaço público.

Desse modo, a primeira parte do artigo busca abordar brevemente o processo de construção do modelo de democracia representativa, destacando o panorama da representação no contexto da sociedade globalizada, marcada por profundas transformações sociopolíticas e econômicas ocorridas a partir do final do século XX.

No segundo momento, abordar-se-á a democracia representativa como um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios da sociedade em toda a sua complexidade, passando pela análise da profunda crise do sistema de representação, acompanhada da crise da própria institucionalidade vigente e da perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos.

Por último, abordar-se-á o pluralismo jurídico comunitário-participativo como o elemento de configuração de uma ordem político-jurídica capaz de mobilizar a relação entre novos sujeitos sociais e o Estado, favorecendo a formação de um processo comunitário-participativo, avançando e ampliando o processo democrático com a consolidação de um novo espaço público.

De maneira a cumprir com o objetivo proposto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, com emprego de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com consulta a livros, revistas e material coletado via internet.

2 Democracia clássica da representação: abordagem crítica

O presente tópico tem como objetivo realizar um exíguo recorte histórico do instituto da representação política, abordando brevemente o processo de construção da democracia no Ocidente, a fim de situar os pressupostos de sua institucionalização e crise.

A teoria da representação, no cenário dos séculos XVIII e XIX, legitimou a instauração da sociedade liberal-burguesa e o processo de institucionalização de uma democracia formal no Ocidente (WOLKMER, 2014).

A partir das revoluções burguesas do século XVIII, que consolidaram o Estado liberal, emerge uma nova cultura acerca da democracia e do liberalismo, que vai definir os paradigmas políticos da modernidade. O Estado absoluto, que precedeu tais revoluções, conflitava com os interesses materiais da sociedade burguesa, que precisava de um Estado liberal com democracia representativa para se desenvolver (WOLKMER; FERRAZO, 2014).

Naturalmente, a burguesia revolucionária nos séculos XVII e XVIII surge visando a superação do absolutismo e a extinção dos privilégios da nobreza, tendo contribuído de modo decisivo para a elaboração da Constituição, em razão da necessidade de que fosse instaurada uma nova forma de regime político (RADAELLI, 2017).

Com a emergência da burguesia liberal capitalista, houve o distanciamento entre o âmbito formal e o material da democracia, agravando, assim, a crise democrática ocidental. O capitalismo liberal fez com que os espaços de participação democráticos fossem deslocados para o cenário da representação, "[...] consolidando o caráter burguês individualista conveniente à industrialização e à expansão dos mercados, e contribuindo, na dissimulação das injustiças sociais para mergulhar a democracia em profunda crise." (WOLKMER; FERRAZZO, 2014, p.202).

A matriz liberal estruturou a cisão entre Estado/sociedade, que acabou por privatizar a sociedade civil e separar as esferas pública e privada, dando origem a uma cidadania individual e despolitizada. Tal privatização da vida social gerou a concepção de bem estar vinculada às relações econômicas, desestimulando a ação social e política. Assim, o liberalismo concebe uma cidadania individual e revela uma concepção de sociedade como a soma de indivíduos particulares. (ANDRADE, 1993).

Conforme Andrade (1993) na consolidação da ordem liberal consagrou-se o conceito de cidadão, em que a liberdade é assegurada por meio da participação no poder, sintetizada pela democracia liberal. Os princípios liberal e democrático mantém correlação, pois são necessárias certas liberdades para o exercício do poder democrático e este é necessário para a garantias dessas liberdades.

Dessa correlação de forças resulta uma cidadania de natureza individualista, moldada a partir da separação entre a esfera pública e privada, cujo discurso estrutura-se na representação, restando "[...] excluída toda outra forma de participação ativa dos cidadãos nos assuntos sociais e políticos." (ANDRADE, 1993, p. 114).

O Estado liberal, comprometido com a lógica do capital, monopolizou o poder e a prática política, operando uma separação entre os processos políticos e a sociedade, que passou a incidir somente através de seus representantes eleitos. Assim, o Estado moderno construiu e desenvolveu a cidadania dentro de um modelo da democracia representativa, dando origem à democracia formal, obstando assim o exercício da soberania do povo (CAPELLA, 2002).

A dicotomia entre sociedade civil e sociedade política também passou a integrar o relato político moderno, e sua construção visava a separação entre homens e cidadãos, tratando-se o privado de um discurso apolítico, cujas desigualdades e diferenças ficam relegadas a esse âmbito. Assim,

> na esfera pública não pode aparecer um domínio particular ou de classe; na esfera pública não há homens, senão [...] cidadãos. A distinção de esferas significa também que nada privado pode ser politicamente relevante; que os indivíduos particulares, enquanto permaneçam na esfera privada,

> carecem de poder sobre os assuntos da coletividade. [...] O privado é- nesse discurso- apolítico. (CAPELLA, p. 109).

Os conceitos de vontade geral e de representação, conforme inseridos no relato político moderno, consolidaram a eleição e a ideia de representação, reduzindo a soberania do povo à função formal de eleição de representantes. Supõe-se, através dos sistemas eleitorais, obter a chamada vontade geral. Assim, as leis criadas pelos representantes políticos são, em tal relato, produto da vontade geral (CAPELLA, p. 115-117).

O Estado liberal, portanto, monopolizou o poder e a prática política, operando uma separação entre os processos políticos e a sociedade, que passou a incidir somente através de seus representantes eleitos. O Estado moderno construiu e desenvolveu a cidadania dentro de um modelo da democracia representativa, dando origem à democracia formal, obstando assim o exercício da soberania do povo (COMPARATO, 2006).

Conforme Linera (2004) a democracia liberal constitui-se um modelo de cidadania instaurada nas sociedades que passaram por processos de individualização modernos e suplantaram a identidade coletiva. Consiste, assim, no produto da lógica industrial, que tem destruído os regimes de agregação de tipo tradicional.

Concebida para as elites locais e para os grandes proprietários de terras, a "[...] democracia burguesa "transplantada" do continente europeu para a periferia da América Latina, não era de fato, uma democracia que expressava os intentos e as tradições das comunidades autóctones." (WOLKMER; FREITAS, 2017, p. 26).

O Estado moderno, assim, surge no marco da fundação da soberania, da despatrimonialização e da despersonalização do poder, criando assim o espaço público institucional, capaz de incorporar toda a diversidade social em sua multiplicidade e com suas contradições. Neste contexto, o sistema representativo surge como instrumento para atenuar a distância entre os indivíduos e o Estado abstrato. Esta abstração estatal decorre da "[...] separação, autonomização e especialização de um centro de poder em relação ao corpo de cidadãos." (BERCOVICI, 2002, p. 3).

Ressalta-se, ademais, que o poder representativo se legitima não porque expressa um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos representados. Sendo assim, a representação política é tida como um conjunto de ações capaz de conferir legitimidade ao poder. Ora,

> O representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi. O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado." (BERCOVICI, 2004, p. 15-16).

A democracia representativa, segundo os aportes de B. S. Santos (2016), consiste no regime político cujo poder democrático dos cidadãos é concentrado nos representantes eleitos, que o exercem de forma mais ou menos autônoma. A autonomia, ainda que possa ser tomada como um pressuposto para que tal modelo democrático se concretize, representa um fator de tensão constante entre representantes e representados, fazendo com que estes, muitas vezes, não se reconheçam nos decisores políticos.

Contudo, contemporaneamente, "A identificação entre os desejos dos representados e as atitudes dos representantes não mais responde à grande variedade de relações representativas que ocorrem nos sistemas políticos [...]." (BERCOVICI, 2002, p.4)

Para o professor de Coimbra (2016, p. 118) o surgimento do neoliberalismo fez emergir uma nova forma de democracia, de baixa intensidade, elitista e procedimentalista, a partir da "[...] eliminação da tensão entre democracia e capitalismo[...]" e pela "[...] retirada do Estado da regulação da economia e da liquidação da redistribuição social tornada possível no período anterior pelas políticas sociais.".

O movimento neoliberal visa construir um modelo democrático apenas instrumental ante a liberdade econômica, formando uma democracia "em que o mercado esteja cada vez mais imune à vontade popular [...]" (RADAELLI, 2017, p. 46).

No tempo presente, revela-se cada vez mais clara a frustração em promover a cidadania, pois, como aponta Bonavides (2001, P.187),

> já não se fala de sociedade de classes, de burgueses e proletários, de hiatos sociais consagrados na linguagem das ideologias, mas de sociedade de consumidores no mercado da globalização, onde a cidadania é a irrasão, ou o substantivo que perdeu o ethos políticode suas origens.

Conforme apontam Gorczevski e Martín (2012, p. 64) a consolidação da sociedade globalizada e as suas profundas transformações, implicaram na prevalência da condição de consumidor em detrimento à condição de cidadão e na progressiva privatização do espaço público. Consequentemente, houve a transformação dos direitos do cidadão em direitos do consumidor, [...] pelo que a existência sociopolítica, e a correlativa titularidade dos direitos, vem determinada pela capacidade de consumir, isto é, do status econômico.".

Daí emerge o que B. S. Santos (2016) denomina patologia da representação e de participação, o que implica uma crítica da teoria política liberal em que assenta as bases a democracia representativa, que será abordada no próximo item.

3 A crise da democracia representativa a partir do final do Século XX e o desencanto com a política

É possível submeter a estrutura democrática baseada no sistema de representação eleitoral a uma radical crítica, de modo que se desenvolvam alternativas na construção de uma ordem democrática legítima, em direção a uma nova cultura política plural que materialize espaços de participação, com a consolidação de um novo espaço público (WOLKMER, 2014).

Ao tratar da tradição política liberal em que se baseia o modelo democrático representativo, é possível concluir que este foi arquitetado no marco do elitismo, de modo a garantir o afastamento entre representantes e representados e impedir o controle social e a efetiva participação dos cidadãos. Nesta perspectiva, tal configuração do modelo democrático tornou a democracia representativa totalmente vulnerável à corrupção e, ao mesmo tempo, funcional ao *status quo* (SANTOS, 2016).

Considerando a forma como a democracia se desenvolveu historicamente, constata-se que sua configuração acarretou a redução dos espaços de construção democrática, fazendo-a padecer de um "vício mais profundo e perigoso para a democracia plena: a identificação entre liberdade individual e liberdade de mercado, como fruto do sistema de economia capitalista" (WOLKMER; FERRAZO, 2014, p.12).

O processo de construção da democracia liberal representativa está aliada ao crescimento e estabelecimento do capitalismo como sistema hegemônico na economia, para a legitimação política dos detentores do capital. Assim, a democracia liberal é, antes de tudo, liberal e o liberalismo se faz democracia somente na medida em que este regime é o que lhe pode oferecer a garantia à liberdade de propriedade. Conforme sustentado por Andrade (1993),

> [...] a concepção liberal de cidadania expressa a supervalorização da representação em detrimento da participação política, pois a participação política do cidadão implica a necessidade de associação (o que fere o pressuposto liberal de homem atomizado) e implica, também, a politização da sociedade civil (o que fere o pressuposto liberal da sociedade civil com o lugar destinado às relações econômicas privadas), significando introduzir a política num lugar onde é indevida nesse modelo (p11).

A consolidação da democracia representativa como um modelo solidamente estruturado e como alternativa possível, se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios da sociedade em toda a sua complexidade. A fragilização do espaço público da política e sua economicização geram a tendência ao desaparecimento de opções reais de escolha, pressuposto da democracia representativa, que traz como consequência uma apatia da população pelas eleições (MORAES; STRECK, 2013).

Contemporaneamente, as profundas transformações sociopolíticas e econômicas, intensificadas a partir do final do século XX e derivadas da consolidação da sociedade globalizada, requerem uma ação conjunta que se contraponha aos valores hegemônicos (WOLKMER, 2014).

Com o advento da globalização econômica e da financeirização, representadas ideologicamente pelo neoliberalismo, desencadeou-se um processo de "fragmentação e mal-

estar social gerada por uma cultura consumista e pós-modernizante", bem como, de "descrença nas funções tradicionais do Estado-Nação" e de "insuficiência das tradicionais práticas políticas de representação" (WOLKMER, 2014, p. 2).

O fenômeno da globalização reduziu drasticamente os espaços políticos, e com isso, conferiu-se à Constituição o papel de representante dessa esfera. Como consequência, a constituição e a democracia passam a ser definidas como estruturas processuais capazes de restaurar as bases da legitimidade liberal democrática (BERCOVICI, 2004, p. 21).

Por conta disso, o elemento democrático como justificador da legitimidade vem mostrando-se casa vez mais ausente. Um exemplo dessa crise é a normativização da constituição, processo em que os tribunais constitucionais tomam o espaço da política e dos partidos políticos, deixando de lado "questões essenciais como a democracia ou o poder constituinte". Ao ambicionarem o "cume da soberania", os tribunais constitucionais tomaram o lugar do poder constituinte soberano (BERCOVICI, 2004, p. 21).

Um dos efeitos dessa crise de normatização da constituição consiste em que as constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos. Nas palavras do autor:

> [...] a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silencio pela Teoria da Constituição. O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou a norma fundamental pressuposta, pois diz respeito a força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revoga-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, as tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição (BERCOVICI, 2004, p.22)

Nesse cenário de complexidades, de surgimento de formas democráticas de "baixa intensidade", elitistas e procedimentalistas, marcadas pela eliminação da tensão entre democracia e capitalismo, os sistemas políticos estão a ser insidiosamente corrompidos para atender exclusivamente aos interesses das facções dominantes do capital." (SANTOS, 2016, 162).

É necessário, nesse contexto, para que a ordem política alcance permanência e estabilidade, que esta opere respeitando tanto o princípio material político, que é a vida comunitária, quanto o de legitimidade democrática. Dussel (2007) aponta que a democracia crítica, libertadora ou popular, em que o povo é o ator principal é um sistema a ser reinventado perenemente e em que os excluídos devem participar como iguais em um novo momento institucional (a nova ordem política).

No tocante à contestação da legitimidade democrática e da ordem social no Brasil, Bercovivi (2013) aduz ser um reflexo da crise constituinte, que diz respeito à inadequação do sistema político, que não atende às necessidades humanas fundamentais. Assim, o problema constitucional brasileiro, em Bercovici (2013), está fundado na contradição entre a constituição formal e a constituição aos bloqueios da soberania periférica, à manifestação da soberania plena.

Em se tratando da profunda crise do sistema de representação, esta vem acompanhada da crise da própria institucionalidade vigente, "expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário." (WOLKMER, 2014, p. 6).

A representação, como diz Celso Campilongo, já não desempenha a função de integração social, de produção de identidades coletivas e de socialização política, uma vez que,

> [...] os partidos não se constituem mais no único nem no principal leito institucional onde deságuam as reivindicações populares [...]. Portanto, a crise dos partidos diz respeito à relação destes com a sociedade. Reflete sua incapacidade de filtrar as demandas sociais e transformá-las em decisões políticas. (1987. p. 96-97).

Como uma das do processo de esgotamento de tal modelo político, Viciano e Dalmau (2013) destacam a satisfação e o elevado nível de vida das sociedades estadunidense e europeia, que vêm propiciando um

enfraquecimento da tensão eixo do constitucionalismo, entre cidadãos e o poder público. Conforme os autores,

> O interesse das sociedades europeias pelas suas constituições tem diminuído surpreendentemente de forma drástica, após os momentos constituintes, de certo modo estelares, experimentados por eles depois da Segunda Guerra Mundial ou após a saída dos regimes autoritários. No entanto, e contra todo o prognóstico, esse interesse tem aumentado em muitos países da América Latina, paralelamente ao aumento da consciência da exploração dos seus cidadãos, e da evidencia da escassa identidade entre os interesses entre os representantes políticos e dos seus representados (2013, p.44).

Diante disso é lançada a tarefa de enfrentar a crise do modelo de democracia representativa. Assim sendo, faz-se "[...] necessário um movimento paradoxal de enfraquecimento e fortalecimento do Estado.", mediante a abertura para a ação popular [...]." (RADAELLI, 2017, p. 286-287).

O autor trata do resgate popular da democracia, primeiro, passando pela "[...] apropriação popular das instituições, operando-se a sua devida ressignificação na forma de uma institucionalidade popular-comunitária;" em segundo lugar, pela "[...] abertura para as formas de ação política que ocorrem fora e de forma paralela ao Estado, na forma de ação expressa nos referenciais de poder Dual [...]" (RADAELLI, 2017, p. 288).

Destaca, no mesmo sentido, a abertura do Estado para espaços políticos, instituições e regulações que funcionem fora dele, extra-institucionais, possibilitando a legitimidade das estruturas comunitárias.

Por fim, resta evidente a profunda crise da constitucionalidade da representação política (sistema eleitoral e partidário), devendo ser questionada e transformada radicalmente. Para a sua superação, Wolkmer (2014) aponta a necessidade de "[...] recuperação da esfera comunitária e a redimensionalidade consciente do poder participativo local para contrapor-se à crise e às novas formas de colonização apresentadas pela sociedade globalizada [...]" (WOLKMER, 2014, p. 3).

Como se verá adiante, a tarefa que se empreende não é a de descartar o modelo constitucional de representação, mas a de caminhar em direção a uma nova cultura política, "fundada na participação dos sujeitos coletivos emergentes, corporificadores de uma cidadania comunitária e intercultural." (WOLKMER, 2014, p. 10).

4 O pluralismo jurídico comunitário-participativo como possibilidade de redefinição do conceito de democracia

O desafio que se está enfrentando implica, essencialmente, a redefinição do processo democrático para a sociedade e do modo de se fazer política e a construção de alternativas democráticas de base pluralista. Este processo de transição paradigmática e a crítica ao funcionamento do Estado, deflagra a busca por uma ordem democrática legítima (SANTOS, 2016).

Para isso necessita-se da democratização e da descentralização do espaço público, ou seja, da reinvenção do espaço público tradicional dominado por clientelismo, autoritarismo e instabilidade sociopolítica para uma cultura de participação popular intensa (FAGUNDES, 2015).

Faz parte do desafio de democratização das estruturas estatais, além de reconhecer o esgotamento da democracia representativa liberal-individualista, reordenar o espaço público, "[...] redefinido e orientado pela insurgência de novos atores sociais [...] passando por um processo de descentralização democrática, participação na tomada de decisões e controle comunitário [...]" (WOLKMER, 2014, p. 2).

Visualiza-se esta possibilidade na reconfiguração do espaço jurídico-político fundamentada nos elementos constitutivos do pluralismo jurídico comunitário-participativo teorizado por Antonio Carlos Wolkmer e na reordenação do espaço público, resgatando formas de ação humana que passam por questões de comunidade, políticas democráticas de bases, participação e controle popular, gestão descentralizada, poder local ou municipal e sistemas de concelhos (WOLKMER, 2015).

O pluralismo jurídico comunitário-participativo proposto por Wolkmer diferencia-se drasticamente

das práticas conservadoras no âmbito do direito e da política, situando seus fundamentos de legitimidade em bases realmente democráticas (WOLKMER; FERRAZO, 2014).

No mesmo sentido, apresenta-se como o elemento de configuração de uma ordem político-jurídica que, como instrumento contra hegemônico, mobiliza a relação entre novos sujeitos sociais e o Estado, favorecendo a formação de um processo comunitário-participativo, definindo mecanismos plurais de práxis comunitária e avançando e ampliando o processo democrático com a consolidação de um novo espaço público (WOLKMER, 2015).

Em termos teóricos, A. C. Wolkmer afirma que o pluralismo jurídico está caracterizado "[...] como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais." (WOLKMER, 2015, p. 257).

Assim, o pluralismo jurídico comunitário-participativo emerge das manifestações de produção jurídica ligadas à participação democrática e comunitária e configura-se através de um espaço público em que atuam novos agentes sociais por meio de práticas comunitárias, capaz de revelar uma sociedade pluralista,

> Afirma-se, deste modo, a proposta de um novo pluralismo jurídico (designado participativo) configurado através de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, privilegiando a participação direta de agentes sociais na regulação de instituições-chave da sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe por vontade e sob o controle de bases comunitárias. (WOLKMER, 2015, p. 78).

Conforme apontado por Wolkmer, *"Tratase de un Pluralismo Jurídico transformador que constittuye su legitimidad desde el poder comunitario, de los nuevos actores colectivos subalternos y de sus necesidades* básicas[...][1]*"*. (WOLKMER, 2016, p. 14).

O Pluralismo jurídico comunitário-participativo como proposta para a superação do paradigma moderno e definido a partir da teoria de Antonio Carlos Wolkmer como um sistema composto pela a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, configura-se a partir de seus cinco pressupostos estruturados em duas condições: os fundamentos de *efetividade material*, que compreende os sujeitos coletivos e a satisfação das necessidades humanas e os fundamentos de *efetividade formal*, que corresponde ao reordenamento do espaço público, mediante uma política democrático-comunitária e participativa e privilegiando uma democracia descentralizada e de participação popular, o desenvolvimento da ética concreta da alteridade e a construção de processos favorecedores de uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2015).

O novo sujeito coletivo[2], elemento da teoria formulada por A. C. Wolkmer, configuram-se como "sujeito vivo, atuante e livre, que se autodetermina e modifica a mundialidade do processo histórico-social." (WOLKMER, 215, p. 215). Aqui, aponta Wolkmer, o "novo" e o "coletivo" não se confundem com termos de identidades humanas definidas segundo o critério de classe, etnia, sexo, idade, etc, mas a partir da "[...] postura que permitiu que sujeitos inertes, dominados, submissos e espectadores passassem a sujeitos emancipados, participantes e criadores de sua própria história." (WOLKMER, 2015, p. 278-279).

Ora, há de se reconhecer esses novos e múltiplos sujeitos como "[...] agentes capazes de instaurar uma prática política plural diferenciada, alternativa e criativa" (WOLKMER, 2014, p. 10).

As novas identidades coletivas articulam-se e organizam práticas em torno das exigências de dignidade, participação e satisfação das necessidades humanas e fundamentais, cujos processos de luta acabam politizando e modificando o espaço público.

Contudo, tais processos de lutas por novos direitos das novas subjetividades coletivas "[...] necessita de um processo democrático e participativo que permita a argumentação para discutir as reivindicações

1 "Trata-se de um Pluralismo jurídico transformador que constitui sua legitimidade desde o poder comunitário, dos novos sujeitos coletivos subalternos e de suas necessidades básicas." (WOLKMER, 2016, p. 14). (tradução própria).

2 Tais sujeitos não se confundem com os sujeitos individualistas, abstratos e universais de matriz liberal-burguesa, regulados pelas leis do mercado e inseridos do processo de capital e de trabalho. (WOLKMER, 2017, p. 11).

demandadas pelas partes e a satisfação de suas necessidades." (RUBIO, 2013, p. 63).

Em relação à reordenação política do espaço público, são a democracia, a descentralização e a participação as principais estratégias que devem ser exercitadas. Wolkmer aponta que "[...] a consolidação de práticas comunitárias implica na ampliação do processo democrático fundado na "descentralização", na "participação de base" e na redefinição de cidadania." (WOLKMER, 2014, p. 10).

O processo de construção de uma sociedade democrática passa pela redefinição da cidadania, como uma nova cidadania consciente e atuante, capaz de exercer o controle democrático sobre o Estado ou qualquer outra forma de poder instituído, não mais destituída de poder e regulada pelo voto delegativo (WOLKMER, 2015).

É deste modo que, por meio de políticas democráticas radicais, se reproduz um espaço público democrático e participativo, por meio da recuperação de formas de atuação que passem por questões como "[...] "comunidade", "políticas democráticas de base", "participação e controle popular", "gestão descentralizada", "poder local ou municipal", "sistema de conselhos" e "justiça comunitária"." (WOLKMER, 2015, p. 292).

Nesses termos, a reordenação do espaço público implica, conforme Wolkmer, a construção de uma cidadania intercultural paralelamente ao desenvolvimento de uma democracia participativa, que tenha como objetivo "[...] a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de cogestão e autogestão local/setorial/municipal/, bem como o incremento das práticas de conselhos [...]" (WOLKMER, 2015, p. 295),

Tratando especificamente da reordenação do espaço público, pressuposto na adoção do pluralismo jurídico comunitário-participativo, Martinez (2016) afirma que merece destaque na nova ordem política do espaço público, com o processo de consolidação da democracia participativa de base, o descobrimento de uma nova sociedade pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, fazendo emergir uma nova legalidade pautadas nas necessidades, uma vez que, com a limitação e insuficiência da democracia formal e do sistema convencional de representação (partidos políticos), que não logram transformar as demandas sociais em decisões políticas, se ampliam as condições de participação para as novas identidades coletivas insurgentes. Consequentemente,

> *[...] el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burgués formal y la regulación estatal de la "ciu- dadanía", para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que refejen los intereses y los confictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se conso- lida por el* número de votos, sino por *la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión* pública. (MARTINEZ, 2016, p. 67).

Deste modo, o pluralismo jurídico comunitário-participativo contribui para a consolidação de uma genuína democracia, operando como indutor do modelo de democracia comunitária por meio da ação dos sujeitos coletivos e do reconhecimento dos grupos comunitários. (RADAELLI, 2017).

Por fim, na nova configuração de democracia realizada comunitariamente, na concepção de Radaelli (2017) "[...] o povo passa a incidir diretamente, colabora para que o caráter delegativo, assumido nas democracias atuais, seja superado por uma ação representativa que, de fato, torne o povo presente na ação estatal." (RADAELLI, 2017, p. 221).

Faz parte do desafio de democratização das estruturas estatais, a análise crítica acerca da crise do modelo constitucional de representação, bem como, "[...] a discussão para novos paradigmas de legitimação, fundados na redefinição de conceitos, instituições e práticas democráticas." (WOLKMER, 2014, p. 14).

Em suma, há uma necessidade de expansão das práticas participativas e atuações coletivas implementadas por novos sujeitos coletivos, para além do espaço de cidadania formal. Contemporaneamente, faz-se necessária uma repolitização da vida social, onde a cidadania, "consciente e atuante", se articule e engendre com os processos de democratização por meio da ação da sociedade democrática descentralizadora, possibilidade propiciada pelo reconhecimento do pluralismo jurídico comunitário-participativo, como projeto pluralista de emancipação.

5 Conclusão

O processo de transnacionalização e globalização dos mercados, bem como as rápidas transformações sócio-políticas tornam evidente a profunda crise da constitucionalidade da representação política (sistema eleitoral e partidário), devendo ser questionada e transformada radicalmente, tendo em vista sua insuficiência em responder às reivindicações, demandadas e a satisfação das necessidades das novas subjetividades coletivas.

O modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou, se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, ante a fragilização do espaço público da política e sua economicização, que geram o desaparecimento de opções reais de escolha, pressuposto da democracia representativa. Como consequência, o modelo representativo passou a enfrentar momento de profunda crise que se constata na perda de confiança nos partidos políticos e na eficácia dos poderes do Estado, agravada pela manipulação do poder delegado aos representantes dos países.

O desafio que se está enfrentando implica, essencialmente, a redefinição do processo democrático para a sociedade e do modo de se fazer política e a construção de alternativas democráticas de base pluralista. Este processo de transição paradigmática e a crítica ao funcionamento do Estado, deflagra a busca por uma ordem democrática legítima.

O que se propugna é a adoção de políticas democráticas radicais, que reproduzam um espaço público democrático e participativo e possibilitem a estruturação de uma ordem democrática legítima, em direção a uma nova cultura política plural e, ao mesmo tempo, a construção de uma nova cidadania consciente e atuante, capaz de exercer o controle democrático sobre o Estado, não mais limitando-se às insuficientes regras formais da representação.

Assim, não se intenta romper com o modelo constitucional de representação, mas, essencialmente, a de avançar e ampliar o processo mediante formas de democracia direta, bem como, caminhar em direção a uma nova cultura política, baseada na participação ativa dos novos sujeitos coletivos emergentes, corporificadores de uma nova cidadania comunitária, cujos processos de luta, que visam a satisfação das necessidades humanas e fundamentais, acabam politizando e modificando o espaço público.

A partir do viés do pluralismo jurídico comunitário-participativo, é possível visualizar uma nova relação entre novos sujeitos sociais e o Estado, abrindo a possibilidade de formação de um processo comunitário-participativo, por meio da definição de mecanismos plurais de práxis comunitária e do avanço e ampliação do processo democrático com a consolidação de um novo espaço público.

Enfim, a tarefa que se tem em vista é possibilitar o exame crítico acerca da crise do modelo constitucional da representação, que implica na busca por alternativas. Assim, ainda que não se pretenda apresentar o pluralismo jurídico comunitário-participativo como derradeira solução para o esgotamento do modelo de democracia representativa, revela-se estratégia importante no processo de democratização e de reordenação do espaço público.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, Nº 61, 2004.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, 88: 305-325, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPILONGO, Celso F. **Representação política e ordem jurídica**: os dilemas da democracia liberal. São Paulo: USP, 1987. [Dissertação de Mestrado].

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Repensar a democracia.** In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. 184 p.

FAGUNDES, Lucas Machado. **Juridicidades insurgentes:** elementos para o pluralismo jurídico de libertação latino-americano. 2015. Tese. Doutorado em Direito- Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GORCZEVSKI, Clovis; MARTÍN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania** [recurso eletrônico]: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Disponível em: <www.unisc.br/edunisc>. Acesso em: 20 jul. 2012.

LINERA, Alvaro García. Democracia liberal vs. democracia comunitária. **Red Voltaire.** 2004. Disponível em: http://www.voltairenet.org/article122845.html. Acesso em: 27 Jul 2017.

MARTINEZ**,** Alejandro Rosillo. Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación. **Revista Derechos en Acción**; no. 2. Verano 2016/2017. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/59572. Acesso em: 20 Mai 2017.

MORAES, José Luis Bolzan de; STRECK Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RADAELLI, Samuel. **Constitucionalismo Comunitário da Alteridade:** a experiência andina na perspectiva do Pluralismo Jurídico e da Filosofia da Libertação. 2017. Tese. Doutorado em Direito- Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

RUBIO, David. Sánchez. Pluralismo Jurídico e emancipação social. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Quintanilha Veras Neto; LIXA, Ivone Morcilo. **Pluralismo jurídico:** os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia:** reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

VICIANO, Roberto Pastor; DALMAU, Rubén Martínez. O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano:** tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. pp.154-168.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paula: Saraiva, 2015.

_____. FERRAZZO, D. Resignificação do conceito de democracia a partir de direitos plurais e comunitários latino-americanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 200-228, julho/dezembro de 2014.

_____. Da constitucionalidade clássica da representação para os novos caminhos da teoria democrática participativa. **REVISTA DO CURSO DE DIREITO,** UFMA, São Luís, Ano IV, n. 8, jul/dez 2014.

_____. **Estado Plurinacional, Descolonización y Pluralismo Jurídico Igualitario**. Lima, 5-7 de diciembre 2016, VIII Seminario Internacional y Pre-congreso de la Red latinoamericana de antropología jurídica (RELAJU)-Sección Perú.

_____; FREITAS, Raquel Coelho de. O impacto do novo constitucionalismo nos processos de construção da democracia na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v.70, p. 595-632, 2017.

O REGIME DO BEM VIVER COMO TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DE UM MODELO DE DESENVOLVIMENTO EUROCÊNTRICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA[1]

Rômulo Soares Cattani
Acadêmico do Curso de Direito e
Bolsista de Iniciação Científica da Universidade Franciscana.
rcattani98@gmail.com

Márcio de Souza Bernardes
Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana;
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina;
Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul;
Advogado.
msbernardes@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho pretende investigar, a partir de um estudo analítico da Constituição do Equador (2008), se o regime do bem viver pode ser considerado um novo paradigma de desenvolvimento não-eurocêntrico ou se é somente uma nova forma de compreensão do desenvolvimento. Para tanto, utilizou-se da seguinte metodologia: abordagem dedutiva; procedimento monográfico; técnica de pesquisa bibliográfica. Ao cabo, verificou-se que as mudanças paradigmáticas do novo constitucionalismo latino-americano e, em especial, no diploma jurídico-político equatoriano, apontam para a formação de uma nova teoria do direito, que permita, rompendo com as dicotomias da modernidade, sobretudo a relação entre ser humano e natureza, voltar-se para um desenvolvimento efetivamente comprometido com uma sustentabilidade forte.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Decolonialidade; Desenvolvimento; América Latina; Equador.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo investigar, a partir de un estudio analítico de la Constitución del Ecuador (2008), si el régimen del bien vivir puede ser considerado un nuevo paradigma de desarrollo no eurocéntrico o si es sólo una nueva forma de comprensión del desarrollo. Para ello, se utilizó la siguiente metodología: enfoque deductivo; procedimiento monográfico; técnica de investigación bibliográfica. Por último, se verificó que los cambios paradigmáticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano y, en especial, en el diploma jurídico-político ecuatoriano apuntan a la formación de una nueva teoría del derecho, que permita, rompiendo con las dicotomías de la modernidad, relación entre ser humano y naturaleza, volverse hacia un desarrollo efectivamente comprometido con una sostenibilidad fuerte.

Palabras clave: Constitucionalismo; Decolonialidad; Desarollo; América Latina; Ecuador.

1 Texto adaptado de artigo apresentado à disciplina "Atualidade do Direito: Novo Constitucionalismo Latino-Americano" da grade curricular do Curso de Direito da Universidade Franciscana.

1 Introdução

> "Somos dominados e não percebemos. Lemos e repetimos frases de efeito, sem efeito. Não nos permitem sermos quem somos em liberdade. A liberdade se faz na consciência. A Colonização trouxe a mais forte e feroz forma de dominação que já existiu na história da humanidade. Na mentalidade."
>
> (Anibal Quijano)

Desde o "descobrimento" por Cristóvão Colombo no fatídico ano de 1492 até a contemporaneidade, a história dos povos latino-americanos é tragicamente marcada por infortúnios, explorações e descasos. A maior parte desses acontecimentos decorrem do poder hegemônico que os países capitalistas centrais exerceram e, infelizmente, ainda exercem sobre nossas terras.

Em que pese a extinção das colônias nos territórios ao sul do globo, ainda prospera na mentalidade desses povos um imaginário eurocêntrico que foi imposto e admitido como a única racionalidade válida pelo mundo capitalista.

Em contraponto, um novo fenômeno constitucional é vivenciado no continente, especialmente a partir do início do século XXI, que traz inúmeras transformações na forma de Estado, nos Direitos Fundamentais e, até mesmo, o reconhecimento de povos e culturas que integram esses países.

É nessa conjuntura que surge o regime do *buen vivir* que, inspirado na cosmovisão dos povos originários, intenta uma nova compreensão da relação entre o ser humano e a natureza (*Pachamama*) sob uma perspectiva biocêntrica.

O propósito deste trabalho é investigar se esse modelo pode ser considerado um novo paradigma de desenvolvimento não-eurocêntrico, a partir de um estudo analítico da Carta Constitucional Equatoriana de 2008, ou se é somente uma nova forma de compreensão do desenvolvimento.

No que se refere à metodologia, a abordagem é dedutiva, pois o estudo parte do geral para o particular, analisando o contexto em que se insere as mudanças constitucionais no Equador, para, posteriormente, verificar o alcance destas mudanças na carta constitucional daquele país; o método de procedimento é o monográfico, na medida em que se atém a análise do caso específico do constitucionalismo equatoriano no que se refere ao ingresso do conceito de *buen vivir*; e a técnica de pesquisa é a bibliográfica, realizada por intermédio de consulta a livros e artigos acerca da temática abordada (LAKATOS; MARCONI, 2010).

O trabalho divide-se em três tópicos com o fim de elucidar ao leitor a complexidade da temática abordada, qual sejam: "Breves anotações acerca de um novo constitucionalismo que (in)surge na América Latina"; "A construção de um modelo de desenvolvimento não-eurocêntrico? Decolonialidade e giro biocêntrico na América Latina"; e "O regime do bem viver instituído pela Constituição Equatoriana".

2 Breves anotações acerca de um novo constitucionalismo que (in)surge na América Latina

O constitucionalismo moderno, de matriz liberal-individualista, forjado no triunfo das revoluções burguesas do século XVIII, se consagrou como meio de limitação do poder estatal em todo o mundo. Não obstante, na atualidade, há o surgimento de novas facetas desse fenômeno que passa por permanentes ressignificações.

Nesse cenário, após a queda dos regimes de exceção e a consequente entusiasmo de movimentos populares ocorrida nas últimas décadas do século XX, emerge um novo constitucionalismo na América Latina que, por sua vez, apresenta uma série de inovações no âmbito dos direitos fundamentais (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2014).

Esse novo constitucionalismo, de acordo com Wolkmer e Fagundes (2011), depreende seu enfoque na relação democrática que originará as constituições e à difusão de mecanismos democráticos no bojo dela. Em outras palavras, há a preocupação política de intentar a legitimação da soberania popular, antes mesmos

da afirmação jurídica positivada.

Ademais, na leitura dos referidos autores,

> [...] há que se destacar a preocupação com as causas sociais que motivaram os novos textos constitucionais, bem como o ímpeto insurgente da transformação do Estado e o redirecionamento jurídico em favor das populações historicamente (so)negadas nas necessidades fundamentais, fatores que originam o movimento caracterizado como "novo constitucionalismo latino-americano" (2011, p. 383).

O início desse movimento foi marcado pelo primeiro ciclo das Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991), com enfoque social e descentralizador. O segundo ciclo é representado pela Constituição da Venezuela (1999) que avança para um constitucionalismo participativo, popular e pluralista. Por fim, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) perfazem o terceiro ciclo e consolidam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um paradigma não universal de Estado de Direito, concomitante com experiências interculturais e práticas de pluralismo jurisdicional com igual hierarquia (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

As peculiaridades históricas do continente criaram uma realidade que carecia de uma configuração política e social própria. Para tanto, o conteúdo dos novos Estatutos Fundamentais devem manter coerência com sua fundamentação democrática, através de instrumentos para a participação política direta, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2014).

Nesse interim, afirma Medina (2014, p. 133) que os grupos sociais não são, de forma alguma,

> [...] afastados da participação política e, no momento, estão participando ativamente das profundas mudanças ocorridas na Venezuela, no Equador e na Bolívia. Todos contribuíram com suas cosmovisões nas Assembleias Constitucionais e na tentativa de efetivação de normas constitucionais. Esse conjunto de Constituições possui algumas características em comum, como a origem popular, uma nova repartição de poderes, a criação de novas formas de participação política, a garantia da efetivação dos direitos econômicos e sociais, uma nova relação do Estado com o poderio econômico.

Denota-se, pois, que a atuação constante dos cidadãos nos processos decisórios é condição de possibilidade para a realização da democracia instaurada por essas Cartas Constitucionais, visto que não fica sujeita à realização de acordos e *lobbys* no interior do parlamento, como ocorre na maioria dos países de democracia liberal.

Na mesma linha, outra inovação levantada pelo Novo Constitucionalismo é a democracia consensual, na qual não se pode falar em argumento vitorioso ou melhor argumento, uma vez que o diálogo não deve ser interrompido pela simples votação e a consequente conquista da maioria, mas sim em um diálogo constante para a construção de consensos temporários (MAGALHÃES, 2010).

Nesse sentido, corrobora Magalhães (2014, p. 115):

> No lugar de uma democracia meramente representativa e majoritária, concorrencial, é construída a alternativa de uma democracia consensual fundada na busca do consenso na solução dos conflitos e na construção de políticas públicas. No lugar de um Judiciário que funciona de forma imperial, dizendo o direito ao caso concreto, a busca permanente é a da mediação, por meio da construção de consensos provisório e sempre democráticos, que objetivem o equilíbrio, ou o restabelecimento do equilíbrio perdido com o conflito.

Para mais, um dos propósitos desse movimento é a solução da problemática da desigualdade social, dado que as sociedades latino-americanas em geral possuem uma grande defasagem no que se refere aos direitos promocionais. Para isso, as novas Cartas Constitucionais resguardam os direitos de segunda geração como fundamentais ou, na Bolívia, fundamentalíssimos.

De acordo com Medina (2014, p. 131),

> Esse movimento do Novo Constitucionalismo propõe-se como um dos pensamentos descolonizadores, opondo-se a todo o histórico do colonialismo e do imperialismo. Entendendo as peculiaridades da América Latina, sua identidade e seus problemas, sugere formas alternativas na construção de outra sociedade latino-americana, uma sociedade plural, capaz de captar anseios de camadas sociais, como os indígenas, um setor social que viveu alijado do espaço político. Compreender esse fenômeno político requer entender a unidade dessa sociedade latino-americana, como uma coletividade marcada pela dependência externa e por uma forma própria de espoliação capitalista.

Para tanto, a instituição do Estado Plurinacional foi um dos meios encontrados para efetivação dos direitos socioambientais, dos princípios democráticos e de igualdade que, apesar de formalmente inclusos nos textos constitucionais anteriores, eram invisibilizados pelo ideário do Estado Nação e de sistema econômico universalizante que repulsavam a diversidade cultural existente desde sempre no Continente Americano (NOGUEIRA; DANTAS, 2012).

Nesse sentido, tal insurgência política

> [...] demonstra uma postura de rompimento e transformação do paradigma estatal dominante; a partir da historicidade crítica, os sujeitos que foram coisificados e moldados à racionalidade externa homogeneizadora emergem no cenário político de exigibilidade de suas necessidades, tomando o poder sob as variantes da mentalidade voltada aos interesses populares e com vista a absorver as complexidades, sem contudo, uniformizá-las (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 392).

Sobre a repercussão do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, aduzem Wolkmer e Fagundes (2011, p. 382)

> [...] ainda que incertezas, desconfianças e ceticismos planem sobre o continente, não irão faltar vozes para acudir em defesa do prosseguimento dessa marcha popular, e serão milhares de vozes; entendendo que se apropriar do direito e do Estado não basta é preciso um processo de transformação destas instituições para que a história possa contar a descolonização pelo viés emancipatório, libertário e insurgente do povo que contornou seu passado, marcado por sangue inocente e verdadeiras catástrofes de desumanidade, impetrada pelo próprio ser humano aos seus pares, com a justificativa civilizatória imposta pela modernidade e por sua racionalidade.

Portanto, o novo paradigma constitucional insurgente na América Latina, atento às realidades locais e regionais, se efetiva como um meio de libertação e (re)conhecimento dos povos originários, garante novos direitos políticos e sociais e propõe uma outra relação com a natureza, tema que será debatido no próximo capítulo.

3 A construção de um modelo de desenvolvimento não-eurocêntrico? Decolonialidade e giro biocêntrico na América Latina

De acordo com Quijano (2009), a "conquista" da América Latina e a mundialização do poder capitalista emergente sucedem no mesmo momento e no mesmo movimento históricos e, a partir daí, o capitalismo constitui o seu centro hegemônico na Europa e passa a estabelecer também a colonialidade e a modernidade como eixos constitutivos de seu padrão de poder.

Sob esse contexto,

> [...] foi elaborado e formalizado um modo de produzir conhecimento que dava conta das necessidades cognitivas do capitalismo: a medição, a externalização (ou objectivação) do cognoscível em relação ao conhecedor, para o controlo das relações dos indivíduos com a natureza e entre aquelas em relação a esta, em especial a propriedade dos recursos de produção. [...] Esse modo de conhecimento foi, pelo seu carácter e pela sua origem, eurocêntrico. Denominado racional, foi imposto e admitido no conjunto do mundo capitalista como a única racionalidade válida e como emblema da modernidade. As linhas matrizes dessa perspectiva cognitiva mantiveram-se, não obstante as mudanças dos seus conteúdos específicos, das críticas e dos debates, ao longo da

> duração do poder mundial do capitalismo colonial e moderno (QUIJANO, 2009, p. 74)

Desse modo, verifica-se que o eurocentrismo está comprometido em perpetuar a condição subalterna dos países periféricos que se verifica na criação de instituições e na difusão de ideologias que corroboram com seu poder colonizador, bem como na elaboração de metas desconexas com a realidade dos povos latino-americanos, africanos e asiáticos.

Por seu turno, Mignolo (2017) aduz que a colonialidade equivale a uma matriz colonial de poder, a qual é um complexo de relações que se oculta por detrás da retórica da modernidade, permeada por suas falácias e ficções das promessas de progresso e desenvolvimento, que justifica a violência da colonialidade.

Na literatura, Eduardo Galeano, em sua clássica obra "As veias abertas da América Latina", já alertava:

> Segundo a voz de quem nos manda, os países do sul do mundo devem acreditar na liberdade do comércio (embora não exista), em honrar a dívida (embora seja desonrosa), em atrair investimentos (embora sejam indignos) e em entrar no mundo (embora pela porta de serviço) (2017, p. 5).

De outro lado, a decolonialidade é um modo de pensar que se dissocia das cronologias construídas pelas novas epistemes ou paradigmas e desmistifica os modelos pelos quais deveríamos orientar nosso pensamento e nosso fazer (MIGNOLO, 2017).

Segundo Mignolo (2017), o pensamento decolonial é marcado pelo constante desprendimento da epistemologia moderna, hegemônica e, mais além, do conhecimento disseminado durante os últimos quinhentos anos que ancorou projetos históricos, econômicos e políticos, sob pena de estarmos fadados à ilusão de que não há outra forma de pensar, fazer e viver.

Nesse sentido, o consagrado autor afirma que a ideia de modernidade

> [...] é uma ficção na qual o eurocentrismo se funda e devemos tratá-la como tal; o que torna irrelevante a necessidade de sermos modernos. Hoje diríamos que mais que "nos modernizar" a orientação é para "nos naturalizar". Isto é, na medida em que o discurso constitutivo da modernidade separou ser humano e natureza, cultura e natureza, e nos fez esquecer que somos (nossos corpos necessitam de água e alimentos) natureza. Por isso, a tendência hoje é a de naturalizar-nos mais que nos modernizar (MIGNOLO, 2017, p. 26).

Logo, aponta-se para a necessidade da reintegração do ser humano como parte da natureza, em detrimento do que apregoa o discurso da modernidade.

O regime do bem viver – *Sumak Kawsay* ou *Suma Qamaña*, na linguagem dos povos quíchua e aymara, respectivamente – institucionalizado nas vanguardistas Constituições do Equador e da Bolívia, objetiva alcançar a compreensão integral das relações entre ser humano e natureza, e reformular o desenvolvimento passando por uma decolonização epistemológica (NOGUEIRA; DANTAS, 2012).

Tal decolonização epistemológica passa invariavelmente por um giro biocêntrico que, segundo Gudynas (2009), supera os valores antropocêntricos típicos da modernidade para reconhecer o ser humano como parte da *Pachamama*, mãe-terra, e reconhecê-la como sujeito de direitos.

Na mesma linha de raciocínio, aduzem Nogueira e Dantas (2012, p. 40) que

> Dar titularidade à natureza, Pachamama, encarando-a como sujeito de direito, capaz de atuar dentro de uma esfera jurídica, quebra as lições tidas pelo racionalismo moderno de dissociação entre sujeito e objeto, ou seja, entre ser humano e natureza, especialmente o olhar antropocêntrico que paira sobre a epistemologia hegemônica ocidental.

Conforme Bernardes (2017), os referidos processos constituintes remodelaram o pensamento ecológico-político a partir do diálogo intercultural e da inserção nas constituições das culturas andinas numa relação de horizontalidade.

Nesse arcabouço, emergem alternativas criativas e inovadoras do ponto de vista do questionamento tanto do mercado quanto do Estado no que se refere às questões ecológicas e de produção do comum. A saber,

> O que se pode observar no movimento constitucionalista na América Latina, especialmente em países como o Equador e Bolívia [...], é a busca por um rompimento as lógicas do capitalismo globalizado, de modo a desincorporar toda uma cultura colonizadora dos países centrais do capitalismo, mas reincorporando alguns de seus conceitos para redimensionar a relação homem-natureza, e buscar o entrelaçamento efetivo, conforme Negri e Hardt (2016) do "mundo material" (o ar, a água, o solo, etc.) com os resultados da "produção social" e a própria "interação social" necessária à produção (BERNARDES, 2017, p. 262-3).

O caráter pós-capitalista do bem viver remete também à insustentabilidade desse sistema frente aos inúmeros problemas ambientais, bem como à exclusão e ao crescimento vertiginoso das desigualdades sociais.

De acordo com Nogueira e Dantas (2012, p. 36),

> Isso significa aceitar a lógica da diversidade cultural, étnica e social de visões sobre o meio ambiente e sobre o desenvolvimento, incorporando, contudo, o ideal *do buen vivir*, com a finalidade de mitigar as desigualdades sociais e os danos que o sistema hegemônico vem trazendo para a vida no planeta. Com isso, as institucionalidades e o Direito passam a incorporar os saberes tradicionais, aliando-se à busca do bem comum, para produção de um novo modelo de desenvolvimento, que se distancie da exclusão social e das desigualdades econômicas que se observa hoje.

É possível asseverar que o *buen vivir* constitui um paradigma de desenvolvimento que traz à tona a superação do modelo liberal-individualista, a construção de uma convivência harmônica entre ser humano, natureza e as suas comunidades, além do compromisso com redução das desigualdades sociais e dos danos causados pelo sistema hegemônico.

Por derradeiro, por estar-se diante da complexidade de uma epistemologia decolonial, não é possível avaliá-lo tão somente pelos esquadros dos organismos e instituições geridos pelos países capitalistas centrais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

4 O regime do bem viver instituído pela constituição equatoriana

A Carta Equatoriana de 2008, conforme já se debateu nos capítulos anteriores, é responsável por um robustecimento no movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Alicerçada na cosmovisão dos povos originários, foi aprovada mediante plebiscito e estabeleceu um novo regime de garantias: o do bem viver.

No entanto, sobressalta Gudynas (2011) que o bem viver é um conceito que permanece construção, ainda que haja um consenso que este represente uma ruptura com as ideias convencionais de desenvolvimento. Tal propósito aparece claramente na chamada Constituição de Montecristi e, nesse sentido, há diversas remissões à temática ambiental.

Nessa linha, sustenta Acosta (2009, p. 23-4):

> A nova constituição é um projeto coletivo escrito agora pensando no amanhã. Um projeto que permite ter uma vida equilibrada entre todos os indivíduos, com a coletividade e com a natureza. Não se pode esquecer que o ser humano se realiza em comunidade, com e em função de outros seres humanos, sem pretender dominar a natureza. Por isso, de forma pioneira em nível mundial, a nova constituição estabeleceu que a natureza é sujeito de direitos. (tradução nossa)

O novo regime do bem viver positivado no supracitado Estatuto Fundamental apresenta diretrizes sobre inclusão e equidade, dentre as quais se encontram os tradicionais direitos sociais, além de disposições acerca da biodiversidade e dos recursos naturais, isto é, dos direitos da natureza que, por sua vez, passa a ser sujeito de direitos e não mais mero objeto (WOLKMER, 2013).

A Constituição Equatoriana, segundo Gudynas (2009, p. 39),

> [...] assim como reitera o conceito de *pachamama*, também introduz o do *sumak kawsay* para o bem

> viver, que permite o encontro dos saberes tradicionais com algumas variantes das ideias ocidentais de qualidade de vida e desenvolvimento humano. E, de outro lado, também conjectura as temáticas ambientais como marco para uma estratégia de desenvolvimento. (tradução nossa)

Na mesma perspectiva, colaciona Bernardes (2017, p. 266) que

> [...] considerando o Bem viver na interconexão, entre direitos humanos e direitos da natureza. Trata-se, de uma sociedade plural no sentido de "albergar um amplo conjunto de direitos que se articula de forma simultânea com outros direitos não se encontram em seu interior", de modo que o bem viver não pode ser pensado senão interligando direitos da natureza (*Pachamama* na sabedoria indígena) e direitos humanos.

Mais ainda, esse novo modelo de desenvolvimento propõe a vinculação entre os sistemas econômico, político e sociocultural com o ambiental e, em que pese a existência de múltiplos objetivos, aponta sempre para a preservação da natureza e a promoção do ordenamento territorial (GUDYNAS, 2009).

Sob esse contexto, impende destacar que, segundo o mandamento constitucional, o valor básico da economia equatoriana

> [...] é a solidariedade. Se busca uma economia distinta, uma economia social solidária, diferente daquela caracterizada por uma suposta livre concorrência que ousa o canibalismo econômico entre seres humanos e que alimenta a especulação financeira. (ACOSTA, 2009, p. 20) (tradução nossa)

Contudo, de acordo com Wray (2009), esse modelo produtivo e econômico não objetiva restringir as atividades econômicas, mas sim viabilizar e incentivar aquelas que não alterem a capacidade de regeneração dos ecossistemas, a fim de impedir que se acabe com os recursos naturais em curto prazo.

Assim, para Benalcázar (2009, p. 137),

> [...] o *buen vivir* constitui um paradigma de sociedade sustentável baseada na ligação equilibrada e equitativa entre economia e natureza, de tal forma que a "vida inteira" esteja garantida para a espécie humana. E aqui cabe uma afirmação fundamental: na relação de reciprocidade entre seres humanos e natureza, a espécie humana – ao garantir a si mesma sua continuidade – garante a sobrevivência de todas as demais, facilitando que as cadeias tróficas fluam sem falhas e os ecossistemas mantenham seu equilíbrio e, assim, possam cumprir a sua missão ecológica de sustentar toda forma de vida; é, digamos, um ciclo virtuoso de ecologia viva. (tradução nossa)

Imperioso salientar ainda que o modelo proposto pelo *buen vivir* – para além da abordagem a partir da cosmovisão indígena e as consequentes ressignificações – sobressalta a necessidade de efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, como pressuposto para o desenvolvimento de suas potencialidades (WRAY, 2009).

De outra banda, assume elevada importância a questão da plurinacionalidade como algo que diz respeito à todos os integrantes da sociedade equatoriana. Segundo Benalcázar (2009, p. 142):

> A plurinacionalidade surge como um requisito essencial na construção da nova democracia no momento que povos, culturas, nacionalidades se visibilizam no cenário nacional após séculos de reprovação e exclusão; Surgem como atores explicitamente diferenciados por seu passado originário e clamam por especifidade na sociedade nacional, mas não dentro de um estatuto na qualidade de "subsociedades". Pelo contrário, a progressividade de suas lutas e direitos sob igualdade de condições dentro do Estado enquanto nacionalidades, isto é o direito ao governo próprio, ao território, à língua, à cultura, à justiça, ao controle dos recursos naturais [...] (tradução nossa)

Logo, denota-se a condecoração de todas as nacionalidades, seus povos e culturas, como importantes atores políticos dentro do Estado Plurinacional equatoriano. Nessa linha, ressalta Wray (2009, p. 56) "a importância que o diálogo, o reconhecimento de direitos, a decisão e a democracia, tem na Constituição como pressupostos fundamentais para a construção do bem viver".

Portanto, em que pese a existência de entraves para a sua concretização de seus mandamentos da Constituição de Montecristi, o regime do *buen vivir* constitui um novo paradigma em termos de

desenvolvimento, uma vez que erige a questão ambiental como valor intrínseco da sociedade equatoriana, a ponto de não poder se pensar em direitos humanos senão interligados com os direitos da natureza.

5 Considerações finais

O movimento constitucionalista que insurge na América Latina a partir do final do século XX, com viés emancipatório e libertador, apresenta uma série de inovações e rupturas frente ao constitucionalismo moderno. Cada vez mais, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano se desvela como instrumento de resistência contra-hegemônica e efetiva-se como alternativa de resistência ao pensamento colonial eurocêntrico.

Principalmente com o advento dos Estatutos Fundamentais do Equador e da Bolívia, emergem novos elementos que modificam a visão antropocêntrica sobre a natureza e refundam uma série de institutos políticos e jurídicos, tais como o modelo estatal plurinacional, a participação popular, a democracia consensual e o reconhecimento da *Pachamama* como sujeito de direitos.

Dentre essas mudanças, destaca-se o regime do *buen vivir* que, assentado na cosmovisão indígena, constitui um paradigma de desenvolvimento que pressupõe a superação de uma lógica liberal-individualista e intenta para a construção de uma convivência mais harmoniosa entre o ser humano e a natureza em comunidade, além da radicalização de uma gama de direitos fundamentais, pautada no compromisso com redução das desigualdades sociais e dos danos ambientais decorrentes do sistema hegemônico.

Além do mais, face à complexidade de uma epistemologia decolonial, não é possível avaliá-la unicamente pelos parâmetros quantitativos pelo sem-número de orgãos e instituições criados e gerenciados pelos países capitalistas centrais que, por óbvio, reproduzem as tradicionais relações de poder que alijaram os povos latino-americanos por séculos.

Muito embora com dificuldades de concretização em inúmeros aspectos, pode-se considerar que a incorporação no diploma político-jurídico equatoriano, indica para uma verdadeira revolução no âmbito jurídico que, por certo, demandará ainda muito esforço acadêmico para sua compreensão.

Por derradeiro, as mudanças paradigmáticas do constitucionalismo latino-americano, apontam para a formação de uma nova teoria do direito, que permita, rompendo com as dicotomias da modernidade, sobretudo a relação entre ser humano e natureza, voltar-se para um desenvolvimento efetivamente comprometido com uma sustentabilidade forte.

Referências

ACOSTA, Alberto. Siempre más democracia, nunca menos, A manera del prologo.

In: _____; MARTINEZ, Esperanza. **El buen vivir**: uma vía para el desarrollo. Quito: Abya-Yala. 2009. p. 19-30.

BENALCÁZAR, Patrício Carpio. El Buen Vivir, mas allá del desarrollo: La nueva perspectiva Constitucional em Ecuador. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza. **El buen vivir**: uma vía para el desarrollo. Quito: Abya-Yala. 2009. p. 115-148.

BERNARDES, Márcio de Souza. **A (re) invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano:** ecologia política, direito e resistência na América Latina. 2017. 311 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sergio. Garantias de direitos fundamentais no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais. **Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/

artigos/?cod=449ef87e4d3fa1f1>. Acesso em: mai. 2018.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales**. n. 32, abr. 2009. Disponível em: < https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res32.2009.02 >. Acesso em: mai. 2018.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de**

Metodologia Científica. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir despues de Montecristi. In: **Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo**. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al

Desarrollo, Quito. Marzo 2011. Disponível em: < http://www.gudynas.com/publicaciones/capitulos/GudynasDesarrolloNaturalezaDespuesMontecristi11.pdf>. Acesso em: mai. 2018.

MAGALHÃES, José Luis de Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010. Disponível em: < http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83/3981>. Acesso em: mai. 2018.

_____. A alienação da política nas democracias constitucionais modernas e as

alternativas democráticas consensuais na América Latina. In: VAL, Eduardo Manuel. BELLO, Enzo. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EdUCS, 2014. p. 104-118.

MEDINA, Fabio. "Pachamama, o filme": saberes indígenas e o novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel. BELLO, Enzo. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EdUCS, 2014. p. 130-147.

MIGNOLO, Walter. Desafios coloniais hoje. **Epistemologias do Sul**. v. 1. n. 1. 2017. Disponível em: < https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/772>. Acesso em: mai. 2018.

NOGUEIRA, Carolina Barbosa Contente; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. O sumak kawsai (buen vivir) e o novo constitucionalismo latino americano: uma proposta para concretização dos direitos socioambientais? **Anais do Universitas e Direito 2012**. Curitiba: PUCPR. 2012. p. 24-42. Disponível em: < http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/universitas?dd1=7481&dd99=view&dd98=pb>. Acesso em: mai. 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

RODRIGUES, Isabel Nader. Recursos naturais na sociedade capitalista e o paradigma do Sumak Kawsay.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: _____. **Constitucionalismo Latino-Americano**: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

_____; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, v. 16, n. 2. jul/dez. 2011. Disponível em: < http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>. Acesso em: mai. 2018.

WRAY, Norman. Los retos del regímen del desarollo: El Buen Vivir em la Constituicion. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza. **El buen vivir**: uma vía para el desarrollo. Quito: Abya-Yala. 2009. p. 51-62.

GT03: O TEMPO E A VULNERABILIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

O MERCADO VIRTUAL E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Janaina Do Nascimento Vieira

MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas Rio, Especialista em Direito Aplicado aos Serviços de Saúde pela Universidade Estácio de Sá. Membro da Clínica de Combate ao Superendividamento – Grupo de Estudos Consumo e Cidadania - do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Advogada.

Resumo: O consumidor surge como ponto principal da economia em busca de eternas experiências emocionais, onde a felicidade é atingida de forma individualizada e como um produto adquirido através do comercio. A revolução digital contribuiu para a emergência de uma sociedade de mobilidade personalizada, na qual indivíduos têm possibilidade de se beneficiar de uma nova desventura dos seus deslocamentos e de organização de vida para realização transações através do e-commerce. Ocorre que a globalização do Direito não acompanhou a tecnológica, deixando o consumidor extremamente vulnerável quanto à proteção de suas garantias nas relações mercantis virtuais, portanto busca apresentar a sagacidade do mercado virtual face da constante necessidade do individuo consumir, através do método dedutivo e por meio de pesquisa referencial nacional e estrangeira.

Palavras-Chaves: Consumidor. Vulnerabilidade. E-commerce.

Abstract: The consumer emerges like a main product of a economy in search of emotional experiences when buy products. The happiness is achieved in an individualized way and as a product acquiredfor the commerce. The digital revolution has contributed to the emergence of a personalized mobility society in which individuals are able to benefit from their displacements and to carry out transactions through e-commerce. But, is is important understand that globalization os technologic did not accompany the law, leaving the consumer extremely vulnerable for did not exist their protection in virtual market relations. This article to present the evolution and velocity the e-commerce when compared the law, through the deductive method and national and internacional reference research.

Keywords: Consumer. Vulnerability. E-commerce.

1 Introdução

A sociedade de consumo está inserida em uma lógica de profusão de produtos, imagens, serviços, revelando-se nitidamente atrelada a sedução. Não se identifica com a percepção ao acumulo, mas a ideia de escolhas, combinações presonalizadas, substituição para satisfação dos desejos. É um processo de individualização uma vez que a ideia de busca de satisfação individual dos desejos sobrepôs ao interesse coletivo social.

Nesta sociedade, a proteção de Direitos parte de uma liberdade negativa sobre a falsa sensação de segurança jurídica ou proteção insuficiente. Tal liberdade gera um efeito social negativo em razão da indolência social, ou seja a conformação com a realidade e a carência de autoestima cívica já que o indivíduo não se vê como parte integrante do processo e apenas confia nas migalhas da cidadania de direito individual oferece, marginalizando categorias onde o sujeito vê o outro como objeto de exploração e acessão.

Neste contexto, vive-se a sociedade de hiperconsumo como aquela em que as insatisfações crescem mais depressa que as ofertas de felicidade. Consume-se mais, mas vive-se menos; quanto mais explodem os apetites de aquisição, mais se aprofundam os descontentamentos individuais. Desorientação, desapontamento,

desilusão, desencanto, tédio, nova pobreza: o universo mercantilizado agrava metodicamente o mal do homem, deixando-o em estado de insatisfação irredutível (LIPOVTSKY, 2007, p. l58).

O individualismo exacerbado atrelou a sociedade à lógica de consumo que se constituiu uma forma de servidão voluntária em aceitar todos os padrões estabelecidos pelo simples fato da negação possibilitar exclusão social. O consumidor não quer ficar de fora da lógica de consumo, expondo sua felicidade através da compra dos bens com o compartilhamento na internet. Não há mais apenas a necessidade de comprar, mas de demonstrar para os demais para ser inserido no grupo. A liberdade em comprar não está vinculada à necessidade natural, mas a psicológica ou a social. Neste sentido, será que se vive mesmo atrelado a liberdade individual ou uma servidão voluntária à indústria cultural nas relações de consumo?

Para LA BOTIÉ (2016, 15) "O discurso que hoje endeusa a liberdade individual não merece mais crédito do que qualquer outro discurso político-ideológico. Hoje, mais do que ontem, a liberdade individual é só aquilo que o poder, através das suas máquinas de propaganda, houver por bem considerar liberdade."

Assim, o consumismo hoje, como citado, não diz mais respeito à satisfação das necessidades básicas e sim a necessidade de identificação ou da autosegurança quanto adequação. É a falsa ideia de liberdade individual atrelada a necessidade de integração social através dos bens de consumo.

Para OLIVEIRA (2017, p.3), a sociedade de consumo tem como base a promessa de satisfação dos desejos humanos em grau que nem uma sociedade do passado pode ter alcançada. Na promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto desejo continua insatisfeito , ou seja, exatamente a não satisfação dos desejos e a convicção inquebrável e a toda hora renovada, reforçada, de que cada tentativa de sucesso de satisfazê-los fracassou no todo ou em parte e que constitui os verdadeiros motores da economia voltada para o consumidor. Assim, a sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros.

A lógica Consumista da modernidade, portanto, é em busca da satisfação ilimitada dos desejos dos consumidores. O individualismo exacerbado, influenciado pelo capitalismo e o Estado liberal, faz com que o individuo busque a satisfação eterna de seus desejos, marcados pelos bens de consumo, transformando o ciclo em um vício constante ao consumo, sem a real proteção jurídica de seus direitos já que o Estado está atrelado à um Direito altamente positivista, o que não acompanha os anseios sociais e exsurge problemas econômicos e sociais.

Neste sentido, a cultura do consumismo, marcada por uma pressão constante para que os indivíduos possuam algo mais, torna o consumidor altamente vulnerável quando comparado ao fornecedor do produto na lógica de mercado. Com a revolução tecnológica e o advento da internet, o consumismo acompanhou a rapidez do meio virtual, ensejando, assim, o e-commerce.

No entanto, mister se faz destacar que o Direito não acompanhou a rápida e crescente evolução do mercado virtual e o consumidor já vulnerável, em razão da sua inserção na logica predatória de mercado, se viu ainda mais vulnerável pela ausência de mecanismos efetivos de proteção. Assim, tornou-se imprescindível o estudo sobre da vulnerabilidade do consumidor inserido no singular comercio virtual e a demonstração das medidas utilizadas neste contexto como forma capaz de produzir juridicidade válida e segurança ao consumidor.

2 Hipermodernidade e vulnerabilidade do consumidor

O dinamismo das relações econômicas de consumo impõe, não apenas novos padrões estéticos como alteram constantemente predileções do consumidor, como forma de realizar contratações e pagamentos.

O consumidor, influenciado por uma sociedade do hiperconsumo, torna-se altamente vulnerável diante da constante necessidade de consumir mais sem com que o Direito do Consumidor acompanhasse a evolução digital.

O Papel do Direito é justamente dar condições para maior eficácia das normas protetivas dos direitos de Defesa do Consumidor, preservando as conquistas desse indivíduo que tem sua vulnerabilidade agravada quando adentra no cyber-espaço.

Primeiramente, é importante destacar que a sociedade pós-industrial – hipermoderna, conforme entendimento de Gilles Lipovetsky - é voltada aos serviços mediante as ondas de sedução dos indivíduos. É a remodelação de acordo com o processo sistemático de personalização cuja finalidade consiste essencialmente "multiplicar e diversificar a oferta, em oferecer mais para que se possa escolher melhor, em substituir a indução uniforme pela livre escolha, a homogeneidade pela pluralidade, austeridade pela satisfação dos desejos" (LIPOVETSKY, 2005, p.03), remetendo ao nosso universo aos ditames opcionais e da ambiência psíquica, no qual cada um tem o prazer de compor a vontade os elementos de sua existência.

É uma sociedade de sedução uma vez que a oferta de produto e serviços está atrelada a uma lógica de pertencimento social e satisfação individual. O mercado vende uma ideia como padrão a ser seguido ou alcançado e os consumidores se atrelam essa ideia como objetivo individual de vida, como se aquele padrão vendido fosse seu próprio desejo mais intimo. Guy Debord define esse tipo de sociedade como o espetáculo:

> El espectáculo, considerado en su totalidad, es a la vez el resultado y el proyecto de un modo de producción existente. No es un suplemento al mundo real ni su decoración superpuesta. Es el corazón del irrealismo de la sociedad real. Bajo todas sus formas particulares, información o propaganda, publicidad o consumo directo de entretenciones, el espectáculo constituye el *modelo* presente de la vida socialmente dominante. Es la afirmación omnipresente de una elección *ya hecha* en la producción, y u corolario consumo. La forma y el contenido del espectáculo son idénticamente la justificación total de las condiciones y de los fines del sistema existente. Es también el espectáculo la *presencia permanente* de esta justificación, en tanto que acaparamiento de la parte principal del tiempo vivido fuera de la producción moderna (DEBORD, 2007, 09)

Assim, diante da crescente necessidade do indivíduo se mostrar vivo, atrelado com as pressões de estatuto social, passou-se a caracterizar o hiperconsumo, ou seja, o consumidor surge como o ponto central da economia de mercado em busca de experiências emocionais e de bem estar na qualidade de vida e de saúde, ambas marcadas pela alta intensidade do imediatismo e comunicação (LIPOVETSKY, 2005). A individualização transformou o consumo em um sistema que o comprador se revela cada vez mais informado, infiel, crítico e estético, encontrado no universo de consumo contínuo sincronizado e subjetivo.

O consumidor passa a buscar a felicidade através das relações de consumo por ser internalizado que o modo de vida, os prazeres e os gostos estão diretamente ligados com sistema de comércio. Assim, a sociedade do hiperconsumo funciona como uma sociedade de desorganização psicológica que se reveste da rede subjetiva para a satisfação imediata em busca de uma felicidade intangível em razão da intensa modificação dos padrões e mercadorias na sociedade hipermoderna.

Para Verbicaro e Rodrigues (2017) "a era hipermoderna é marcadamente paradoxal, na medida em que possibilitou a coexistência de valores completamente antagônicos. Essa conjuntura reflete diretamente no posicionamento do homem contemporâneo, que, diante de tantos avanços e da exigência de que se acompanhe todos eles sob pena de exclusão social, vê-se nulificado e inevitavelmente absorvido pela lógica predatória do mercado".

Como o desenvolvimento da internet e redes sociais, surgiu uma nova forma de venda de padrões pelas ditas blogueiras. A sociedade começou a ser influenciada por pessoas que passavam ideia de que haviam conseguido alcançar o padrão social a ser vivido. O próprio governo deu legitimidade à atividade de divulgação via redes sociais quando contratou tais profissionais para divulgar campanhas governamentais. Os níveis de devoção atual pelos influencers são tão forte que o próprio Estado utiliza desses meios para atingir o publico. Nada mais é que uma vinculação psicológica para criar ideia de pertencimento que não se sabe se aquela produto, serviço ou estilo de vida é real ou patrocinado por empresas, o que torna o consumidor ainda mais vulnerável por ausência de informação verdadeira, o que confirma as palavras do próprio Guy Debord (2007, 09) "En el mundo realmente invertido, lo verdadero es un momento de lo falso".

Destaca-se que a caracterização da vulnerabilidade do consumidor está relacionada com a ausência de qualquer instrumento para resistir ao poderio econômico das empresas, bem como aos erros técnicos e falhas no processo produtivo, de informações inadequadas ou inexistentes sobre os diferentes produtos e serviços, da publicidade enganosa e de cláusulas abusivas (CANTO, 2013).

A vulnerabilidade, portanto, decorre dá ideia de que o consumidor está potencialmente sujeito a ser

ofendido, seja no sentido físico, psíquico ou econômico do termo. Conforme, Jean-Pascal Chaza apud Canto (2013, p. 189) "se o consumidor deve ser protegido pela lei, não é porque ele é sistematicamente lesionado, mas porque suscetível de sê-lo, pela simples razão de defender-se mal, de não estar bem armado para fazer frente ao seu parceiro adverso adversário que o fornecedor". O conceito de vulnerabilidade, no entanto, não se confunde com incapacidade. Caracteriza-se pela propensão em sofrer danos e coloca por consideração o próprio contexto que está inserido o individuo na sociedade de consumo.

A categoria vulnerável justifica um olhar normativo social e está relacionada à potencialidade lesiva do dano. A mulher, por exemplo, está mais suscetível a abordagem da indústria cultural porque dela é exigido um padrão social diferenciado dos demais.

Os idosos, por exemplo, apresentam menor empoderamento econômico e limitações físicas e emocionais maiores. Sabendo dessas carências, ele é uma das categorias que sobre maior abordagem no assédio de consumo. A abordagem publicitária age de forma agressiva para consumir mais, para adquirir maiores empréstimos. Neste sentido, é fato, considerando tal circunstancia de fragilidade agravada, a justificação da tutela jurídica diferenciada.

O ponto de partida para reconhecimento da vulnerabilidade é a inferioridade econômica, ou seja, a incapacidade de dialogar com os meios de produção e lidar com abordagem padronizada na contratação de produtos e serviços, a partir do qual várias subespécies se desenvolvem, como a vulnerabilidade informacional, vulnerabilidade comportamental.

É importante reconhecer a vulnerabilidade do consumidor diante da propagação das práticas comerciais coercitivas. A principal abordagem é a padronização do consumidor como ser genérico. O comércio se despersonaliza, o que caracteriza a indústria cultural. Para OLIVEIRA (2017, p. 41) A indústria cultural é um tipo de apelido para a situação que já vimos e de escrita: na qual a arte, cuja autonomia eu poder crítico deveriam de sua oposição à sociedade, pode não ser mais possível, já que provou ser facilmente assimilável pelo mundo comercial, ao passo que outras formas culturais não fazem nenhuma afirmação crítica assim.

Para Marques (2012, p. 216) O consumidor é um agente ativo altamente influenciado pela sociedade de consumo e considerado, ao mesmo tempo, persona com a identidade cultural. É um sujeito consciente sobre seus direitos e seu papel com grande influencia das pressões do mercado, por isso, considerado vulnerável.

O indivíduo que não faz parte do padrão é excluído e, assim, a se vê obrigado a seguir as características desejáveis pela indústria cultural, através do consumo, para ser aceito na sociedade. Atrelada à lógica predatória de mercado, bem como pela busca incessante da felicidade através dos bens de consumo, a internet é estabelecida como a leveza hipermoderna, ou seja, possibilidade de cada um está simultaneamente em vários lugares.

Essa revolução digital contribuiu para a emergência de uma sociedade de mobilidade personalizada, na qual indivíduos têm possibilidade de se libertar de diferentes pesos do real e de se beneficiar de uma nova desventura dos seus deslocamentos e de organização de vida, ao passo que cada vez mais consumidores fazem compras online e difundem consequentemente e-commerce (LIPOVETSKY, 2007).

3 A VULNERABILIDADE ATRELADA AO MERCADO VIRTUAL

Vale destacar que a metade da população já possui acesso à internet e o número de pessoas com smartphone já ultrapassa os 35% da população. Ademais, o percentual de consumidores virtuais ativos na internet já chegou a 20% da população. Em 2015, o site e-bit divulgou que o faturamento do segmento ficou em R$ 41,3 bilhões, o que significou um crescimento de 15,3% em relação ao ano de 2014. A expectativa é que o ano de 2016 tenha fechado com um crescimento de 8% em relação ao ano anterior, o que representaria um faturamento que chega a R$ 44,6 bilhões (EUGÊNIO, 2017).

No que diz respeito ao ordenamento jurídico aplicável nas relações virtuais, o Brasil não detém de ordenamento específico para proteção da pessoa humana nesse tipo de relação, inclusive, no que diz respeito à proteção de dados, destaca-se:

> O fenômeno da informática permite um fluxo sem controle de informações e de dados relativos a

> uma pessoa independente, muitas vezes, de sua vontade, cuja atuação não oferece barreiras e nem fronteiras. O uso indevido é uma ameaça ao direito à intimidade, resguardado constitucionalmente, em razão da circulação, da violação e da comercialização de dados, que na atualidade constitui-se em uma nova mercadoria de valor inestimável, atualmente no Brasil Estes são comercializados sem qualquer controle e preocupação legislativa e cujo valor é sedutor a qualquer sujeito que os manipule. O abastecimento e o tráfico destes dados podem se dar da forma mais simples possível e na maioria das vezes, fornecidos voluntariamente pelo seu titular, em especial quando preenchi um cadastro de crédito bancário ou comercial, nos arquivos da própria administração pública, nas redes sociais, nos portais de contato ou de contrato online bastantes utilizados na atualidade, participação em campanhas comerciais e publicitárias, Concursos, reservas de voos, hotéis... E, uma vez armazenados, constitui-se em uma informação valiosa e que pode, por si, permitir nossa identificação. Devemos ser conscientes de que essa informação revela aspectos importantes de nossa personalidade e que outros indivíduos possam dela se utilizar livremente na web sem o nosso conhecimento e quando banalizada constituir profícua fonte de mais diversas espécies de danos (TADEU, 2011, p. 95-96).

Assim, verifica-se a primeira caracterização de vulnerabilidade do consumidor que está despida de qualquer instrumento para resistir ao poderio econômico das empresas, está relacionada aos erros técnicos e falhas no processo produtivo, de informações inadequadas ou

inexistentes sobre os diferentes produtos e serviços, da publicidade enganosa e de cláusulas abusivas (CANTO, 2013).

De respeito ao comércio virtual, Erik Jayme apud Canto (2013) destaca que as novas tecnologias da comunicação facilitada pelas redes globais determina a maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam, trazendo a necessidade de um sistema jurídico de proteção de consumidores.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo vai se modificando de acordo com as tendências tecnológicas, o que pode agravar a debilidade do consumidor, comprometendo a confiança quando da utilização do e-commerce.

Segundo Marques (2011), a doutrina é unanime no sentido de que o comercio eletrônico deve ser entendido de maneira diferenciada uma vez que os consumidores ali envolvidos são mais fracos e leigos por não entender o dinamismo da otimização das informações virtuais. Neste sentido, há necessidade de reconstrução da confiança no comercio eletrônico através da transparência e das informações qualificadas para possibilitar uma relação contratual menos danosa ao consumidor.

Marques (2011) questiona ainda se houve efetivamente aumento do poder decisório do consumidor cibernauta. Dispõe que apesar de a Internet pôr fim aos limites do mundo real, como fronteiras e línguas, bem como às discriminações de cor, sexo e religião, acarreta em um "agravamento" da vulnerabilidade do consumidor. A sua capacidade de controle é diminuída, pois é guiado por *links* e conexões, recebendo as informações que desejam lhe fornecer, limitando sua capacidade de escolha face às informações reduzidas, denominado pela autora como "extremo déficit informacional".

Neste sentido, a vulnerabilidade do consumidor virtual está atrelada alguns aspectos específicos do próprio tipo de mercado. A ausência de informação qualitativa, de certeza em relação a individualização do consumidor, bem como, do fornecedor, a fragilidade do mercado diante da constante mudança no sistema de informática, são alguns pontos que dificultam a caracterização de confiabilidade na realização de transações no mercado virtual. A seguir, discutirá as três principais características do mercado virtual com relação a proteção do consumidor.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO E-COMMERCE

A dificuldade na proteção do consumidor no comercio eletrônico está vinculada em três obstáculos na internet em face da otimização da informação: a desmaterialização, a desterritorialização e a despersonificação do contrato (BARRETO; LIMBERGE, 2011).

Para Barreto e Limberge (2011), a desmaterialização do contrato dá-se pelo fato do computador ou outro meio tecnológico apenas exibir imagem codificado do contrato, sem bases físicas. Assim, o obstáculo

a ser superado é a confiança sistemática do consumidor no fornecedor para realização do contrato.

A desterritorialização se caracteriza pela ausência de fronteiras no ambiente virtual proporcionada pela navegação no espaço cibernético. Marques (2011) defende a criação de conjunto de normas internacionais para defesa do consumidor em razão da desterritorialazão das relações comerciais virtuais para proteção do consumidor. A autora defende ainda que deveria ser elaborada uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado em relação a alguns contratos e transações com consumidores, tendo em vista as particularidades intrínsecas destes. Em sua obra, elabora, inclusive, uma proposta da referida convenção, que engloba 7 (sete) artigos, nos quais prevalece a ideia de aplicação da lei material mais benéfica ao consumidor, indistintamente do país de origem deste ordenamento jurídico. Marques (2011) propõe que esta Convenção Interamericana regulando as normas de conexão no consumo internacional siga os moldes do que ocorre na Europa, com a Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável aos contratos e a Convenção de Bruxelas de 1968, sobre jurisdição, que são, segundo a autora, os exemplos mais frutíferos em matéria de regulamentação de direito do consumidor no Direito Internacional Privado.

A despersonificação é estabelecida pela ausência de caracterização do fornecedor e comprador do serviço. O contratante foi virtualizado por não está presente. Daí, a utilização das expressões remetentes e destinatário nas relações comerciais. É fato que para realização de transações virtuais será necessária à indicação de nomes, senhas, e-mails, dados de documentos, mas, é certo que estes dados não necessariamente são utilizadas pela pessoa que ali está realizando o negócio pela desnecessidade da presença física propriamente dita.

Marques (2004) confirma esta despersonificação do consumidor ao asseverar que "o sujeito consumidor é um destinatário final contratante, um sujeito 'mudo', na frente de um écran, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha, uma assinatura eletrônica ou um número de cartão de crédito".

3.2 MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

É fato que os contratos eletrônicos são um reflexo da economia globalizada e sem Fronteiras não foge da aplicabilidade do direito do consumidor uma vez que embora seja um tema novo as relações de consumo típicas por meio eletrônico devem ser protegidas mediante os aspectos constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro:

> A repercussão da proteção constitucional em contratos eletrônicos de consumo poderia encontrar barreiras no sentido de não haver legislação específica acerca do tema, porém, do contrário, se não a qual que é a lei que trate do assunto, deverão os aplicadores do direito visualizar Em tais contratos a natureza típica, ou seja, relação de consumo - e aplicação por analogia lógica princípios, Direitos e deveres decorrentes de outros tipos contratuais, em decorrência da Lei maior, da proteção constitucional dos consumidor que não pode ser perdida de vista em razão da ausência de lei, mas ser priorizada por se tratar de uma Norma de ordem pública e sua proteção estarem esculpidas na Constituição Federal.(VIAL, 2013, p. 231)

Nesse prisma, observa-se que o princípio basilar da Lei nº. 8.078/90 é o princípio da proteção, contudo o CDC não foi criado com o intuito da proteção do consumidor no comércio eletrônico, visto que esta forma de contratação não havia se difundido ainda na época da elaboração da lei. Todavia, apesar de o CDC não trazer regulação específica para o comércio eletrônico, o consumidor que adquire produtos e serviços por intermédio de meio virtual vê-se também protegido pelas normas nele previstas, gozando dos mesmos direitos. Assim, "as normas referentes à proteção do consumidor não são derrogadas tampouco afastadas, uma vez que o consumidor eletrônico tem direito à proteção igual ou maior à existente em outros âmbitos do comércio" (SILVA, 2013).

A lei 12.965 denominada "Marco Civil da Internet" foi promulgada em 23 de abril de 2014, cuja denominação se deve ao fato de estipular parâmetros em relação a direitos, deveres e princípios para a utilização da internet, não tratando tão claramente sobre o *e-commerce,* somente aborda as diversas operações realizadas através dos meios eletrônicos, citando como exemplo a proteção à privacidade e a proibição de captação indevida de dados do usuário (BOACHAT; CABRAL; PERES; SOUZA, 2016).

O Decreto nº. 7.962/13 possui 8 (oito) artigos que regulam situações diversas na esfera do consumo eletrônico. Todas as medidas e regras nele previstas foram editadas com base nas reclamações e demandas mais frequentes nos órgãos de defesa do consumidor. As medidas estabelecidas no referido decreto são basicamente relacionadas com dois pontos: atendimento facilitado no que diz respeito ao Direito à informação do consumidor e Direito de arrependimento.

Os sites de compras coletivas devem informar, a partir deste regulamento, a quantidade mínima e o prazo de utilização da oferta. Quantos ao demais sites, é obrigatório a apresentação de contrato mais facilitado, enfatizando as clausulas que reduzem direitos, bem como, oferecer o contrato ao consumidor em meio que permita "conservação e reprodução" do contrato, imediatamente após a contratação; manter serviço "adequado e eficaz" de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor; responder ao consumidor em até cinco dias, além da estipulação do direito de arrependimento.

No entanto, o Decreto não foi suficiente para abarcar as demandas do comercio virtual, em face da ausência de lei específica para proteção do Consumidor na matéria das relações de consumo virtuais, doutrinadores sustentam uma espécie de diálogo entre as fontes normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor preservando a natureza especial e fundamentos constitucionais explicito da legislação de proteção consumidor. Neste sentido, é importante destacar ainda que o diálogo das fontes poderá estabelecer-se não apenas entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, mas, ainda, entre o Diploma Consumerista e outras leis especiais.

Marques (2012, p. 220 - 222) afirma que o futuro do Direito privado seria o coletivo, organizando o brilho do Direito Constitucional no Direito Privado. A convergência entre o Direito Publico e do Direito Privado é a exigência do dialogo das fontes a favor do vulnerável. Só o uso necessário entre as fontes, sejam publico ou privado, efetivaria a completa defesa do vulnerável na sociedade.

4 PROJETO DE LEI 281/2012

É importante destacar os inúmeros projetos de leis existentes para regulamentação os mercados virtuais. O PLS 281 de 2012 cria uma nova sessão do Código do Consumidor para tratar de comércio eletrônico, por exemplo. As novas regras tratam da divulgação dos dados do fornecedor, da proibição dos spams, do direito de arrependimento da compra e das penas para a prática abusiva contra o consumidor. Este é um projeto da corrente de um trabalho realizado por grandes juristas de defesa do consumidor, inclusive, tendo como integrante a Dra. Claudia Lima Marques.

Canto (2013, 200 – 202) realizou uma análise sobre a PL 281/2012 com suas principais alterações:

> 1)A positivação do dialogo das fontes nos artigos 1º, 5º e 7º do CDC;
>
> 2) a inclusão do incisos XI e XII no art. 6º, de modo a instituir como direito básico do consumidor a "autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico e "a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de descriminação e assédio de consumo"
>
> 3) a criação da Seção VII no CDC para tratar de comercio eletrônico, dispondo sobre "normas gerais de proteção do consumidor no comercio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais";
>
> 4) A criação do art. 45-B que deleneia os deveres específicos que devem ser observados pelo fornecedor para a oferta de produtos e serviços; do art. 45-C que estipula as obrigações do fornecedor; e do art. 45-D que estabelece as informações que devem ser enviadas ao consumidor após a aceitação da oferta por meio eletrônico ou similar. Esses artigos concretizam a tutela da confiança do consumidor pelo principio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade;
>
> 5) A criação do art. 45-E que veda o envio de spam e mensagens eletrônicas não solicitadas a

> consumidores com os quais não possui relação de consumo prévio, ou que manifestaram sua recusa diferentemente ou em cadastros de bloqueio;
>
> 6) a vedação de mensagens que não observem o princípio da identificação obrigatória de mensagem publicitária; e de transmissão dos dados pessoais dos consumidores sem expressa informação e consentimento informado comercio de dados, previstas, respectivamente, nos incisos I e II do paragrafo 5 do art. 45-E;
>
> 7) O reforço e facilitação do Direito de arrependimento em 7 dias e a criação de contrato a distancia equiparada (art. 49);
>
> 8) a previsão expressa da multa civil como forma de indenização punitiva (paragrafo 9º do art. 49), dissociando-se a indenização concedida a título de dano moral de indenização com finalidade punitiva e dissuasória, sendo esta importante instrumento de organização social e de equilíbrio do sistema econômico e jurídico;
>
> 9) a inclusão do inciso XIII no art. 56 que institui a sanção administrativa de suspensão ou proibição de utilizar o comercio eletrônico a fornecedor que infringir as normas de defesa do consumidor. E, se o fornecedor descumprir a pena, permite que o juiz determine o bloqueio de consta bancarias e a suspensão do repasse de pagamentos e transferência financeiras como forma de compelir o cumprimento da sanção (paragrafo 4 do art. 59);
>
> 10) o estabelecimento de que a lei aplicável aos conflitos decorrentes do fornecimento a distancia internacional é a do domicilio do consumidor, mas sendo permitido que o juiz aplique a lei escolhida pelas partes, caso esta seja mais favorável aos consumidor.

A reforma, conforme análise supramencionada, é o modelo mais adequado para enquandrar a necessidade de atualização do funcionamento da internet com seus efeitos sociais que envolvem a ordem publica. Isso porque abarca os principios já defendidos pelo Direito do Consumudor em observancia especial as especificades do mercado virtual. Conforme aduz Canto (2013, p. 203) "compete agora ao Parlamento Brasileiro garantir a preservação das conquistas consumeristas nesses mais de 20 anos de CDC e evolução das normas juridicas em sicronia com as modificaçôess tecnologicas da sociedade pos-moderna, caracterizada pela complexidade, pelo pluralismo, pela velocidade e pelo apego à informação". Ocorre que o projeto encontra-se paralisado na Câmara dos Deputados desde 2015, sem perspectiva de votação.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, é muito fácil realizar transações. O consumidor, influenciado por uma sociedade do hiperconsumo, torna-se altamente vulnerável diante da constante necessidade de consumir mais sem com que o Direito do Consumidor acompanhasse a evolução digital.

O Papel do Direito é justamente dar condições para maior eficácia das normas protetivas dos direitos de Defesa do Consumidor, preservando as conquistas desse indivíduo que tem sua vulnerabilidade agravada quando adentra no cyber-espaço. No entanto, o complexo do avanço tecnológico gerou situações inimagináveis do legislador da década de 90, o que consequentemente cria divergências interpretativas e instabilidade na proteção do consumidor.

Neste sentido, considerando as lacunas legislativas, o consumidor ocupou uma condição de vulnerabilidade face do contexto de desinformação na qual foi inserido. Assim, mister se faz analisar as medidas protetivas atuais a proteção do individuo no e-commerce e sua efetividade na proteção da sua vulnerabilidade.

É fato que alterações pretendidas são importantes para aumentar a confiança das contratações, bem como para facilitar o estabelecimento de um vínculo contratual no meio virtual. No entanto, o diálogo das fontes tem se apresentado como verdadeiro método para solução de conflitos e superação diante das dicotomias na hipermodernidade e do hiperconsumo face da ausência de leis que abarcam a dinâmica do sistema comercial virtual.

Assim, verificada o atual posicionamento do consumidor na hipermodernidade, cujo consumo se tornou uma necessidade real até para satisfação psíquica individual da pessoa humana, não é admissível ignorar a vulnerabilidade do consumidor diante das especificidades do mercado virtual e da ausência do

acompanhamento do direito na evolução tecnológica. É fato que medidas são tomadas para aplicação da lei no caso concreto, como o dialogo das fontes. No entanto, enquanto o próprio sistema político não entender a necessidade de proteção do consumidor vulnerável através de leis próprias diante dos nuances do e-commerce e do hiperconsumo, a aplicação dos códigos existentes ainda serão genéricos para verdadeira proteção dos direitos e garantias nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ricardo Menna. LIMBERGER, Têmis. **Ciberespaço e Obstáculos 3D: Desafios à Concretização do Direito do Consumidor.** RDC 79, 2011, p. 100-120.

BOECHAT, Ieda Tinoco. CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. PERES, Filiph Antunes. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. **E-commerce, Marco Civil da Internet e Vulnerabilidade do Consumidor.** 2016. Disponível em <www.derechoycambiosocial.com>Acesso em 12 dez 2017.

CANTO, Rodrigo Eudelvein. **Direito do Consumidor e a Vulnerabilidade no Meio Digital.** RDC 87, 2013, p. 179 – 209.

DEBORD, Guy. **La Sociedad del Espetáculo**. Valencia: Pré-Textos, 2007.

EUGÊNIO, Marco. **Crescimento do comércio eletrônico no Brasil**. 2017. Disponível em < https://ecommercenews.com.br/artigos/tendencias-artigos/crescimento-do-comercio- eletronico-no-brasil/> Acesso 23 dez 2017

LA BOÉTIE, Étienne. **Discurso sobre a servidão voluntária.** Lisboa: Antígona, 2016, p.17-60.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**: **Ensaios sobre o individualismo contemporâneo.**

São Paulo: Manole: 2005. p. 1-17.

_____. **A Felicidade Paradoxal: Ensaios sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. Lisboa: Edições, 2007.

_____**. Da Leveza: Rumo a uma civilização sem peso**. São Paulo: Amarilys: 2016. p. 111-148.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A Estetização do Mundo: Viver na era do capitalismo** artista. São Paulo: Companhia das Letras: 2013. p. 262-295.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais.** São Paulo**:** Revista dos Tribunais, 2011.

_____ A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado. Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1153. (Coleção Doutrinas essenciais; v. 2).

MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: RT, 2016. p. 178-190, p. 192 -225.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães. **Direito do Consumidor Superendividado**. Lumen Juris: Rio de janeiro, RJ, 2017.

VERBICARO, Dennis. RODRIGUES, Lays Soares dos Santos. **Reflexões sobre o Consumo Hipermoderno: O diagnóstico de uma sociedade confessional.** Revista Direito em Debate. Vol. 26, n. 48, 2017. P. 342-363.

SILVA, Carla. **O Comércio Eletrônico Sob a Ótica do Direito do Consumidor**. 2013, 30. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Pontifica Católica do Rio Grande do Sul, RS.

TADEU, Silney Alves. **Um Novo Direito Fundamental: Algumas Reflexões Sobre a Proteção da Pessoa e o Uso Informatizado De Seus Dados**. RDC 79, 2011. p. 82 – 99.

VIAL, Sofhia Martini. **A Sociedade da (Des)Informação e os Contratos de Comércio Eletrônico**. RDC 88. 2013, p. 229-257.

A COBRANÇA DE DÍVIDA BANCÁRIA PRESCRITA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Celso Lopes Seus

Mestre em Direito e Sociedade. Universidade La Salle, Canoas

celsoseus@hotmail.com

RESUMO: Este artigo pretende analisar a tormentosa questão da cobrança de dívidas bancárias prescritas e a vulnerabilidade do consumidor ao ser cobrado por esses débitos impagos. Para tanto, serão analisadas perfunctoriamente as questões relativas à concessão de crédito, à identificação do crédito como um produto imaterial, a análise dos tipos contratuais mais comuns para a concessão de crédito, a ausência de garantia para essas mesmas dívidas bancárias e a sua respectiva falta de pagamento. Configurada a mora do consumidor, surgem as questões relativas ao tratamento jurídico dado pelo CDC ao devedor inadimplente, o que não retira nenhuma proteção da lei nessa hipótese. A seguir, serão analisadas as questões relativas à prescrição dessas mesmas dívidas, cuja regulação se dá pelo Código Civil Brasileiro. A partir desse contexto sócio-jurídico, exsurge a intensa vulnerabilidade do consumidor frente à insistente cobrança desses débitos pelas instituições financeiras. E ao final, serão tecidas breves considerações acerca solução jurídica passível de ser alcançada.

Palavras-chave: Consumidor; dívida prescrita; cobrança.

1 Introdução

A sociedade de consumo é perversa: ao mesmo tempo em que a pessoa humana encontra um universo bastante amplo para satisfazer suas necessidades materiais e até mesmo as psicológicas, a imposição do consumo despropositado é a tônica do dia-a-dia das ofertas as mais simples. E o consumo, em suas mais diversas opções, encontra um novo elemento que surgiu tão intenso quanto a sociedade de consumo: o crédito. Poder-se-á sustentar seja o crédito um elemento efetor, potencializador, expansor da sociedade de consumo. Para tanto, surge uma nova forma de consumo, que é exatamente a do consumo de crédito.

Para consumir crédito, o consumidor soi utilizar-se de instrumentos de crédito, que são os mais diversos tipos contratuais que podem ser ofertados apenas por instituições financeiras. Ao tornar-se temporariamente possuidor da riqueza alheia, a partir da qual ele poderá interagir na sociedade de consumo, que é uma sociedade hipercomplexa, globalizada, desmesurada e permanente, o consumidor enfrentará com a sua capacidade econômica a necessidade de pagamento dessa riqueza alheia. Em não havendo a capacidade de pagamento no tempo e na dimensão exigidas a partir dos instrumentos de crédito, o consumidor enfrentará os problemas da inadimplência e da permanência no tempo do registro da falta de solvência de suas obrigações contratuais.

Os tipos contratuais de maior expressão no mercado de consumo de crédito são três, dois deles de características bastante próprias do mercado financeiro, que são a conta bancária com limite de saque a descoberto e o empréstimo consignado; o terceiro tipo é o cartão de crédito, um sistema de compra de produtos e serviços cuja principiologia é supranacional, própria dele, o qual tornou-se a mais evidente forma globalizada de um produto de crédito, dispensando sequer identificar se se trata de compra realizada no país onde houve a emissão do cartão de plástico, ou não.

O paradoxo dessas formas contratuais é o de todas serem desprovidas de garantia real ou fidejussória. Inadimplida a obrigação de pagar, surgem problemas sociais, econômicos, jurídicos e até mesmo regulatórios, haja vista que a inadimplência é um dos fatores de risco da atividade financeira em geral, e da bancária em particular.

O primeiro problema que o consumidor enfrenta ao se tornar inadimplente é o da cobrança administrativa, antes da cobrança judicial. O segundo problema é o sempre nefasto registro de seu nome nos cadastros negativos a que se refere o artigo 42 do CDC. E o registro permanecerá ativo até que a obrigação seja satisfeita, mas observado o tempo previsto em lei para a sua cobrança, conforme o artigo 206, § 5º, inciso I do Código Civil Brasileiro. O terceiro problema será o da cobrança judicial, haja vista que todos os instrumentos de crédito são documentos particulares aptos à ação de conhecimento para exigir a instituição credora o pagamento do crédito recebido, mas impago.

Esgotados os meios de localização do devedor, alcançada sua citação válida, da superação dos argumentos jurídicos passíveis de arguição pela defesa a fim de reduzir a sempre intensa onerosidade dos encargos do instrumento de crédito, restará, após o trânsito em julgado, a liquidação de sentença respectiva com a identificação de bens aptos à expropriação. Na ausência deles, o último item para obterem-se valores suficientes ao pagamento do débito, a pesquisa BACENJUD poderá revelar valores eventualmente disponíveis, desde que não tenham a imunidade processual do 833 do CPC. Exauridas todas estas possibilidades, não haverá o pagamento, mas o débito permanecerá pendente e registrado pelo menos no cadastro do cliente, na instituição financeira credora.

2 O código de proteção e defesa do consumidor

A doutrina majoritária cataloga a atividade financeira como "serviço", a partir da redação do artigo 3º e seu parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor[1]. Digno de observação, nos idos anos de 1990 o Sistema Financeiro Nacional começava a firmar-se no cenário econômico e no cenário jurídico. Entretanto, ainda era um ilustre desconhecido, até mesmo pela falta de profissionais capacitados em nível regulatório para exercer as profissões que se inserem no SFN.

Importante destacar que a defesa do consumidor é um direito humano fundamental, art. 5º, XXVII, dever do Estado – e não apenas do legislador –, relacionando-se também e a influenciando intensamente, com a atividade econômica, artigo 170, V. O texto da Constituição Brasileira teve influência da Constituição de Portugal de 1976, "primeiro diploma constitucional a acolher normas de proteção do consumidor, numa linhagem progressista" (BULOS, 2015, p. 625).

O CDC opera enquanto lei instrumental que tem fortíssima influência nos contratos em geral, e em especial nos contratos bancários.

Portanto, em especial a partir da leiga doutrina, e do legislador que escreveu lei sobre o que não conhecia, a atividade bancária é catalogada como serviço, o que não corresponde à realidade operativa das instituições financeiras e dos bancos em particular.

Crédito é um produto imaterial, e não um serviço, o que se pretenderá demonstrar.

3 Crédito e sua concessão

Consumo e crédito são indissociáveis: o primeiro poderá ser obtido pelo segundo, mas essa relação não é necessariamente reversa, porque pode haver obtenção de crédito sem que haja o consequente consumo. O crédito será obtido pelo consumidor a partir de fatores subjetivos, mas sem dúvida o mais intenso deles é a força econômica do consumidor, a partir de sua renda, presumida ou declarada. Outro elemento é a oferta de crédito, que literalmente obriga à concessão desde que implementadas todas as condições da lei para a sua obtenção. Basta a capacidade civil para iniciar a obtenção de crédito. Em nível regulatório, o cadastro bancário é o elemento primeiro a ser atendido, conforme a Resolução 2025 do BACEN, comprovadas documentalmente as informações apresentadas.

O CDC, conforme os artigos 30, 33, 35, e 39, inciso I, assegura ao consumidor a obtenção de crédito, desde que sejam implementadas as condições da oferta. Mas, o ponto capital será a renda do consumidor, a

1 § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

qual dará a dimensão exata da força econômica dele e de sua inserção no mercado de consumo. Atendidos esses requisitos, terá o consumidor o crédito conforme sua capacidade econômica.

Doutrinadores de escol soem analisar com rigor esse fenômeno da concessão de crédito. Entretanto, nem todos têm conhecimento suficiente para a correta análise haja vista que os institutos em nível de dogmática têm um perfil bastante diverso daquele conhecimento exigido para a administração bancária no dia-a-dia da instituição financeira.

Neste aspecto, Bruno Miragem (2014, 2.5.3.2) com insuperável autoridade fez destacar que em meados do século passado o crédito surgiu enquanto modalidade para o consumo, o que se caracterizou como efetivo avanço por permitir o acesso dos consumidor a bens de maior valor dada a possibilidade do financiamento, o que fez da massificação do crédito um dos grandes elementos da promoção da economia mundial.

Mas, se em sua origem era instrumento efetivo para atender a aquisição de bens e serviços, ele passou a ser oferecido de modo autônomo, como se fosse instrumento acessório, para satisfazer necessidades de consumo; ao contrário, passou a ter independência "à ideia de liberdade de escolha, quando não de realização pessoal".

Cláudia Lima Marques (2014, p. 560) também destaca ser o crédito um importante elemento efetor do consumo, exatamente porque permite o acesso a diversos bens e serviços sem que haja o pagamento à vista:

> A possibilidade de o consumidor obter imediatamente uma prestação, um bem um serviço, seja sob a base contratual de um mútuo, de uma venda ou mesmo de um *leasing,* enquanto o fornecedor do crédito aceita esperar até certo tempo para só então exigir o seu pagamento, em outras palavras, o fornecimento de crédito ao consumo, é considerada hoje um dos fatores mais importantes da atual sociedade de consumo de massa. A operação que envolve crédito é intrínseca e acessória ao consumo, utilizada geralmente como uma técnica complementar e necessária ao consumo, seja pela população com menos possibilidades econômicas e sociais, que se utiliza seguidamente das vendas à prestação, seja pelo resto da população para adquirir bens de maior valor, como automóvel ou casa própria, ou simplesmente para alcançar maior conforto e segurança nas suas compras, utilizando o sistema de cartões de crédito.

O crédito, deste modo, enquanto acesso à riqueza alheia, perdeu sua vinculação para alcançar efetiva independência e autonomia, desvinculadas de uma prévia e específica necessidade de consumo. Alcançada essa compreensão de crédito, cogitar-se-á de sua análise enquanto produto, e não como serviço.

4 Crédito: serviço ou produto imaterial?

A majoritária doutrina considera crédito como objeto de um contrato de prestação de serviços. Surpreende que a doutrina tenha dificuldade em enfrentar a matéria, talvez por exatamente falta de afinidade com a atividade financeira: apenas profissionais certificados – bancários e banqueiros, e servidores do Banco Central do Brasil, são aqueles que detêm a efetiva expertise da atividade bancária melhor compreendendo institutos da dogmática. O catálogo do legislador, por si só, não é exauriente de um fato social com relevância jurídica e econômica, a exemplo do que ocorre com o CDC.

O enfrentamento da questão se crédito é um bem imaterial ou serviço pode conduzir a petição de princípio (BENJAMIN, 2011, p. 115), ou seja, a simples repetência do texto de lei sem permitir qualquer acréscimo de compreensão, o que também não é desejável.

Neste sentido, Bruno Miragem (2014, 5.4.2, p. 178) sustenta que "a característica principal do contrato bancário parece ser identificada por seu objeto de intermediação de crédito, sem que se exclua com isso toda uma série de prestações de fazer, dar ou restituir que podem ser definidas como serviços bancários". Todos os conceitos acima estão corretos, mas não resolvem o imbróglio.

Embora francamente minoritária, doutrinadores há que consideram o crédito não como um serviço, mas como um produto imaterial que é. Cláudio Bonatto (2004, p. 25), ao discorrer sobre bens imateriais, também integrantes do conceito de produto, identifica-os como "insuscetíveis de serem apreendidos,

pesados ou medidos, por não serem palpáveis, embora possam ser avaliados economicamente"; a seguir, exemplificando os bens nessa condição, refere "diversão oferecida pelas casas de espetáculos, os jogos de futebol, o crédito etc.". Cogita-se, inclusive de "produto jurídico" de capital (SOUZA, 2011, p. 481), mas a análise do autor foi demasiado sintética, não permitindo depreender-se de sua análise, se se trata de produto ou serviço.

Evidentemente por não ser possível neste exíguo espaço analisar a fundo as questões diferenciadoras entre produto e serviço, uma das diferenciações pode provocar a reflexão necessária: o serviço é simplesmente remunerado, é um fazer, é um labor de que necessita o consumidor. No caso do crédito, o consumidor dispõe de uma riqueza alheia, obtida através da instituição financeira, a quem devolverá pelo efeito do pagamento, em momento futuro, esse mesmo crédito. Portanto, crédito não é feito para o consumidor, mas é dada ao consumidor uma fração da riqueza alheia, que se exprime no uso para devolução em momento protraído, mediante o pagamento. Por isso, entre tantas prováveis explicações, é o *crédito* um produto imaterial, e não serviço.

5 Os tipos contratuais mais utilizados para a concessão de crédito

A obtenção de crédito soi ocorrer através de um instrumento de crédito, em que é policitante uma instituição financeira, banco múltiplo, comercial ou uma financeira propriamente dita, e policitado o consumidor, aqui sempre considerado na condição de pessoa humana.

5.1 O empréstimo

O empréstimo é o tipo contratual, designado na palavra mútuo, que exprime a ideia de uso da riqueza alheia. Assim, o mútuo é o empréstimo de dinheiro, o que não é exatamente a mesma coisa que tomar empréstimo em banco. Explica-se: o mútuo pressupõe uma relação contratual bilateral, real, simples, onerosa, de trato sucessivo, sem maiores complexidades.

O empréstimo bancário diferencia-se do mútuo – artigo 586 do CCB – porque o objeto daquela relação não é dinheiro: é crédito; acrescente-se que essa riqueza levada ao prestatário não é do banco, mas é do investidor cuja riqueza detém o banco temporariamente. Mas, a expressão "empréstimo" é voz corrente entre leigos e técnicos. A característica essencial do empréstimo é a de estarem associados os artigos 104, 425 e 586 do CCB, implicando o pagamento mensal sucessivo em o principal e os juros cabíveis. Normalmente, sua contagem é em múltiplos de doze, e pago através dos chamados carnês, quando não autorizado previamente em débito em conta. Está em franco processo de mutação e desprestígio diante do empréstimo consignado.

5.2 O empréstimo consignado[2]

O empréstimo consignado foi criado através da Lei 10.820/2003 com a ideia de tentar superar todos os problemas relativos ao empréstimo simples. Assim, foi simplificada (1) a obtenção do crédito propriamente dito, (2) mantida a ausência de garantia real ou fidejussória, mas (3) criada a garantia de pagamento, através da retenção direta, na fonte pagadora, do valor mutuado, simplificando (4) a forma de pagar porque ela ocorre mediante desconto direto do valor na fonte pagadora do prestatário, com (5) a certeza de baixíssima inadimplência, o que traz por consequência as mais baixas taxas de juros do mercado, conforme divulgação pelo Banco Central do Brasil[3].

Nem sempre a doutrina vem com bons olhos o tipo contratual (EFFING, 2016, p. 267), apontando que há mais malefícios do que benefícios, o que não é verdadeiro, haja vista tratar-se de uma forma intensa de obtenção de crédito, a partir de amplíssima oferta por bancos e financeiras, e de pagamento simplificado.

2 http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/consignados.asp

3 http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/TXJUROS/

5.3 A conta bancária com limite de saque a descoberto

A conta bancária com limite de saque a descoberto é um tipo *sui generis* de empréstimo porque, agregada à conta bancária simples, está a possibilidade de sacar o correntista um determinado valor mensurado e arbitrado pelo banco a partir da presumida capacidade de pagamento do cliente, o que nem sempre corresponde à realidade econômica. O mais insólito nessa forma contratual é a de que não ocorre o pagamento do principal, mas apenas os juros e impostos eventualmente incidentes, como o IOF.

Apenas com o encerramento da conta exsurge a obrigação de pagar o limite de saque disponibilizado ao correntista, mas apenas e tão-somente se houver saldo negativo na data de vencimento da obrigação, caso não seja renovada.

6 Garantias

Nenhuma das formas contratuais acima soi ser dotada das clássicas garantias como a fiança e o aval. Trata-se de simplificação de operações contratuais que dispensam maiores formalidades, apesar de dificultarem e muito a cobrança respectiva, talvez pelo exato efeito de não haver um coobrigado, nem pela presença de uma garantia real, de outro bem, para satisfazer o débito em aberto.

Observando-se a *práxis* de utilizar cláusula contratual autorizativa de debitar o valor a pagar mensalmente, as instituições financeiras utilizam-se dessa mesma cláusula em desfavor da boa-fé contratual e do consumidor. Assim, sem prévio aviso, unilateralmente, eventuais valores impagos de um instrumento de crédito são debitados na conta corrente do cliente, às vezes até mesmo após o retorno do cliente a seu antigo banco, com a abertura de nova conta, passados anos às vezes.

O consumidor encontra, à revelia de sua vontade, um valor debitado em sua conta, mediante cálculo elaborado pelo banco, com todos os acréscimos legais, regulatórios e tributários de dívidas de outros instrumentos de crédito.

Essa perniciosa e abusiva prática das instituições financeiras foi percebida pelo Poder Judiciário, mas em especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Sensível ao problema, aquele Tribunal fez publicar o enunciado 603 da súmula que contém esta redação:

> **Súmula 603** - É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (Súmula 603, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018)

O Superior Tribunal de Justiça deste modo, protegeu o consumidor, mas extirpou uma possibilidade de ocorrerem os pagamentos normalmente adimplidos, mediante prévia autorização, proibindo, também, a boa prática comercial de há muito tempo utilizada.

7 A mora do consumidor

A mora do consumidor tem duas causas: o desemprego ou o superendividamento. À medida que a economia experimenta expansão, cresce a atividade produtiva, aumenta o número de empregos formais, a base salarial alcança aumentos reais acima da inflação, o que implica em fortíssima expansão de oferta de produtos duráveis para aquisição. O tradicional elemento efetor para o incremento do consumo é a venda a prazo, normalmente pelo uso de cartão de crédito próprio das grandes lojas (ALVES, MENEZES, 2007, p. 15) – chamados private label – ou pelo uso dos tradicionais cartões de crédito, aqueles com bandeira própria.

Entretanto, tais compras soem ser de médio a longo prazo, com pagamentos em até 36 parcelas mensais, o que pode tornar-se num efetivo elemento de infortúnio ao consumidor se, nesse período, a economia passa para um ciclo recessivo, com a queda da produção industrial, o que é decorrente do forte retraimento do consumo e o consequente desemprego. Sem a renda, vem a inadimplência e cessam os

pagamentos supérfluos.

O consumidor enfrenta o problema da mora e daqueles que lhe são consequentes, em especial o do registro de seu nome em cadastro negativos de maus pagadores, tais como os serviços de proteção ao crédito e da SERASA[4]. Tais cadastros são a ponte de equilíbrio entre a oferta e o consumo sadios, a fim de que se evitem abusos vários. O CDC em seu artigo 43 disciplina a forma pela qual dar-se-ão tais registros, os quais serão mantidos ativos pelo prazo da lei, ou enquanto não forem pagos os débitos neles registrados.

Antes da efetivação desses registros, e a partir de trinta dias do vencimento do débito, o nome do devedor é retirado do cadastro de seu credor da condição de bom para mau pagador, iniciando-se a cobrança administrativa interna, suprimidas as possibilidades de novas operações. A partir do 30º dia, dependendo da empresa, estender-se-á a cobrança administrativa a partir de atividade terceirizada até o 90º dia, sempre com o intenso assédio para que seja realizado o pagamento.

Mas, como a principal característica da atividade financeira é a abusividade, nem mesmo pelo efeito da prescrição cessa a respectiva cobrança dos débitos inadimplidos, o que se torna, para o consumidor, uma constante fonte de aborrecimentos e de desagradáveis surpresas.

8 A prescrição das dívidas e o código civil brasileiro

A prescrição é um instituto de pacificação social. Câmara Leal (1982, § 24) propõe que a prescrição "produz, em relação às pessoas, dois efeitos distintos e opostos: o da extinção de direito, relativamente ao titular, e o da extinção de obrigação, ou consequente aquisição de direito, relativamente ao sujeito passivo". E toda prescrição tem a característica de haver um prazo determinante para a prática de certos atos, cada qual com a sua respectiva característica e em conformidade com a relação jurídica ou com os fatos jurídicos a serem tutelados.

O *novo* Código Civil Brasileiro traz essa característica dos prazos prescricionais com intensa redução, se comparados com os prazos previstos na revogada Lei 3.071/1916, decenais e vintenais conforme o caso.

Uma das justificativas para essa redução, conforme o inciso III do § 5º do artigo 206, limitando em cinco anos a pretensão de cobrar judicialmente dívidas é, exatamente, o fato de que "os meios de pagamento tornaram-se eletrônicos por meio do desenvolvimento do sistema bancário e da própria Internet" (TOMASEVIVIUS Filho, 2011, p. 249). O autor faz referência àqueles instrumentos, públicos ou particulares, a partir dos quais assumidas as obrigações de trato sucessivo de pagar, o prestatário deve o valor devido a uma instituição financeira.

Esse prazo quinquenal é homônimo no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 43, § 1º, o que bem demonstra haver entre essas leis uma harmonização de interesses em prol da estabilidade jurídica e econômica dos atores da sociedade de consumo: o fornecedor ou prestador de serviços e o consumidor. O legislador estava atento ao dar essa identidade de prazo entre ambas as leis, o que veio a suprimir incontáveis problemas de hermenêutica bem como jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça, também atento a essa problemática, veio a fazer publicar o enunciado 322 de súmula, que contém esse prazo:

> **Súmula 233 –** A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo de 5 (cinco) anos, independentemente da prescrição da execução. (Súmula 233, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 05/12/2009).

O Superior Tribunal de Justiça, além de especificar a melhor interpretação para o instituto, fulminou, explicitamente, qualquer prazo maior previsto em lei especial, se houver, de pretensão executiva de credor.

4 https://www.serasaexperian.com.br/

9 A vulnerabilidade do consumidor inadimplente e as cobranças de seus débitos em contratos bancários

A vulnerabilidade é princípio-vetor do CDC, ínsita a todo o consumidor, pelo efeito da presunção da lei, em seu artigo 4º, I. A doutrina tem profícua e profusa produção de análises as mais variadas sobre a vulnerabilidade, inafastável da condição de consumidor. Trata-se de fenômeno nas relações de consumo, um dos caracterizadores dela. Aplica-se aos contratos e às práticas comerciais as mais variadas (MORAES, 2009, p. 125). Segundo esse autor, no enfoque jurídico, a vulnerabilidade é princípio positivado no direito ao reconhecer a qualidade ou a condição do sujeito mais fraco na relação de consumo, por ser ofendido em sua incolumidade física ou psíquica, o que se dá também no aspecto econômico, a partir do sujeito mais potente nessa relação contratual.

A atuação das instituições financeiras é demasiado intensa, contínua, concentrada, metódica, treinada e persuasiva para as cobranças de débitos inadimplidos, o que foi objeto de intensa e extensa atuação dos poderes públicos, cujos resultados[5] mostraram diversas violações de legislação dos empregados que atuam nas empresas para a cobrança administrativa de débitos bancários. Jornadas excessivas e metas abusivas foram apenas duas de graves constatações realizadas pela fiscalização das condições de trabalho dos empregados das empresas de cobrança, cuja tônica de atuação se subsume na locução "assédio moral".

Esses contatos são permitidos apenas em dias úteis, das 8h às 18h, para quaisquer dos telefones de contato do cliente. Esse limitador rigoroso decorreu de intensos e abusivos telefonemas para os consumidores, não apenas para a cobrança de dívidas, mas para as ofertas as mais variadas.

O consumidor, ao ser assediado, normalmente é cobrado de dívidas atuais, mas também e efetivamente para as dívidas prescritas. Isso porque, segundo a ótica das instituições financeiras, apenas o pagamento libera o consumidor de suas obrigações, mesmo que a lei tenha fixado um prazo para essas cobranças e tenha ocorrido a superação dele pelo fator tempo. E isso se dá, também, toda vez que o consumidor volta a operar com o seu antigo credor, mesmo passados cinco anos do vencimento do débito.

10 Conclusão

A atividade financeira é intensa, seja na oferta de produtos e serviços bancários, seja na formação de contratos os mais variados. Mas, quando se trata de inadimplência, potencializa-se a cobrança dos débitos inadimplidos das mais diversas formas, constrangedoras até.

Embora todas as tutelas da lei, da prescrição à proteção das tutelas de consumo, de atos normativos de tribunais para inibir práticas abusivas, exsurgem práticas comerciais abusivas de cobrança efetiva ao consumidor, mesmo de valores módicos, como tarifas, por exemplo.

Em consequência, a vulnerabilidade do consumidor, presumida por lei, torna-se efetiva por práticas comerciais as mais variadas, nas cobranças de débitos perante instituições financeiras porque, apesar de todos os dispositivos legais vigentes, nenhum deles se faz eficaz, o suficiente, para evitarem-se as constrangedoras e insistentes cobranças de débitos, especialmente aqueles alcançados pelo fenômeno da prescrição.

Referências

ALVES, André Alexandre. MENEZES, Octaviano M. de S. Menezes. Cartão de crédito Private Label. A arma de crédito na mão do varejo. 1ª ed., São Paulo: NOVATEC, 2007, 176p.

BENJAMIN, Antônio Hermann. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor. O código brasileiro de proteção do consumidor. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Vol. I, 1407p.

5 http://reporterbrasil.org.br/2014/12/teles-e-bancos-superexploram-operadores-de-telemarketing-aponta-fiscalizacao/

BULOS, Uadi Lamego. Curso de Direito Constitucional. 9ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015, 1703p.

EFFING, Antônio Carlos. Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. 3ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 796p.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 7ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 1530p.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 862p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor. O código brasileiro de proteção do consumidor. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Vol. I, 1407p.

Sociology of Law 2018

GT04: HUMAN RIGHTS (RCSL/ISA)

OS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O NOVO PARADIGMA DE PROTEÇÃO INTEGRAL TRAZIDO PELO ECA

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora
claudinerodembusch@yahoo.com.br

Henrique Alexander Grazzi Keske, Doutor,
henriquek@feevale.br

Resumo: O artigo discute as temáticas de que trata a Lei nº 8.069/90 (ECA), como marco legal que, no ordenamento jurídico brasileiro, se evidencia como resposta ao enfrentamento da proteção integral da criança e do adolescente, considerados como seres humanos em formação e, portanto, como fonte originária de direitos humanos. Entende que ordenamento jurídico, a sociedade civil organizada e o Estado sejam as instâncias necessárias, em seu relacionar-se adequado para realizar tal proteção integral, para que suas disposições deixem o âmbito da abstração jurídica e se consolidem, de forma concreta, em nossa realidade social. Para dar conta desse objetivo, o artigo apresenta o novo paradigma trazido pelo Estatuto, ao não mais considerar o problema centrado no mero enfoque penal, uma vez que enfatiza a proteção estatal integral estabelecida pela lei em comento. Da mesma forma, evidencia o processo de marginalização a que esta parcela vulnerável está constantemente exposta, de forma que ratifica a necessidade de políticas públicas efetivas para atendimento de uma tal demanda social e, por fim, ratifica o caráter de prioridade que se deva dar ao constante preparo dos operadores do sistema instituído pelo Estatuto, como forma de realizar sua efetivação. Para tanto, se vale do método de pesquisa bibliográfica e análise doutrinária.

Palavras-chave: Constituição Federal, Direitos Humanos, Estatuto da Criança e do Adolescente, Efetivação e Proteção Integral.

1 Introdução

O presente artigo se insere no contexto de contribuir para a efetivação do novo paradigma trazido pelo ECA, de proteção integral da criança e do adolescentes, considerados como seres humanos em formação, bem como da missão própria das instituições jurídico-políticas, no sentido de atuar no desenvolvimento de uma cidadania ativa, focada na dimensão social da comunidade em que estão inseridas, configurada, por sua vez, na formação de espírito crítico de todos os envolvidos em seus processos e que passam, assim, a conhecer a proteção legal presente em nosso ordenamento, relacionando tais definições legais, então, com as realidades concretas nas quais estão envolvidos.

Além disso, essa interação transformadora entre setores da sociedade e do Estado, escopo do artigo, se insere na possibilidade de operar uma intercomunicação de perspectivas e propostas entre saberes acadêmicos e populares, acentuada pelo desenvolvimento de ações processuais e contínuas que digam respeito, fundamentalmente, a todos os envolvidos na defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente, uma vez que tais garantias estão estatuídas pela Constituição Federal/88 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990, e suas alterações.

Entendemos que tais iniciativas se revistam do necessário caráter social implícito na temática abordada, pois procuram agregar os envolvidos nessas políticas, de forma a desenvolver ações tendentes à superação dos problemas sociais daí decorrentes, contribuindo ainda para a transferência e, mais precisamente, troca de conhecimentos e de vivências voltadas para o tema. Dessa forma, ampliam-se oportunidades educacionais e facilita-se o acesso de todos os envolvidos no seu processo de qualificação,

para bem tratarem do destinatário final, ou seja, a própria criança e o adolescente, como valor máximo tutelado pelo Estado através do Estatuto.

2 O novo paradigma: o ser humano em formação como responsabilidade da família, do Estado e da sociedade

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma precípua, é o marco fundamental, como norma legal regulatória, dos direitos humanos de crianças e de adolescentes, porque, ao dispor sobre tais direitos, o faz atendendo a dispositivos constitucionais – Constituição Federal/88; a normas constantes no Código Civil e no Processual Civil, bem como de Direito Penal, tendo originado, ainda, uma série de outras normas complementares para tratar da complexidade de sua temática, definida como de proteção integral ao bem jurídico a que se destina.

Assim, além de ter desencadeado toda uma estrutura normativa própria no direito pátrio, abriga em seus dispositivos vários instrumentos jurídicos internacionais, tais como: a Declaração dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas – Resolução nº 1.386, de 20.11.59, e a Convenção de 20.11.89, de que o Brasil é signatário; as Regras de Beijing – Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça na Infância e na Juventude – ONU – Resolução 40/33, de 29.11.85; e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Anexo ao VIII Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente juvenil, de 1990.

Essa estreita relação entre os dispositivos legais brasileiros e as normas estatuídas por convenções, fóruns e organismos internacionais, dedicados à questão, aponta para uma sintonia muito apropriada, para se estabelecer um novo paradigma para o tratamento das complexas questões sociais envolvendo as temáticas que dizem respeito à elaboração desse Estatuto jurídico. Ademais, a aprovação do Estatuto em comento foi precedida por uma intensa movimentação social, no sentido de que a Assembléia Nacional Constituinte referendou essa emenda popular, origem da lei, ínsita no Art. 227 da Constituição Federal/88, de que o ECA é a posterior regulamentação. Por seu turno, a adoção desse novo paradigma veio alterar radicalmente o tratamento dado à questão pelo antigo Código de Menores, representando, mais ainda, um novo projeto jurídico-político no país e, portanto, uma profunda mudança desencadeada na Sociedade, no Direito e no Estado, no sentido de não se dar à complexidade do problema a solução simplista de "caso de polícia". (CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral, 2005)

Esse entendimento anterior, focado na situação penal do menor infrator e de uma doutrina que se voltava para adequar a situação irregular e criminosa desse menor, discriminava parcelas significativas desses menores socialmente vulneráveis e excluídos da proteção efetiva do Estado, cujo empenho não estava focado em assegurar os direitos fundamentais ou garantir tais direitos contra possíveis ameaças ou efetivas violações. A alteração trazida pelo ECA significa não mais o mero tratamento da criança e do adolescente como objeto do direito, tutelado pelo Estado, mas a mudança de seu status jurídico, porque passam a ser considerados, agora, como pessoas em desenvolvimento e, como tais, sujeitos de direitos originários, ou seja, de direitos humanos fundamentais, positivados na ordem jurídico enquanto tal. Portanto, esses preceitos do Estatuto não apenas rompem com o modelo anterior – mero assistencialismo e discriminação –, como instituem o sistema de proteção integral como forma de priorizar a formulação de políticas públicas e dotações orçamentárias privilegiadas para o cumprimento de seus dispositivos normativos, dirigidos às diversas instâncias político-administrativas do país. (ELIAS, Roberto João, 2008).

Tal codificação se sustenta na garantia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como nas garantias específicas destinadas à criança e ao adolescente e que envolvem família, pais e/ou responsáveis, instituições públicas e privadas, governamentais e não governamentais e, portanto, como já referido, a Sociedade, o Direito e o Estado. Dessa forma, além das circunstâncias gerais acima expostas, fundamentamos esta perspectiva em dar ênfase, cada vez maior, à efetividade do ECA, em função dos preceitos adotados como objetivo geral do próprio Estatuto, quando prima por formar cidadãos mais qualificados, como atores sociais e históricos, bem como de atender às demandas da cidadania ativa e do Estado Democrático de Direito, a partir de uma perspectiva ética, criativa, reflexiva, problematizadora e emancipatória. (SILVA, Enid; OLIVEIRA, Raissa. 2015).

Assim, este artigo se insere no contexto de destacar que o efetivo cumprimento desse novo paradigma trazido pelo ECA só se tornará possível a partir de uma integração entre todas as esferas sociais que atuam no sistema, de tal forma que é esse o enfoque com o qual se propõe a contribuir, no sentido de romper com os intrincados muros que ainda separam os agentes do Estado e as forças sociais atuantes no sistema jurídico. Da mesma forma, trata-se de propor a compreensão das complexidades envolvidas na relação das instâncias jurídicas, com o âmbito das funções sociais primordiais do Estado, que se voltam para atender a tais demandas sociais. Ademais, entendemos ser necessário criar condições para que os(as) participantes das várias instâncias que se articulam no Estatuto possam incorporar a reflexão-ação-reflexão como valor pedagógico de saber pensar, problematizar, argumentar, refletir criticamente, julgar, tomar decisões, intervir e, fundamentalmente, saber integrar a interpretação, a compreensão e a aplicação da proteção jurídica às suas funções sociais, como responsáveis pela efetiva realização dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Para o cumprimento dessa tarefa, deve-se ressaltar que as temáticas constantes no Estatuto exigem que os operadores do sistema possam entender o fenômeno jurídico em sua historicidade e complexidade, de forma que, ao se proporem ao exame e à análise aprofundada do novo paradigma jurídico-político estabelecido pelo ECA, se voltem, precipuamente, para possibilitar e desenvolver uma atitude investigativa, entendendo que a formação dos(as) participantes não pode estar calcada em meras proposições exegético-dedutivas e normativistas, meramente focadas no texto da lei. Dessa forma, tal conceituação se volta, portanto, precipuamente, para se enquadrar, aqui, o desenvolvimento das potencialidades humanas de seus integrantes, bem como da comunidade em que se encontrem inseridos. Ademais, desenvolver implica, igualmente, enfrentar a mazela social a que se destinam os fins precípuos do ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente, considerados como seres humanos em formação e, portanto, como já referido, sujeitos de direitos originários. (ISHIDA, Válter Kenji, 2001).

Entendemos, ainda, que os (as) agentes sociais, dessa forma, tornam-se capazes de interagir como propulsores de transformação social, tendo como referenciais a orientação dos valores do Estado Democrático de Direito e a promoção dos Direitos Humanos. Isso se dá em consonância com o Estatuto, já que esse surge, precisamente, como aplicação efetiva das determinações internacionais dos direitos humanos fundamentais, focados na criança e no adolescente, de cujos dispositivos o Brasil é signatário, bem como se insere no contexto da redemocratização do Brasil e revela-se como esse novo paradigma do enfrentamento social das temáticas que aborda.

Dessa maneira, se pretende estimular uma ação concreta e efetiva, inserindo-nos no âmbito de propiciar as melhores condições possíveis para que os direitos humanos de crianças e adolescentes se tornem realidades efetivas em nossa sociedade, de modo que as ações desenvolvidas pelos operadores do sistema apóiem o enfrentamento do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como das outras formas de violência sofridas pelos destinatários finais da norma jurídica em comento. Assim, difundir o ECA, a partir do que o Estatuto prevê como direitos e deveres da família, da escola, da comunidade, da sociedade em geral e do próprio Estado e de suas Instituições, se nos afigura como a melhor forma de tratar, além das agressões sexuais e de violência doméstica, igualmente, do outro foco definido pelo Estatuto e que diz respeito ao menor envolvido em ato infracional.

Por seu turno, entendemos que as ações se devam dirigir, inclusive, no sentido de capacitação dos agentes do sistema para tratarem com os menores envolvidos nesses atos infracionais em sua relação com os órgãos judiciais específicos de prestação jurisdicional, por parte do Estado, bem como da própria Promotoria especializada. Portanto, como existem Juizados Especiais e Promotorias Especiais para tratarem desses menores infratores, também a esses sistemas se devem voltar essas ações, no sentido de procurar recuperar esses menores, ressocializando-os ou, mesmo, socializando aqueles que só receberam dessa sociedade atos de exclusão. (CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral, 2005).

Portanto, pretendemos propor uma reflexão para revisarmos os procedimentos de todas as instâncias jurídicas e sociais que atuam na prática da proteção integral da criança e do adolescente, envolvendo todos os seus agentes: seja a família, a sociedade, o Estado e seus órgãos. Pode-se, dessa forma, discutir quanto à validade dos dispositivos legais, das decisões sociais e da efetividade das práticas sociais em função disso desencadeadas, da legitimidade dos próprios dispositivos, bem como se representam ou representaram uma solução adequada aos fins a que se propuseram.

3 Os marcos regulatórios do novo enfoque de proteção integral tendo a família como fundamento

Foi quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que o Brasil asseverou, em nível de preâmbulo constitucional, os pilares básicos da República Federativa Brasileira. Assim sendo, de uma forma como nunca vista anteriormente, garantiu-se uma ampla gama de direitos ao cidadão por meio da instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos. O legislador constitucional, assim, deixou clara a necessidade de positivar a proteção de crianças e adolescentes. Exemplo disso é seu artigo 227 Caput, que menciona:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988).

Em decorrência dessa previsão legislativa, surgiu no ano de 1990, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, se divide em dois livros. Enquanto o primeiro se refere à proteção dos direitos fundamentais, o segundo evidencia os órgãos e procedimentos protetivos cabíveis em cada caso concreto. Assim, Silva e Nóbrega (2002), em um interessante artigo sobre a violência infantil, comentam que, como a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 227, a consolidação dos direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes, posteriormente, esses mesmos direitos e garantias foram reafirmados através da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA.

A Lei 8069, de 13 de julho de 1990, traz em seu bojo significativas mudanças se comparada com a legislação anteriormente aplicável, como por exemplo, o chamado Código de Menores, datado de 1979. Crianças e adolescentes passam a ser encarados como cidadãos, dotados de direitos pessoais e sociais, obrigando e desafiando os entes governamentais a implantarem políticas públicas voltadas à proteção destes. Dessa forma, no Brasil, a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente foi consolidada, buscando promover, nessa população, os direitos atribuídos a todos os cidadãos, pela sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e em situação de risco, expressando um conjunto de direitos a serem assegurados com absoluta prioridade por meio de políticas públicas adequadas.

Nesse sentido, o Poder Judiciário passou a dar segurança às crianças e aos adolescentes, podendo estes grupos etários ter acesso às políticas sociais básicas e aos programas assistenciais. As políticas de atendimento podem ser caracterizadas, em um primeiro momento, pela situação irregular e a institucionalização e, em um segundo, de acordo com os sujeitos de direitos e a proteção especial. Então, após o ECA completar a maioridade, faz-se mister o estudo acerca de novos métodos capazes de minimizar o desenvolvimento e perpetuação de uma juventude fragilizada, principalmente no que se refere aos grandes centros urbanos brasileiros.

As causas que levam os jovens brasileiros à marginalização são inúmeras, embora, dentre elas se possa citar a desestruturação familiar, falta de condições básicas de convivência, alcoolismo, miséria, analfabetismo, desemprego, etc. Todas essas estão interligadas, devendo ser feito um trabalho de políticas públicas complexo, que englobe não só a criança e o adolescente que esteja em situação de risco, mas toda a sua família, levando-se em consideração que esta é indispensável para o desenvolvimento sadio de seus membros.

Para Becker (1994), o consenso a respeito da família como lócus privilegiado para o adequado desenvolvimento humano está consagrado em documentos internacionais e, no Brasil acha-se regulamentado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Segundo a autora:

> Já no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (20/11/89), os Estados Partes declaram-se "convencidos de que a família, como elemento básico da sociedade e meio natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para poder assumir plenamente suas

> responsabilidades na comunidade" e reconhecem que "a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão" (BECKER, 1994, p. 60-61).

A criança contemporânea amadurece precocemente, devido às estimulações ofertadas no meio circundante. De notável inteligência e criatividade, precisa ser ouvida e considerada como parte integrante da sociedade. Mesmo tendo adquirido certa independência desde cedo, é inestimável o apoio, a proteção e o contato do adulto, auxiliando-a nas suas escolhas, na constituição dos princípios e valores baseados na justiça e na solidariedade, proporcionando a construção de um olhar crítico frente ao mundo em que se encontra inserida. Só assim se estará preparando as crianças para viverem plenamente estes novos tempos. (CORDEIRO e COELHO, 2006).

A família é essencial à conquista da maturidade do filho, pois só ela pode proporcionar um caminho de transição entre os cuidados dos pais e da vida social. Sua função é oferecer o colo como espaço simbólico e regresso, bem como a contenção necessária para que este desenvolvimento aconteça de maneira saudável.

4 A vulnerabilidade da criança e do adolescente

Atualmente deixa-se de garantir a plenitude do texto constitucional, à medida que se perpetuam políticas públicas ineficazes e deficientes, as quais vêm a manter uma garantia abstrata de direitos e deveres, ao invés de concretizá-los.

Nesse sentido pontilha a lição de Bobbio (2004), em A Era dos Direitos, o qual oportunamente profere que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não está na justificação deles, mas no ato de protegê-los. O autor descreve isso como um problema político, onde o que importa é a forma mais segura de garanti-los, para que os mesmos não sejam violados, deixando de lado sua natureza ou fundamento.

Inúmeros são os itens a serem trabalhados para que se unifiquem os direitos da criança e do adolescente. A desestruturação familiar é um dos fatores diretamente ligados à inserção do jovem na marginalidade e consiste em todo e qualquer ato social, intra ou extra-familiar, que venha a comprometer a convivência harmoniosa entre entes da família. O possuidor da tutela do menor deve, dentro de suas condições, contribuir para que o mesmo atinja sua plena formação com um mínimo necessário para sua sobrevivência.

Conforme assevera Boff (1999), o cuidado é mais que um ato. Portanto, deve abranger mais que um momento de atenção, de zelo, e de desvelo, representando uma atitude de preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o individuo.

O adulto que não cumprir com a sua obrigação, de proteger o menor pelo qual é responsável, poderá responder criminalmente, incidindo no crime disposto no artigo 133 do Código Penal (BRASIL, 1940): "Abandono de Incapaz" com pena que pode variar de acordo com as conseqüências geradas ao menor em decorrência de tal abandono.

Com relação à desestruturação familiar, vê-se que inúmeros são os fatos que podem ser considerados geradores da mesma, como por exemplo, a gravidez precoce, o alcoolismo, a violência física e psicológica, maus tratos e etc. Tais precedentes violam o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente vez que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais". (ELIAS, 2004).

Assim garante a competente legislação, porém, a realidade, infelizmente, nos mostra expectativas não muito risonhas para o futuro, pois, além de um imenso descaso com os menores, com o passar dos dias, verifica-se, também, uma crescente gama de abusos e maus tratos. Conforme precedentes de Deslandes (1994), o abuso ou maus-tratos é caracterizado pela existência de um sujeito em condições superiores de idade, força, posição social ou econômica, inteligência, autoridade, que comete um dano físico, psicológico

ou sexual, contra a vontade daquele que sofreu a violência ou tenha obtido tal consentimento por indução ou sedução enganosa.

Além disso, concomitantemente, emerge um conjunto de problemas desencadeado pelo consumo excessivo de bebida alcoólica, o qual perdura no tempo e, muitas vezes, motiva a supracitada violência infantil. Esse problema é tido como um vício, visto que todas as demais conseqüências decorrentes dessa ação de consumo alcoólico, na maioria das vezes, tornam-se incontroláveis e incontornáveis; a não ser que um radical tratamento possa ser aplicado por e ao nisto implicado.

Outro grave aspecto diz respeito ao envolvimento de crianças e adolescentes com as drogas, desde seu consumo e distribuição, quando passam a ser cooptados pelo crime organizado. Assim, diversos são os fatores que levam crianças e adolescentes ao meio ilícito das drogas e do narcotráfico, pois inicialmente essa atividade se apresenta como uma saída fácil e rápida a ser seguida, criando assim, uma falsa expectativa na solução dos problemas e dificuldades que os cercam. A cada novo dia, percebe-se a adesão de novos viciados, recrutas a serviço do tráfico, e, paralelamente ao crescimento da violência, difusão de doenças, evasão escolar, além de gravidez na adolescência.

A expansão contemporânea do uso de drogas consiste em uma forma evidente de demonstrar as falhas e os problemas da sociedade, pois atualmente o ser humano busca desenfreadamente sua satisfação material, assim como sucesso, chegando ao ponto de deixar de lado reais necessidades - físicas, emocionais, espirituais - sucedendo impetuosamente a solidão, deixando muitas vezes de prestar a devida assistência às crianças e adolescentes, sendo estes, seres em desenvolvimento e que necessitam de uma atenção especial, acabam encontrando nas drogas o pretenso apoio que não encontram em casa, pois as drogas em nada apóiam; o que acarreta, efetivamente, o aumento, de maneira expressiva, do número de usuários de entorpecentes.

Cabe salientar que o consumo freqüente das drogas desencadeia uma série de graves problemas, os quais, a exemplo citam-se, a dependência química, AIDS, câncer. Refletindo-se também na precocidade da vida sexual, com o aumento do índice de gravidez na adolescência, além de, contribuir para o registro de demais doenças sexualmente transmissíveis entre os jovens.

Atualmente milhares de infantes buscam soluções para seus conflitos junto ao mundo da marginalidade, sendo indispensável que o Poder Público atue responsavelmente, como protetor destes menores já tão castigados pela vida. Conforme bem salienta Schreiber (2001), os governantes devem atuar em defesa dos interesses da criança que sofre maus-tratos praticados, muitas vezes, por aqueles que teriam legitimidade e possibilidade de defendê-las.

São vários os fatores que levam crianças e adolescentes, principalmente de classes baixas, a adentrarem a vida do tráfico e, conseqüentemente, à marginalização. Verifica-se, com facilidade, a correlação de um emaranhado de causas enfrentadas por tais infantes, inúmeras vezes desestruturados e necessitados de ajuda, tornando explícita a necessidade de aplicação de políticas públicas governamentais que possam servir de apoio não só aos usuários de entorpecentes, como também às suas famílias.

5 Família, Estado e Sociedade civil em ação

Atualmente, se vive em meio a uma crise de valores éticos e morais como nunca visto antes. Crianças e adolescentes adentram com precocidade no mundo dos adultos, constatação esta que nada tem de original, eis que facilmente percebida em meio ao dia-a-dia de qualquer cidadão.

Estas crianças e adolescentes, inseridas no submundo da marginalidade, acabam tendo suas vidas constantemente vigiadas, nas quais, muitas vezes, lhes são ditadas regras e horários a serem cumpridos, sendo que, em casos de descumprimento, recaem punições severas sobre os mesmos que, em dadas circunstâncias podem lhes custar a própria vida. Diante de tal situação, se percebe que o alto índice de criminalidade e mortalidade infanto-juvenil vem sofrendo um constante incremento, sendo a morte, inúmeras vezes, a única saída para jovens desestruturados que não possuem apoio nem mesmo de suas famílias.

Pequenas são as chances destas vítimas, envolvidas com a marginalidade, de dirimir os problemas

sociais que lhes afetam, visto o contexto de hipossuficiência que ocupam, pois, no mundo da marginalidade, figura uma falsa expectativa de solução, a pequeno e médio prazo, dos conflitos e necessidades familiares que estes seres fragilizados enfrentam. Tais problemas surgem - e podem ser comparados - como um *"regress at infinitum"*, pois, um ponto deficiente acaba originando outro, fazendo com que se faça necessária uma ação conjunta entre família, sociedade e Estado.

A participação da sociedade nas políticas públicas é prevista no art. 204, da Constituição Federal de 1988. Assim, ao reconhecer ações de co-participação entre sociedade e poder público e ao respeitar os direitos individuais e sociais, a Constituição Federal de 1998 trouxe a possibilidade de uma democracia participativa. A política pública deve ser entendida como sendo uma ação coletiva, criada pelo Estado, como resposta deste às demandas que surgem na sociedade. É a expressão do compromisso que deverá atuar em uma determinada área, a longo prazo. As políticas públicas concretizam direitos sociais declarados e garantidos em lei (CARVALHO, 2003).

Constata-se necessária uma mudança no sistema social brasileiro, onde haja um fortalecimento da educação, que como se sabe é indispensável para a formação de cidadãos plenamente conscientes de seus direitos, bem como participativos, atuando desta forma em conjunto com o Estado tanto na implantação, como também na fiscalização de políticas direcionadas às crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco. Nesse sentido se coaduna a lição de Esteve:

> Nosso sistema educacional, rapidamente massificado nas últimas décadas, ainda não dispõe de uma capacidade de reação para atender às novas demandas sociais. Quando consegue atender a uma exigência reivindicada imperativamente pela sociedade, o faz com tanta lentidão que, então, as demandas sociais já são outras (ESTEVE, 1999, p. 13).

Em meio a uma sociedade contemporânea que fomenta um materialismo e individualismo desmedido, se pode perceber que a mesma não vem cumprindo fielmente com o seu dever de resguardar a criança e o adolescente, pois além de não atuar em conjunto com o Estado na busca de políticas públicas realmente eficazes, ainda se nota que grande parte dos cidadãos, aliando-se ao fragilizado sistema político e governamental brasileiro, acaba por discriminar ainda mais os jovens, principalmente os de classe econômica menos favorecida, perpetuando de maneira árdua a violência vivida pelos mesmos.

A união de forças entre sociedade e Estado é, indiscutivelmente, de suma importância para que a população infanto-juvenil tenha seus direitos assegurados. Conforme pontilha Agop Kayayan, representante do UNICEF no Brasil:

> Em meio a tantos obstáculos, entretanto, surgem, aqui e ali, sinais que nos autorizam a olhar com esperança para o futuro. A mobilização social em favor da criança, a cada dia se aprofunda e amplia em todo o país. O Pacto pela Infância, por sua vez, é a demonstração cabal da capacidade da criança de servir de base para a edificação de consensos em uma sociedade democrática. As forças nele aglutinadas colocaram, de fato, os direitos da população infanto-juvenil acima de qualquer outro bem ou interesse, pondo de lado as divergências e antagonismos que os separam em outros planos da vida nacional. É inevitável, porém, que algumas vozes se ergam pregando o retrocesso. São pessoas e grupos que ainda não acreditam que o Brasil seja capaz de conviver com os avanços mais recentes no campo dos direitos da criança. Advogam, por isso mesmo, o retorno ao panorama legal anterior à redemocratização (KAYAYAN, 2009, p. 07-08).

A sociedade, atuando em conjunto com os governantes, deve, por meio de ações conjuntas e compatíveis, elaborar medidas urgentes e eficazes com o intuito de dar outro rumo à população infanto-juvenil afetada pelas conseqüências da marginalização. Deve-se, ainda, ter em mente que estas ações não podem ser trabalhadas separadamente, sob pena de flagrante ineficácia.

Também é importante revigorar o espírito deflagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de uma atuação preventiva e, jamais, repressiva. Tendo em vista que o objetivo de tal diploma é o de proteger o menor infrator ou em situação de risco. Assim, conforme assevera o art. 3º do ECA, a criança e o adolescente devem:

> Gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção

> integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL,ECA, 1990).

Nesse sentido, o pensamento punitivo vindo da sociedade, bem como aquele que visa implementar a minoração da imputabilidade penal devem ser afastados. A criança e o adolescente são seres nos quais se encontra ausente um maior potencial de consciência de ilicitude, de forma que, e justamente por isso, devem ser alijados do recebimento da reprimenda penal por parte do Estado.

Apesar de o Brasil contar com legislação específica de proteção às crianças e adolescentes, ainda assim, tal diploma não vem sendo explorado de forma plena. A sociedade ainda não possui a devida consciência de suas responsabilidades perante a infância e juventude. Para Hermany (2007), deve-se romper com a idéia de cidadão somente como destinatário das políticas públicas e trazê-lo para uma cidadania ativa e efetiva, e inclusive emancipatória, que apenas será construída através de uma interação entre o espaço público e a sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é auto explicativo, dispensando qualquer comentário, vez que completamente tautológico. Nos moldes de seu art. 4º, têm-se como:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, ECA, 1990)

Assim, novas formas de efetivar o que se encontra consubstanciado apenas em um plano formal-legal, devem ser trazidas ao plano fático. A lei está longe de ser um rigor formal, mas, pelo contrário, conforme asseverou Anatole France (2009, p. 17): "Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O Magistrado vivo. Eis a grande vantagem que ele tem sobre ela"**.** Daí a necessidade de que este novo paradigma seja, efetivamente, aplicado pelas responsáveis pela prestação jurisdicional do Estado, bem como, em função do que preconizam os dispositivos legais, se possa, pela ação conjunta de Estado, família e sociedade em geral, se chegar ao nível de efetivação das disposições protetivas do Estatuto.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o verdadeiro Magistrado, principalmente na proteção da criança e do adolescente, é o povo. Resta, portanto, saber se este saberá se valer de tal privilégio, ou, dentro de pouco tempo, serão necessárias soluções milagrosas, quando, tardia e infelizmente, não mais as couber.

6 Considerações finais

Necessários nos referirmos, uma vez mais, aos direitos humanos fundamentais, pois essas disposições se referem aos direitos fundamentais atribuídos pela lei que institui o Estatuto, tais como: à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção ao trabalho. Com essa atividade, propicia-se o desenvolvimento das habilidades de se pensar e analisar, criticamente, os bens e os valores fundamentais erigidos como garantias legais, não somente por esse Estatuto, mas pela ordem jurídica como um todo, em função da complexidade do fenômeno jurídico, considerado em sua tríplice vertente de fato social, valor e norma.

Esse enfoque inicial propicia, igualmente, aos (as) operadores do sistema, que possam articular os conceitos específicos abrigados no Estatuto como demandas sociais dirigidas a determinado fato, com os postulados gerais dos demais dispositivos legais que tratam do tema; no aprofundamento da relação entre o particular, ou seja, os direitos específicos de crianças e adolescentes; e o universal, isto é, relativamente aos direitos humanos em geral, pois ambos constam como bens jurídicos estatuídos. Essa ação se destina à articulação entre o poder público e a sociedade, ou seja, agentes sociais que trabalham no sistema do ECA, por meio de qualificação de seus participantes nessas instâncias e mecanismos de participação social.

O questionamento mais forte que se pode fazer acerca da proteção integral estabelecido nesse novo

paradigma, diz respeito às demandas de ressocialização do menor infrator, em seu duplo estigma de vítima e agressor e/ou violador dos direitos fundamentais igualmente assegurados às demais pessoas integrantes da sociedade. Esses dispositivos possibilitam identificar as entidades definidas pela lei e que estejam envolvidas no atendimento, no cumprimento e na aplicação de medidas de ressocialização e, muitas vezes, de socialização da criança e do adolescente. Deve-se esclarecer que, na maioria dos casos, nem se pode falar em ressocialização do menor que cometeu ato infracional, pois, uma vez mantido à margem de quaisquer mecanismos que lhe assegurassem condições mínimas de socialização, por ter uma vivência em condições de vulnerabilidade econômica, como acentuada miséria, nada recebeu desse Estado ou da sociedade, a não ser exclusão.

As disposições estatutárias, nesse sentido, inserem-se no contexto de determinar ações de planejamento e execução de programas de proteção desse menor, quando em cumprimento de serviços socioeducativos, de orientação e apoio sociofamiliar. Também se volta para os casos de apoio socioeducativo em regime fechado, ou semiaberto, desde sua colocação ou recolocação familiar, e/ ou atendimento institucional, ficando, dessa forma, capacitados os (as) operadores(as) do sistema a verificar as condições que são definidas como prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação compulsória. Além disso, esses dispositivos permitem a fiscalização das respectivas entidades que atuam em tais serviços.

Mesmo em situações em que esse menor praticou atos de violência que impliquem em sua internação compulsória, ainda assim, deve-se atentar para o fato de que devemos refletir sobre os casos de ação ou omissão da sociedade e/ou do Estado, bem como por falta, omissão ou abuso praticado pelos pais e/ou responsáveis e mesmo em razão da própria conduta do menor, no caso do adolescente. (SILVA, Enid; OLIVEIRA, Raissa, 2015).

Em verdade, este tema se trata de um dos pontos mais sensíveis do Estatuto, na medida em que, mesmo que o chamado "espírito da lei", ou seja, os princípios norteadores adotados pelo legislador se voltem para a proteção da criança e do adolescente, deve-se passar pelo momento em que a lei estabelece e, portanto, classifica os atos que considera como infracionais, ou seja, como condutas antissociais praticadas pelo menor. Não se trata de enquadramento em delitos, uma vez que os autores de tais ações dispõem de uma classificação especial no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não cometeram prática criminosa, mas ato infracional; o que se configura na essência do tratamento especial atribuído pela lei a esse problema social.

Entretanto, o ato infracional contra os direitos de terceiros foi cometido e, como tal, deve seu autor ser responsabilizado, mesmo sendo menor. Em função disso, tais disposições visam a tratar dos direitos individuais e das garantias processuais asseguradas aos menores enquadrados nos casos previstos em lei e possibilitam o exame das medidas aplicáveis em cada caso de ocorrência de práticas infratoras, bem como das condições de sua remissão, além de habilitar a tratar das medidas pertinentes aos pais e/ou responsáveis. O exame de tais dispositivos deve se focar, igualmente, a promover análise crítica acerca de um dos mais delicados e complexos temas tratados pelo Estatuto, como já referido, ou seja, a apuração de ato infracional atribuído ao adolescente. Além disso, essa análise crítica deve se voltar, igualmente, em relação às disposições atinentes à apuração de irregularidades praticadas pelas próprias entidades encarregadas do atendimento da criança e do adolescente, bem como das infrações e penalidades administrativas que lhes possam ser aplicadas. (SILVA, Enid; OLIVEIRA, Raissa, 2015).

Nesse percurso que sugerimos, procuramos oferecer uma possibilidade de compreensão dos dispositivos legais, bem como das definições constantes do Estatuto, que estabelecem os direitos e os deveres da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado, inserindo-se, por sua vez, no conjunto de políticas públicas a esse fim destinadas e levando em conta os fins sociais a que tal proteção se dirige, atentando, notadamente, às exigências e à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Estamos, portanto, diante de um novo paradigma legal para tratar dessa questão, até então, focada mais no tratamento policialesco dos problemas que a lei procurar enfrentar.

Difundir essas disposições legais significa contribuir para as relações que se estabelecem entre Instituições Federais, Estaduais e Municipais, bem como Comunitárias, envolvidas na tutela do bem jurídico protegido pelo Estatuto, com o intuito de contribuir para a implementação das políticas públicas

estabelecidas, no sentido de dar efetividade concreta às disposições Estatutárias. Nesse sentido, procuramos focar como objetivo específico o de tornar concretos, em nossa realidade social, os direitos humanos assegurados na Constituição Federal/88 e pelo próprio Estatuto relativos às crianças e aos adolescentes, considerados como seres humanos em formação e, portanto, como fonte de direitos originários.

Por fim, cabe ressaltar que, em inúmeras vezes, fizemos referência ao conceito de efetividade e de que nos voltamos, conscientemente, para nos articularmos com esse movimento de assegurar a devida concretização de tais dispositivos em nosso ordenamento. Procuramos, dessa forma, reforçar a ideia de que tornar efetivo se refere a fazer com que essas disposições deixem a esfera da mera normatividade, uma espécie de miragem antevista pelo legislador, ou pior, como uma espécie de mistificação ideológica da lei, para se materializarem em nosso meio sociopolítico, a partir de sua concreta aplicação à realidade social que visa a enfrentar. Isto porque, em termos de sua prática realização, ainda nos debatemos com uma precária inserção em nossa realidade social. Entretanto, basta recordar que o Estatuto é uma espécie de rebento precoce, que se seguiu logo na esteira da Constituição Federal/88, definida como a Constituição Cidadã, em função das garantias e dos direitos fundamentais que estabelece em seu texto.

Um breve olhar em nossa Carta Política poderá mostrar que, em toda a sua transversalidade, se estabelecem os direitos humanos fundamentais que devem sustentar e nortear nossa estrutura jurídico-política, que se define como Estado Democrático de Direito. Lamentavelmente, se focarmos nossa realidade social, poderemos constatar o quanto ainda nos distanciamos da efetividade de tais disposições constitucionais. O mesmo se aplica ao ECA. Então, não há como não pretender que tal efetividade se realize e se torne realidade concreta, a não ser pela insistente difusão dos postulados que protegem, em nosso ordenamento, esse bem absolutamente precioso e de valor-guia para uma nação, qual seja, a de proteção integral da criança e do adolescente.

Referências

ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). **Constituição federal; CLT ; e Legislação previdenciária comentada** 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

BECKER, M.J. **A ruptura dos vínculos:** quando a tragédia acontece. In: KALOUSTIAN, S.M. (org.). Família brasileira: a base de tudo. São Paulo: Cortez, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar:** ética do humano: compaixão pela terra. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

BRASIL. **Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente. Brasília: Diário Oficial da União, 16 jul. 1990, seção 1.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acessado em 23.03.2018.

CARVALHO, A. (Org.). **Políticas Públicas**. Belo Horizonte: UEMG, 2003.

CORDEIRO, S.S.; COELHO, M.G.P. **Descortinando o conceito de infância na história:** do passado à contemporaneidade. VI Congresso Luso-Brasileiro de História da Educação. Anais… p. 882-889. Uberlândia, MG, 2006. Disponível em: <http://www.faced.ufu.br/colubhe06/anais/pdf>. Acesso em: 13. mar. 2018.

CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DESLANDES, S. F. **Prevenir a violência***:* um desafio para profissionais de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/Claves, 1994.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente***:* (lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente***:* (lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTEVE, José M. **O mal-estar docente***:* a sala de aula e a saúde dos professores. São Paulo: EDUSC, 1999.

HERMANY, Ricardo. **(Re)discutindo o espaço local:** uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KAYAYAN, Agop. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.secidas.pmmc.com.br/rede/legislacao.php> Acesso em: 10 abr 2018.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Resolução nº 1.386, de 20.11.1959; Resolução nº 40/33, de 29.11.1985;** Anexo ao VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente/1990.

SILVA, I.R. da; NÓBREGA, R. **Feridas que não cicatrizam.** In: SILVA, L. M. P. da (Org.). Violência doméstica contra a criança e o adolescente. Recife: EDUPE, 2002.

SILVA, Enid; OLIVEIRA, Raissa. **O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal:** esclarecimentos necessários. Nota Técnica n. 20. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2015.

VENDRUSCOLO, T.S.; FERRIANI, M. das G.C.; SILVA, M.A.I. **As políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente vítimas de violência doméstica.** Revista Latino-Americana de enfermagem, v. 15, set./out. 2007. Disponível em: <http://www.eerp.usp.br/rlae>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GT05: MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO: A PRIVACIDADE E O INTERESSE PÚBLICO

Autor (es)

e-mails

Resumo: A presente produção gráfica buscou analisar a Lei nº 12.527/11 sob o prisma dos conflitos que ela encerra entre os direitos à informação e à privacidade, em especial no caso de envolvimento do interesse público. O estudo orienta-se sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente em relação os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com questões relativas à personalidade, Dignidade Humana e o exercício da democracia.

Palavras-Chave: Lei de Acesso à Informação. Direitos Fundamentais. Privacidade. Interesse Público.

THE PUBLIC INTEREST IN THE ACCESS TO INFORMATION LAW: CONFLICT BETWEEN PRIVACY AND INFORMATION RIGHTS.

Abstract: This paper seeks to analyze the Law No. 12.527/11 from the perspective of the conflict between the information rights and privacy, especially in the case of involvement of the public interest. The study is guided from the perspective of Fundamental Rights, especially regarding the fundamental rights to privacy and information, having direct connection with matters relating to personality, human dignity and the exercise of democracy.

Keywords: Access to information Law. Fundamental Rights. Privacy. Public Interest

1 Introdução

Privacidade e informação são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, possuidores de limites comuns que, não raro, demandam criteriosa reflexão. Este contexto ganha especial interesse nos dias atuais, nos quais se constata que a privacidade é cada vez mais relativizada em prol do direito à informação.

No âmbito internacional, a relativização da privacidade se deu por contingências sociais, notadamente após os eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA. O atentado iniciou uma nova ordem mundial, provocando diversas consequências, como a invasão americana e consequente guerra no Afeganistão, o acirramento de conflitos religiosos e econômicos entre ocidente e oriente, além do recrudescimento das ameaças terroristas internacionais[1], quadro gerador de sensação de insegurança internacional. Com isso, temor e incerteza foram utilizados por governos nacionais (especialmente EUA e Europa) - alegadamente a bem da segurança e a integridade física dos cidadãos - para controlar e acessar indiscriminadamente as informações que desejassem, ainda que isto implicasse na invasão proposital e indiscriminada da privacidade e intimidade das pessoas (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.192).

No Brasil, onde riscos de tal natureza são relevantes, não se verificou tal quadro. Aliás, ao contrário, o que se observou após a Constituição de 1988 foi a promulgação de legislações que visavam efetivar o direito à privacidade, como aquelas referentes ao sigilo bancário, fiscal, das comunicações entre outras (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.193). Este movimento em direção da tutela mais abrangente da privacidade, entretanto, ainda não está encerrado, posto que há lacunas importantes na legislação brasileira, como ilustra a questão da proteção de dados pessoais.

[1] Sobre o assunto, ver WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.527/11, dirigida especialmente ao ente público, objetivando maximizar a publicidade das informações governamentais e, com isso, proporcionar o controle social dos atos governamentais e prevenir eventuais condutas inadequadas à boa administração pública.

O período de exceção do Estado Brasileiro pode ter influenciado na percepção de que a informação acerca da Administração Pública não é acessível, e, neste sentido, influenciado também na concepção da Lei de Acesso à Informação (LAI) de modo a se permitir a mais ampla divulgação dos dados estatais. Se essa condição pode ser considerada virtuosa sob a ótica democrática, igualmente vai representar risco ao sigilo das informações pessoais custodiadas pelo Estado. As discussões resultantes da divulgação dos salários de servidores público é exemplo disso, indicando que a LAI pode afetar a privacidade do cidadão[2].

Pode-se alegar, num primeiro momento, que a LAI se ocupa apenas das informações que se enquadram no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II, §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição ou seja, os dados de órgãos públicos ostensivos por serem de interesse dos indivíduos, da coletividade ou geral, ressalvadas informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e à privacidade e intimidade da pessoa. Assim, pela própria definição dos objetivos da lei, entende-se que a privacidade do cidadão estaria assegurada, ainda mais com o fato da LAI dispor de mecanismos que visam evitar a divulgação imprópria de informações pessoais. Contudo, questiona-se a validade de tais mecanismos nessa tarefa, visto que não representam barreiras eficientes contra o acesso indevido, em especial diante do argumento do interesse público.

Um fato ilustrativo disso ocorreu na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), quando a reitoria solicitou aos programas de pós-graduação que informassem a presença, em seus cursos, de discente ou docentes de origem israelense. Esta solicitação visava atender a pedido do Comitê Santa-Mariense de Solidariedade ao Povo Palestino, cujo objetivo era apurar a existência de convênio entre a Universidade e empresa israelense do ramo da tecnologia militar[3]. Considerando o histórico de conflitos existentes no Oriente Médio e a contumaz ocorrência de ações terroristas dele decorrentes, não se pode deixar de aventar que essa informação, se divulgada de forma inadequada, poderia trazer um perigo potencial à segurança das pessoas identificadas pela sua origem israelense.

O presente trabalho visa contribuir na análise em relação aos conflitos que a LAI produz, concreta ou potencialmente, entre os direitos de acesso à informação e à privacidade, em especial quando envolve o interesse público. O tema abordará os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com aspectos relativos à Dignidade Humana e ao exercício da democracia pelo cidadão.

2 As esferas pública e privada do ser humano

Primeiramente, cabe fazer uma breve exposição a respeito da dicotomia entre informação e privacidade na personalidade do indivíduo. Esta dualidade vai condicionar o estudo dos direitos da personalidade sob o prisma da compreensão do ser humano segundo duas dimensões[4]: a privada, representada por todos os caracteres físicos e psíquicos próprios de cada pessoa, tal como a honra, a intimidade, a vida privada, a consciência e a opinião; e a pública, representada pela interação dos indivíduos no grupo social.

Estas dimensões não podem ser consideradas isoladamente, posto que todo indivíduo as apresenta simultaneamente, uma dependendo e interagindo com a outra. Assim, a construção da personalidade se dá pelas informações trocadas com o meio social, não havendo razão de se cogitar em direito à honra, à imagem e à vida privada sem uma esfera pública desse indivíduo. Entretanto, se por um lado a sociedade é o agente que permite ao indivíduo o desenvolvimento e projeção da personalidade, é contra quem este mesmo indivíduo irá

[2] Sobre o assunto, acessar o "Notícias STF".

[3] Jornal "ZERO HORA", edição de 5 de junho de 2015, p. 16.

[4] Hannah Arendt, ao tratar das esferas privada e pública, entendeu o surgimento da primeira como natural e calcada na família, onde o indivíduo buscava a sua sobrevivência, pois era um ser social (no sentido de *zoon politikon*,de Aristóteles). A autora descreve a evolução dessa noção até se chegar à noção de esfera privada centrada no indivíduo. Assim, à esfera privada inicial viria a se opor a esfera pública, não natural, surgida em momento posterior e que era representada naquela oportunidade pela *polis*. Com o surgimento da *polis*, cada cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência, havendo uma grande diferença entre o que é próprio (*Idion*) e o que é comum (*Koinon*). (ARENDT, 2000, p.31 a 33).

defender a sua esfera privada. Essa interdependência justifica a necessidade de preservação da esfera privada sobre interferências indevidas sendo a questão circunscrita em definir o que vem a ser tais interferências. Nessa equação, deve ser considerado, também, o fato que, na dimensão privada de cada indivíduo, pode estar presente o interesse social, que é variável conforme a relevância que a sociedade dá ao indivíduo e/ou em razão do fato em que estiver envolvido, como no caso de fatos históricos (PALHARES, 2008, p.42).

Desse modo, é forçoso concluir que o cenário pode ser de conflito entre direitos de informação e de privacidade, uma vez que, ao passo que o primeiro vai franquear a informação ao indivíduo, o segundo irá negá-la sempre que isto implicar em lesão à privacidade de outrem, fazendo com eles situem-se em campos opostos na busca da efetividade dos bens jurídicos tutelados.

Ressalte-se, contudo, que o direito à informação aqui é visto sob um prisma amplo, que compreende não apenas o aspecto relativo à recepção das informações, mas também a sua emissão. Tal direito considera o ser humano tanto em uma dimensão coletiva, sendo um direito difuso coletivo de receber informação e que permite a participação de todos na esfera pública, como também na dimensão individual, segundo a qual toda a pessoa individualmente pode receber e transmitir as informações necessárias para formar e expressar suas opiniões (PALHARES, 2008, p.44). Trata-se de uma liberdade, a liberdade de informação, definida por Barroso (2004, p.34) como aquela que "diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado".

Entretanto, caso uma informação privada esteja sob a guarda da Administração Pública, pode haver uma área de intersecção entre os direitos à informação, privacidade e acesso à informação, sendo a solução dessa equação vinculada ao grau de interesse público sobre o dado em disputa, como será tratado adiante.

3 Direito à informação

Segundo Lafer (1988, p.241), o direito à informação tem como objeto a integridade moral do ser humano e é precipuamente uma liberdade democrática destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. Nesse sentido, afirma Júnior (2008, p. 149) que informação no Estado Democrático é a pedra de toque para a materialização do postulado da cidadania participativa. Assim, Ruaro e Limberger (2012, p.208) apontam que um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os cidadãos que resulte em aprimoramento democrático e maior transparência e eficiência da atividade pública. Nesse contexto, pode-se afirmar que, no Estado Democrático, a informação deve ser a regra e o sigilo uma exceção admitida quando devidamente justificada.

O direito de acesso à informação é um preceito relativamente recente nas democracias modernas. Mesmo nos EUA, pioneiros nessa matéria, o acesso a informações públicas foi regulamentado apenas em 1966, com o *Freedom of information Act (FOIA)*. Entretanto, apesar deste direito ter sido ampliado posteriormente em função dos acontecimentos decorrentes caso *Watergate*[5] (1974), este viés não se manteve, como observado naquele pais os atentados de 11 de setembro de 2001, quando, sob a administração de George Bush e a égide da segurança nacional, o acesso público às informações governamentais sofreu novamente restrições. Já no direito brasileiro, todavia, há uma tendência constitucional de franquear o acesso à informação que remonta à carta de 1824, quando o direito era individual e circunscrito a registros existentes sobre as pessoas nos órgãos públicos, sendo este o direito de petição à pessoa legitimada consagrado pela Constituição Imperial. Já o direito a informações gerais sobre o governo e sociedade era garantido pela liberdade de imprensa (JÚNIOR, 2008, p. 152 e 155).

A Constituição Federal atual assegurou o direito do cidadão à informação pública quando o elevou à condição de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXIII. Na mesma linha, refere-se esse direito no âmbito do princípio da publicidade, como indica o artigo 37, §3º, II (direito ao acesso a registros e informações do Governo) e por ocasião da gestão governamental das informações culturais, conforme §2º do art. 216.

[5] O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente Richard Nixon eleito pelo Partido Republicano, tornando-se um caso paradigmático de corrupção.

Para Júnior (2008, p. 162), isto seria uma decorrência natural do fato que os dados, registros e informações em posse do administrador não são propriedades do Estado, pois este é mera representação do cidadão. Como pondera o autor, o princípio da publicidade da administração, previsto no artigo 37, *caput*, indica que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim ao próprio povo, que é, em última análise, o verdadeiro detentor do poder político.

Lafer (1988, p. 242) sublinha que o direito à informação é um direito fundamental à medida que se vincula à personalidade, pois permite o livre exercício da democracia pela transparência da esfera pública, condição indispensável à participação de todos nos assuntos comuns da sociedade. De fato, a plenitude da formação da personalidade do cidadão vai depender dos meios à sua disposição para conhecer a realidade da sociedade, a fim de poder participar de debates e tomar decisões relevantes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 403).

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, isto não confere ao direito à informação um caráter absoluto. Nesse diapasão, Júnior (2008, p. 164) comenta que o STF já se manifestou sobre a questão em diversos pronunciamentos, afirmando que, por mais essencial que se apresente o direito à informação, ele não pode se impor *de per si*, sendo necessário uma relativização quando necessária à preservação de outros, tais como a segurança nacional ou a intimidade.

Assim, é necessário que, por vezes, haja a tutela judicial para definir a prevalência ou não do direito à informação. Como exemplo, pode-se citar a alteração efetuada pela emenda constitucional nº 45, de 2004, que faz referência à ação judicial ao se ponderar entre a preservação do direito à intimidade com o sigilo e o interesse público à informação.

4 Direito à privacidade

Privacidade, no entendimento de Ferraz Júnior (2015), é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade da pessoa, titular do direito, de impor aos outros o respeito (e de resistir à violação) de situações vitais que, por dizerem respeito só a ela, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto do direito à privacidade é, sinteticamente falando, a integridade moral do sujeito. Na mesma linha, pode assim defini-la como a possibilidade que autoriza ao indivíduo impedir a intromissão de estranhos na sua vida íntima e familiar, bem como o acesso e divulgação de informações (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Em que pese existir um senso comum do que é privacidade, Doneda (2002) identifica que há uma considerável quantidade de termos que a doutrina brasileira utiliza para representar a privacidade, propriamente ou não. Tal variedade de termos pode levar à indefinição de seu conteúdo. Assim, o autor sugere que o sentido e alcance do termo privacidade deve ser obtido na Constituição, quando esta, ao tratar a privacidade no bojo das garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, considerou-a como a proteção da "intimidade" e da "vida privada" do indivíduo (inciso X). Desse modo, a proteção da pessoa humana abrangeria estes aspectos, sendo irrelevantes as diferenças de conotações e semânticas ao se tratar das questões referentes à informação. Afigura-se, assim, o termo privacidade como a opção mais razoável e eficaz, sendo claro suficiente a especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade, unificando os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Contudo, se as posições doutrinárias convergem quanto ao conceito de privacidade, sua aplicação prática é bem mais complexa, em especial devido à maximização da produção e tráfego de dados. Trata-se da realidade da sociedade contemporânea, tão concreta a ponto de se afirmar que a humanidade experimenta a era da Informação (CASTELLS, 2003, p.49). De fato, todo tipo de informação está disponível em tempo quase instantâneo, circunstância que leva o indivíduo a uma exposição muito superior a qualquer outra época da história humana, mesmo durante as atividades mais corriqueiras, pela ação das novas tecnologias[6]. O volume de informações de cunho pessoal lançado na própria Internet cresce exponencialmente, além de alcançar um número indefinido de destinatários, tornando-se, na prática, públicas. Isto, além de potencialmente atentar contra a autonomia e autodeterminação do indivíduo, pode representar uma ameaça à própria Democracia, uma vez que a invasão desmedida na privacidade do cidadão pode se tornar um meio de constrangimento da participação

[6] Para maiores informações sobre como a revolução da internet e, mais recentemente, as tecnologias de inteligência ambiental estão incrementando os riscos que atentam contra os indivíduos e seus direitos básicos, veja ROUVROY, Antoinette (2015).

deste nos processos deliberativos (ROUVROY , 2015).

Assim, verifica-se que as antigas fórmulas para definição de limites da privacidade (recolhimento e exposição) não são mais razoavelmente eficazes, existindo importantes indefinições sobre o que é público ou privado. Assim, a questão que naturalmente surge desse cenário é como balizar a fronteira entre o que é ou não informação privada.

A jurisprudência germânica já enfrentou essa questão e concluiu, naquela oportunidade, que o acesso à privacidade do indivíduo só poderia se dar mediante uma justificativa plausível da necessidade de tal acesso. A justificativa deve ser específica e válida para o caso concreto, vinculada ao interesse público, pois só assim se estaria tutelando o direto constitucional da privacidade. Tal entendimento provém do direito à autodeterminação informativa, surgido de decisão do Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento da lei do censo alemão (*Mikrozensus-Eitschiedung*). Naquela oportunidade, a lei foi declarada inconstitucional em virtude de não se definir com exatidão o motivo de se buscar específicas informações pessoais de um cidadão[7].

Nesse contexto, é necessário que a restrição do direito à autodeterminação informativa ocorra num ambiente de atuação clara do poder público, além da identidade entre o motivo legal e a efetiva coleta. Dessa forma, conclui-se que a privacidade é regra e a intervenção estatal exceção. O ente público deve sempre tratar estas informações em estrito cumprimento das previsões e autorizações legais, sem olvidar do princípio da proporcionalidade (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 197).

Na ausência de um interesse público específico, pode-se presumir que a informação pessoal é irrelevante para a coletividade, o que leva ao direito de informação se apresentar na sua formulação negativa, de não interferência na privacidade do indivíduo. Seria necessário reavaliar a questão caso houvesse interesse público real, levando a necessidade de ponderar informação e privacidade através de uma harmonização, obtida mediante criteriosa análise e ponderação de seus alcances no caso concreto.

Essa harmonização seria realizada visando o princípio da Dignidade Humana enquanto fundamento da República e cláusula geral de tutela e promoção do ser humano, visando a proteção da pessoa em todos os seus aspectos. É princípio fundamental, inerente ao Estado Democrático de Direito e tem caráter informativo de toda ordem constitucional (TEPEDINO, 2004, p.50). A privacidade teria um caráter instrumental, agindo como um meio de se manter à Dignidade Humana (ROUVROY, 2015, p. 58-62).

Logo, tendo como referência o Princípio da Dignidade, e que a garantia da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, X, da CF), com o *status* de direito fundamental, têm aplicação imediata, é possível a pretensão do indivíduo de ter os seus dados pessoais protegidos independente legislação infraconstitucional sobre o tema.

5 As lacunas na proteção à privacidade no direito brasileiro

Os direitos à informação e à privacidade, agindo em sentidos opostos quanto ao acesso de informações, podem entrar em conflito. Entretanto, tal circunstância é natural quando da concretização dos princípios. Segundo Alexy (2008, p.93-94), haverá razões suficientes para que, em um juízo de sopesamento, um princípio prevaleça.

No caso do Direito Brasileiro, entretanto, há uma dificuldade maior para se alcançar o equilíbrio entre esses dois direitos. A causa disso é a deficiente garantia do direito à privacidade e proteção dos dados pessoais no sistema jurídico, uma vez que a matéria é tratada de forma superficial. Tal questão só assume importância diante de eventos danosos à privacidade, quando então busca-se recompor o dano por meio de ações judiciais sem, contudo, preocupar-se em exigir do Estado uma ação pró-ativa no cumprimento do dever de prestação da efetiva da proteção (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 209).

Neste contexto, verifica-se que a Constituição e o Código Civil não esgotam o tema privacidade, sendo o segundo especialmente falho no resguardo do direito a ela inerente. O primeiro motivo, como aponta Andrade,

[7] *BVerfGE 65,1 - Völkszählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhanlung vom 18. und 19. Oktober 1983 - 1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in der Verfahren über die Verfasssungsbeschwerden.*

é a inexistência de uma cláusula de tutela geral da personalidade no Código Civil. Esta cláusula, segundo o autor, permitiria uma proteção mais efetiva dos direitos da personalidade (entre os quais o da privacidade) além de fazer uma ligação expressa destes com o princípio da dignidade (ANDRADE, 2002, p.106). O outro motivo diz respeito ao conteúdo do artigo 21 do Código Civil. Este artigo estabelece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural e a possibilidade de tutela judicial em caso de ameaça. Assim, apesar do artigo vedar a violação da privacidade, tal situação, como exposto, não é algo que se pode qualificar com facilidade, o que retira o caráter absoluto (e, portanto, algo retórico) que aparentemente possui a norma. Isto porque se esbarra na seguinte questão: ao que, propriamente, reporta a vida privada?(DONEDA, 2015).

A resposta a esta questão depende dos pressupostos teóricos e normativos que balizam a interpretação no caso que se coloca em exame. Nesse aspecto, a regulação do Código é praticamente ociosa pois não estabelece critérios mínimos de ponderação que favoreçam a interpretação judicial, ao contrário do que dispõe a sua congênere do Código Civil Português (DONEDA, 2015).

6 A lei de acesso à informação

6.1 A lei de acesso à informação e a privacidade

É justamente neste contexto que ingressa no mundo jurídico brasileiro a Lei nº 12.527/11, com a proposta de regular o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do artigo 37 e do § 2º do artigo 216 da Constituição Federal. Reconhecida como Lei de Acesso à informação, visava permitir uma transparência nas atividades governamentais sem precedentes no Brasil.

A lei, conforme sua própria exposição de motivos, institucionaliza o mecanismo de divulgação de informações, em razão deste ser um dos mais eficazes instrumentos de consolidação da democracia. Com isto, a lei torna-se importante instrumento de efetivação da cidadania e combate à corrupção, promovendo a ética e a transparência do setor público pela garantia do rápido, pleno e gratuito acesso às informações governamentais.

Essa lei fixou a regra geral da Constituição no sentido que, se o documento ou informação da Administração Pública que não é classificado como sigiloso ou pessoal deve, então, ser de interesse público. Assim, qualquer um poderá ter acesso à informação pública independentemente de justificativa. Nesse viés, o diploma legal indicou também uma guinada do atual ordenamento jurídico brasileiro no conceito de intimidade/privacidade/proteção dos dados pessoais, tecendo contornos mais flexíveis e mitigadores destes direitos fundamentais (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 192).

Contudo, como exposto, mesmo nesse quadro de liberdade de acesso às informações, a violação indiscriminada dos dados pessoais continua sendo inadmissível, por afrontar diretamente direito à privacidade. É necessário que haja o devido armazenamento e manipulação da informação pessoal de posse da Administração Pública, sendo que, no caso da Lei nº 12.527/11, isso deve se dar em conformidade com os instrumentos que ela traz consigo.

A informação pessoal é tratada na LAI em diversos momentos. Inicialmente, a lei conceitua informação pessoal no artigo 4º, IV, estabelecendo que seria "aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável". Estabelece-se, aí, a possibilidade de uma interpretação ampla da definição de informação pessoal, abrangendo todos os dados que se relacionam com o indivíduo.

A proteção aos dados pessoais começa a ser abordada a partir do artigo 6º, III, que determina que a informação pessoal e sigilosa deve ser protegida. Mais adiante, a sessão V do Cap IV trata especificamente das informações pessoais, na qual o artigo 31º diz que o tratamento da informação pessoal será realizado de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. O §1º do mesmo artigo reforça ainda mais essa proteção, colocando a restrição ao acesso à informação pessoal, independente de classificação sigilosa além de condicionar a sua divulgação ou acesso por terceiros somente por previsão legal ou consentimento das pessoas que elas se referem.

Assim, pode-se concluir que a informação pessoal é cabalmente protegida na LAI, estando a salvo de qualquer abuso. Não há, numa primeira observação, uma brecha na segurança dos dados pessoais. Entretanto,

toda a análise de um sistema defensivo deve ser enfocada, primordialmente, nas vias de acesso que demandam ao interior do dispositivo a ser defendido. Assim, trazendo para o contexto da lei, isto significaria a análise das exceções ao sigilo das informações pessoais, que estão previstas mais adiante, no §3º do artigo 31 da LAI. Entre as exceções, destaca-se que pode haver a quebra do sigilo da informação pessoal quando necessário à "proteção do interesse público geral e preponderante" (inciso V).

O interesse público, segundo Mello (2011, p. 61), é o "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". Assim, há a natural supremacia do interesse público sobre o privado, sendo esta supremacia é "um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último" (MELLO, 2011, p. 70). Faz coro Filho (2005, p. 34), ao afirmar que a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, sendo que os interesses privados não podem prevalecer sobre ele.

Assim, o interesse público geral e preponderante, previsto na LAI, seria um motivo perfeitamente admissível para configurar exceção ao sigilo da informação pessoal, vez que, nesse caso, estar-se-ia preterindo um interesse privado em prol de uma necessidade pública. Entretanto, é justamente aí que se verifica o primeiro defeito no trato da privacidade do cidadão pela Lei de Acesso à Informação.

Entretanto, ao enfrentar a definição de interesse público, Filho (2005, p. 36) afirma que este é um conceito jurídico indeterminado[8], tornando seu conteúdo inexato. Aliás, essa imprecisão conceitual é necessária pois é o que irá permitir a utilização mais eficiente do conceito. Desse modo, não seria adequado estabelecer uma definição pronta de interesse público, vez que essa indeterminação viabiliza a busca de uma aplicação mais adequada ao caso concreto, pois a função desempenhada pelos conceitos indeterminados é permitir uma abertura permanente em face da realidade (TRYBUS, 2006, p. 716).

Todavia, foram várias as tentativas de conceituar o interesse público, desde noções quantitativas (como sendo interesse público a soma dos interesses da maioria) até outras de cunho impessoal (quando se iguala interesse público com os interesses da sociedade. Tais tentativas, porém, não foram suficientes para defini-lo, o que corrobora com a ideia de sua indeterminação natural. Uma noção mais próxima de interesse público iria além de imperativos técnicos (dada a impossibilidade de alguns interesses públicos serem atendidos por particulares) e visaria principalmente imposições éticas, pois teria que conter valores como solidariedade social, igualdade substantiva e justiça distributiva, aspecto não priorizados pela iniciativa privada. Este contexto sugere que o interesse público estaria relacionado aos direitos fundamentais do cidadão e somente seria validamente utilizado para consagrar tais direitos (TRYBUS, 2006, p. 718).

Porém, apesar da plasticidade do conceito de interesse público ser útil em vários casos aplicáveis ao Direito, ela também pode ser causadora de problemas insuperáveis, em especial na ausência de instrumento jurídico que delimite o efetivo interesse público. Deve-se frisar que a indeterminação do conceito não concede ao governante a liberdade de escolha para defini-lo, mas, apenas e somente, um espaço de atuação direcionado à solução mais adequada em face da realidade. Não se pode deixar de observar que, em função de seu próprio caráter mutável, é cediço que a utilização de conceitos indeterminados dá margem ao risco de sua aplicação equivocada ou desvirtuada (TRYBUS, 2006, p. 716).

Este é o pensamento de Filho (2005, p. 36), entendendo que a indeterminação do conceito de interesse público pode dar margem à arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, uma vez que o dirigente político, por vezes, aproveita-se da indefinição para evitar o controle de suas ações ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais. Mais adiante, Filho (2005, p. 46) complementa essa noção quando, ao referir que a atividade administrativa do Estado deve ser norteada pelo respeito aos direitos fundamentais, afirma não ser cabível a legitimação de decisões dos titulares do poder público que, baseados na

[8] Sobre conceitos jurídicos indeterminados, Barroso (2013, p. 339) informa que isto não é uma novidade no Direito Contemporâneo, onde se utiliza uma linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma no caso concreto. Os conceitos jurídicos indeterminados destinam-se a lidar com situações onde o legislador não pode ou não quis especificar, de forma detalhada, suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. O emprego dessa técnica, assim, abre ao intérprete um espaço considerável de valoração subjetiva mas isto não significa que essa valoração possa ser ilimitada ou arbitrária. Isto envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito.

mera conveniência do interesse público, venham a produzir sacrifício de valor fundamental. Nesse contexto, qualquer invocação genérica ao "interesse público" que implique na diluição de direitos fundamentais deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do exposto, extrai-se que, ao se julgar o acesso a informações pessoais com base na LAI, é necessário delimitar o interesse público no caso concreto. O que ocorre, porém, é que a própria lei silencia quanto ao procedimento de avaliação neste caso, condição que pode ser desastrosa numa Lei cujo objetivo é a máxima transparência de dados. Para ilustrar a gravidade dessa situação, pode-se imaginar a hipótese na qual uma informação estritamente pessoal é solicitada sob a égide de um interesse público preponderante. A autoridade administrativa, sem parâmetros para decidir adequadamente a questão, fornece a informação causando danos à pessoa a quem ela se refere.

As medidas que a Lei nº 12.527/11 estabelece para punir tais vazamentos têm caráter remedial, *a posteriori*, não impedindo o dano que, muitas vezes, pode ser irreversível e irreparável. Isto em razão da própria natureza da informação que, uma vez divulgada, não há como voltar ao *status quo ante* de desconhecimento. Assim, o valor da informação pessoal está, assim, na ignorância dos demais sobre aquilo que o indivíduo quer manter reservado.

Apesar das balizas interpretadoras do conceito de interesse público da LAI serem relevantes para o sigilo da informação pessoal, estas não podem ser consideradas como a solução definitiva. De fato, diante de um caso concreto em que se faça presente conflito entre direito fundamental e interesse público, e desde a lei não tenha esgotado os juízos passíveis de avaliação, caberá ao administrador público, embasado nos valores constitucionais e na técnica da proporcionalidade, ponderar os anseios envolvidos, buscando a máxima realização de todos (TRYBUS, 2006, p.720). Entende-se que esta deve ser a atitude da Administração pública ante aos conflitos entre o interesse público pela informação sob sua guarda e a privacidade do indivíduo a que esta informação se refere. Para tanto, deve a Administração Pública, em todas as esferas, estabelecer procedimentos de cunho gerencial que permitam ao servidor, detentor da informação, tomar decisões que levem ao atingimento dos objetivos da lei sem lesar a privacidade do cidadão. Tal regulação poderia ocorrer de forma infralegal, a um nível pragmático, operacionalizando os atos dos administradores diante dessa situação.

Isto também não exclui a atuação da doutrina que, ao se debruçar sobre o tema, gere condições que influenciem diretamente no processo de tomada de decisão do administrador, propiciando instrumentos autorizadores da aplicação da melhor técnica no caso concreto.

6.2 Constitucionalidade da lei

Neste quadro, não se pode deixar de aventar a possibilidade de uma inconstitucionalidade material na Lei nº 12.527/11.

O exercício de direito fundamental pode resultar, muitas vezes, em conflitos com outros direitos constitucionais, sendo necessário, por vezes, a fixação precisa de restrições ou limitações aos direitos para operacionalizá-los. De outra mão, não se pode conceber que tais restrições sejam ilimitadas, sob o risco de inviabilizar tais direitos. Assim, ao lado dos limites aos direitos, existem os limites aos limites, que balizam a ação do legislador quando este restringe direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição, referindo-se tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Desse modo, entende-se que direitos fundamentais formalmente ilimitados podem ser restringidos caso isto se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais. Assim, chega-se à teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos fundamentais são, em si, ilimitados e que, mediante a imposição de eventuais restrições, se convertem em direitos limitados, sendo uma das formas de limitação a decorrente de norma legal promulgada com fundamento na Constituição (SARLET, 2012, p. 397 e 402). No caso, a LAI, que visa concretizar o exercício do direito de acesso à informação, vai representar esse papel pois impõe uma restrição ao direito à privacidade por meio da exceção ao sigilo da informação pessoal.

Entretanto, essa restrição deve ter um alcance definido, sob o risco de, caso assim não seja, se comprometa a própria essência do direito, configurando-se, como já dito, os limites do limite do direito restringido. Nesse diapasão, Sarlet (2012, p. 404) leciona que tais limites dos limites, ainda que não definidos explicitamente na Constituição Federal Brasileira, devem guardar compatibilidade formal e material com a Carta Magna sendo que, entre eles, destacam-se, pela sua repercussão teórica e prática, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proporcionalidade (e a razoabilidade[9]).

A garantia do núcleo essencial diz respeito à parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, descaracterizando-o como um direito fundamental. Assim, o estabelecimento de uma restrição a um direito fundamental não pode chegar ao ponto de negar a ele uma eficácia mínima. Entretanto, em que pese ser de suma importância proteger do núcleo essencial do direito fundamental, não há como defini-lo em abstrato e por antecipação, pois a qualificação do conteúdo protegido face às restrições se dá não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim pela circunstância de estar imune à ação do poder público e à disposição do titular do direito (SARLET, 2012, p. 411-413).

Assim, entende-se que a *conditio sine qua non* do caso concreto para se avaliar a garantia do núcleo essencial impede que se aprecie, neste trabalho, eventual restrição abusiva ao direito à privacidade pela LAI sob este prisma. Isto porque seria necessário, para tanto, o exame de fato já ocorrido, que não é objeto deste artigo.

A proporcionalidade se refere diretamente ao dever de proteção do Estados aos direitos fundamentais, no qual desponta, como um instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua aplicação a atos de sujeitos privados. Assim, a proporcionalidade atuaria em dois campos, impedindo tanto o excesso de atuação do Estado ao limitar os direitos fundamentais bem como a insuficiente proteção estatal ante a esses direitos. Neste contexto, segundo a doutrina majoritária, identifica-se três desdobramentos desse princípio quando atuando no controle da legitimidade das medidas restritivas: a) como elemento de adequação ou conformidade, que se traduz no controle da viabilidade da medida restritiva de alcançar o fim objetivado (idoneidade técnica); b) como elemento que avalia a necessidade da medida, ou seja, que a opção feita para restringir o direito foi a menos gravosa e c) para estimar a proporcionalidade em sentido estrito, que entende-se pelo equilíbrio entre os fins buscados na restrição com os meios utilizados para tanto, realizada por meio de comparação entre ambos. A isto soma-se o fato que a aferição da proporcionalidade em uma restrição a um direito fundamental deve, necessariamente, levar em conta uma justificação constitucional para essa restrição, sem a qual ela carece de motivação para existir (SARLET, 2012, p. 404-406).

Nessa quadra, entende-se ser possível a apreciação, em tese, de eventual restrição de um direito fundamental via princípio da proporcionalidade, tornando desnecessária a ocorrência do caso concreto para tanto. Esta possibilidade pode ser particularmente útil à análise da exceção ao sigilo das informações pessoais proposta pela LAI, uma vez que se trataria de juízo preventivo, em um contexto de proatividade, antes que ocorra dano à privacidade como já hipoteticamente descrito antes.

Para tanto, é necessário estabelecer um método para empregar a proporcionalidade no estudo da privacidade *versus* LAI, o que poderia ser viabilizado pela aplicação da proporcionalidade, sob a perspectiva de proibição de proteção deficiente, na avaliação dessa disputa. Isto porque a excessividade da restrição a um direito fundamental, colocada no âmbito de uma lei, também pode ser considerada, sob outro ponto de vista, uma falha na proteção desse direito no diploma legal em questão.

Nesse contexto, o uso da proporcionalidade para avaliar a suficiência ou não da proteção a um direito fundamental poderia ser realizado conforme a análise proposta por Christian Callies, que é composta de três etapas, sendo a primeira a verificação da adequação ou idoneidade da medida protetiva (e da sua própria concepção), ou seja, se ela é hábil para garantir o bem protegido. Caso positiva a resposta dessa fase, investiga-se se há meios de proteção mais eficiente sem que se tenha que intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da comunidade. Vencida a segunda etapa, como ato final, avalia-se

[9] A razoabilidade, apesar de correntes pregarem a sua fungibilidade com a proporcionalidade, com esta não se identifica. Sua conexão, segundo Alexy, se dá no terceiro nível de aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), o que não significa que se confundam e não tenham aplicações distintas. Uma das diferenças que se anota entre esses dois princípios é que a proporcionalidade requer, necessariamente, a uma análise trifásica (como será exposto), ao passo que a razoabilidade não solicita tal procedimento. (SARLET, 2007, p.409-410)

se o impacto das ameaças e riscos remanescente, após a efetivação das medidas de proteção, são admissíveis em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos (SARLET, 2012, p. 408).

Entende-se que há a possibilidade da LAI não ser aprovada numa análise desse tipo. De fato, verifica-se que LAI seria apta, numa primeira aproximação, a dar a adequada proteção às informações pessoais do cidadão. Isto se deduz dos dispositivos que tratam da informação pessoal (como os artigos 6º e artigo 31 já citados). Entretanto, num estudo mais profundo, se verificaria que toda informação pessoal estaria sujeita às exceções do artigo 31, §3º, no qual o interesse público geral e preponderante está previsto inciso V. Ora, como esgrimido antes, interesse público é um conceito indeterminado, cuja valoração dependerá do juízo de valor realizado no caso concreto e segundo algum parâmetro previamente estabelecido. E é justamente por este parâmetro não estar explícito na Lei que se poderia conceber a hipótese de uma restrição desmensurada do direito à privacidade do cidadão e, desse modo, configurando uma ilegalidade.

7 Conclusão

Como já discorrido, os direitos fundamentais à informação e à privacidade, podem, por vezes, apresentarem áreas de incidência comuns, o que sugeriria uma possível indefinição de alcance entre eles. Assim, é fato corrente que a aplicação desses direitos, no caso concreto, dependerá sempre da determinação dos seus limites de incidência, obtidos pela interpretação da lei e da Constituição. Tal questão tem especial importância no direito brasileiro, devido à proteção insuficiente dispensada à privacidade e o surgimento da Lei nº 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação.

Pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação é, inegavelmente, um grande e importante avanço na construção democrática brasileira, oportunizando ao indivíduo o acesso a elemento essencial do exercício da cidadania: a informação sobre a coisa pública. Assim, se faz necessário que este instrumento legal seja manejado de forma a permitir sua melhor utilização, dando máxima eficácia ao direito fundamental à informação conforme estabelecido na Constituição.

A aplicação da lei, porém, deve ser executada de acordo com parâmetros que permitam visualizar alcance da incidência da lei, estando entre esses a definição dos reais limites entre a informação e a privacidade. A definição desse ponto, além de prevenir eventuais lesões à privacidade, reforçariam o direito do cidadão de exigir informações ao Estado,uma vez que esta exigência estaria apoiada em bases cabalmente estabelecidas.

Entretanto, tais parâmetros não estão definidos na Lei de Acesso à Informação, uma vez que esta, como se demonstrou, tem lacunas na definição dos contornos dos limites dos direitos à privacidade e informação. A solução decorrerá, necessariamente, da concepção desses critérios via interpretação sistemática da lei bem como de uma atuação pró-ativa da Administração Pública, de forma que o trato da informação pessoal pelo servidor por ela responsável ocorra com uma margem de segurança aceitável, permitindo não só o resguardo da privacidade do cidadão como, de outro lado, a implementação plena dos objetivos visados pela Lei de Acesso à Informação.

Referências

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002**, in O Novo Código Civil e a Constituição, (Ingo W. Sarlet, org.). 2ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.1, n.235, p. 1-36, jan/mar 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de**

um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=212003>. Acesso em: 09 jun. 2015.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em rede: a era da informação - Economia, Sociedade e Cultura**. v.1.Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

DONEDA, Danilo. **A tutela da privacidade no Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf>. Acessado em 06 Jun 15.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em <http://www.terciosampaioferr azjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>. Acesso em 06 Jun 15.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Direito de Acesso à Informação. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº9, jan/mar 2008

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** (um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt). Cia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

PALHARES, Cinara. Direito à informação e Direito à privacidade: Conflito ou Complementaridade? **Revista dos Tribunais**, Ano 97, Vol. 878, dez 2008.

ROUVROY, Antoinette. **Privacy, Data Protection and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence**. In: Studies in Ethics, law and Technology, 2008, vol. 2, Issue 1. <http://works.bepress.com/antoinette_rouvr oy/2>. Acesso em: 15 jun. 2016

ROUVROY, Antoniette; POULLET, Yves. **The right to informational self-determination and the value of self - development: reassessing the importance of privacy for democracy, em Reinventing Data Protection?**, de Serge Gutwirth,Yves Poullet, Paul de Hert, Cécile de Terwangne e Sjaak Nouwt (Org)**,** Ed**.** Springer science+business media b.v.2009.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Temis. **O Direito de Privacidade do Servidor na Lei de Acesso à Informação e sua consequência no Crime de Violação do Sigilo Funcional**. Revista de Estudos Criminais – ano X – nº 46. São Paulo: Síntese, 2012.

RBS. **ZERO HORA**. Porto Alegre, RS, 5 de junho de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. São Paulo: RENOVAR, 2004.

TRYBUS, Daiana. Restrições de direitos fundamentais com base em razões de interesse público. In: PIOVESAN, Flávia (coor). **Direitos Humanos** vol. I. Curitiba: Juruá, 2006.

WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro. **Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo - USP**, 14(2): 83- 112, outubro de 2002. <http://www.scielo.br/pdf/ts/v14n2/v14n2a05.pdf>. Acessado em 08 Jun 15.

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS: RECONHECIMENTO DE CIDADANIA E POLITICAS PÚBLICAS PARA INSERÇÃO SOCIOECONOMICA DOS MIGRANTES

Alfredo Engelmann Filho

Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Prof. Dr. Yduan de Oliveira May

Professor Dr. do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Resumo: Diante da mobilidade humana contemporânea, o objetivo do presente artigo é identificar o caráter biopolítico das políticas migratórias e sinalizar a necessidade de avaliação e reformulação das práticas do Estado para o reconhecimento da cidadania e proteção dos direitos dos migrantes. Sob o manto da soberania nacional, as políticas migratórias vigentes fazem com que os estrangeiros enfrentem reações negativas da população local que impedem maior aceitação do fenômeno migratório, criando práticas migratórias excludentes e repressivas, através da imposição de barreiras físicas e jurídicas, com a criação de normas que limitam direitos e dificultam a livre circulação, transformando os migrantes numa espécie de subcidadãos, de modo a tornar imprescindível a formulação de políticas migratórias que evidenciem e potencializem os efeitos positivos das migrações, reconhecendo-se a cidadania para o acolhimento e reconhecimento destes sujeitos migrantes como novos atores sociais, sem qualquer discriminação de raça, credo ou novas culturas, na perspectiva dos direitos humanos, a partir da vulnerabilidade dos estrangeiros, legitimando-os socialmente. As políticas migratórias vigentes tensionam o papel dos Direitos Humanos na medida em que os migrantes, notadamente aqueles em situação irregular, são colocados em uma zona de anomia que viola os mais básicos direitos fundamentais contra aqueles que não se encaixam no que se denomina "cidadão" vez que os direitos humanos foram fundamentados a partir da noção de cidadania, na busca de uma nação solidária e preocupada com a efetivação dos Direitos Humanos de e para todos, rumo à cidadania cosmopolita. A pesquisa valeu-se do método fenomenológico para uma maior aproximação entre o pesquisador e o objeto da pesquisa e o procedimento é monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Mobilidade Humana. Cidadania. Políticas Públicas. Inserção socioeconômica.

1 Introdução

O tensionamento entre as várias reações emocionais que o mundo tem assumido diante do fenômeno das migrações é o que permite posicionar-se, de forma crítica, sobre os aspectos negativos oriundos dos fluxos migratórios para promover as práticas necessárias e condizentes com a promoção do desenvolvimento, reconhecimento da cidadania, inclusão socioeconômica e redução da pobreza. Entretanto, num mundo dito sem fronteiras, estas estão abertas para o fluxo de capitais e mercadorias, mas não ao ser humano que não tem livre trânsito, o que impede um mercado global de trabalho.

O fenômeno migratório é parte integrante da contemporaneidade. Todavia, são criadas práticas migratórias excludentes e repressivas, através da imposição de barreiras físicas, como a construção de muros e campos de abrigo e barreiras jurídicas, com a criação de normas que limitam direitos e dificultam a livre circulação, transformando os migrantes numa espécie de subcidadãos, de modo a tornar imprescindível a formulação de políticas migratórias que evidenciem e potencializem os efeitos positivos das migrações, reconhecendo-se a cidadania para o acolhimento e reconhecimento destes sujeitos migrantes como novos atores sociais, sem qualquer discriminação de raça, credo ou novas culturas, na perspectiva dos direitos humanos, a partir da vulnerabilidade dos estrangeiros, legitimando-os socialmente.

As políticas migratórias vigentes tensionam o papel dos Direitos Humanos na medida em que os migrantes, notadamente aqueles em situação irregular, são colocados em uma zona de anomia que viola os mais básicos direitos fundamentais contra aqueles que não se encaixam no que se denomina "cidadão" vez que os direitos humanos foram fundamentados a partir da noção de cidadania.

Somos todos seres humanos e nenhum de nós é superior ao outro e o fenômeno das migrações nos coloca num mundo onde a globalização dispensa fronteiras, nos enche de informações, estimula o consumo e cria expectativas de vida em um mundo melhor.

2 Migrações internacionais e reconhecimento de cidadania

O fenômeno das migrações, frequentemente, enfrenta reações negativas da população local sob a forma do etnocentrismo, xenofobismo e racismo, mesmo que existam vários documentos internacionais que firmam a necessidade de respeito à dignidade e aos direitos humanos dos migrantes. A temática da migração observa todo o sofrimento pelos quais passam os migrantes, que enfrentam uma postura de rejeição, discriminação social e racial, tratados como cidadãos de segunda classe e, aliado aos problemas de comunicação e adaptação, sofrem perda de identidade e de referencial socioafetivo (PENA, 2005).

Segundo Poutgnat e Streiff-Fenart (1998, p. 15-18), na década de 70 a França ocupou-se sobre debates acerca da imigração, a utilidade econômica dos imigrados, custos sociais de sua presença em território francês, questionando-se sobre a identidade nacional francesa, fazendo surgir um discurso social sobre a imagem do trabalhador imigrado, estigmatizado como aproveitador que tira as oportunidades do trabalhador francês, cuja representação social caminha lado a lado com a reafirmação constante da Constituição francesa que proíbe a diferenciação de cidadãos segundo sua raça, origem ou religião.

A exemplo da França, tais afirmações constitucionais convencem as ciências sociais a despertar e abrir os olhos da sociedade global para a realidade que representa a presença efetiva de grupos étnicos em uma sociedade que supõe ela mesma integradora?

Os movimentos migratórios, então, trazem o surgimento de novos atores sociais e, via de consequência, novos direitos coletivos, uma vez que a comunidade étnica é uma forma alternativa da organização social de classe e a etnicidade é uma forma de identificação alternativa da consciência de classe, categorizada como nova categoria social do século XX.

Estes novos direitos coletivos, por sua vez, carregam a necessidade de se substituírem as visões tradicionais de homogeneidade cultural por uma perspectiva construtivista e dinâmica com a ideia de que o pluralismo foi sempre, e em todos os lugares, um traço de distinção e de identificação natural e que os grupos étnicos, em toda a história, formavam-se e transformavam-se sob o efeitos das migrações, do comércio e da conquista, e as identidades de grupo eram relativas e mutantes assim como são nas sociedades modernas (POUTGNAT; STREIFF-FENART, 1998).

A respeito das consequências socioeconômicas da migração, estas podem ser duplas ou contraditórias, dependendo da ótica, do momento e da situação. Procura-se definir algumas vantagens e desvantagens da migração internacional para diversos atores, não em um esquema acabado de avaliação, mas identificando melhor alguns argumentos objetivos, distinguindo-os das motivações xenofóbicas que impedem maior aceitação da migração como uma parte integrante do atual processo de globalização, para a promoção de avanços quanto à identificação de uma trilha política que poderia ser seguida pelos movimentos sociais referentes à questão da migração internacional. Até porque a migração não vai cessar, de modo que torna-se imprescindível encontrar políticas que evidenciem e potencializem os seus efeitos positivos, buscando reduzir as consequências negativas (MARTINE, 2005).

Portanto, ressalta-se a necessidade de se alcançar aqueles responsáveis pela tomada de decisões de forma a permitir que os resultados das migrações possa servir de forma efetiva no cenário de desenvolvimento.

De acordo com Martine (2005):

> Talvez seja esse o maior desafio para os estudiosos e ativistas da área de migração, hoje - não tanto no detalhamento adicional das tendências e padrões já bastante conhecidos e analisados, senão no desenvolvimento de argumentos que sejam capazes de conscientizar a sociedade civil e, por essa via, mobilizar os tomadores de decisão a empreender ações mais eficazes nessa área.

Conforme os dados apresentados por Moulin (2011), com base no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento realizado em 2009, uma em cada cinco pessoas no mundo está em situação migratória: "Dos mais de 1 bilhão de migrantes ao redor do globo, de diversos e muitas vezes precários status, 740 milhões circulam dentro de seus próprios países de origem, enquanto 200 milhões se movimentam internacionalmente".

Através da análise desses dados, percebe-se que a mobilidade humana é uma das principais forças das circulações globais neste século, o que reflete em aspectos relevantes como reconfigurações sociais, políticas e econômicas, além de ser uma característica essencial da experiência humana e do desenvolvimento do Estado (MOULIN, 2011).

Além disso, a migração também é responsável por diversas e importantes transformações individuais e coletivas, enquanto fato social, até porque, nesse ponto de encontro, surgem medos e ódios provocados pela presença do estrangeiro, que se converte no inimigo que vem "de fora" e, ao mesmo, tempo "estranho" (MOULIN, 2011).

Nesse âmbito, vale ressaltar:

> [...] no plano internacional, duas grandes chaves de compreensão da mobilidade humana parecem sobressair-se. Por um lado, alguns países e sociedades têm avançado uma leitura das migrações como fonte inesgotável e inescapável de temores e "problemas". Nessa linha, o imigrante é percebido como fonte de "desordens públicas" e como ameaça à homogeneidade social, econômica e cultural, árdua e violentamente buscada no processo histórico de confluência idealizada entre o Estado e a Nação (CEYHAN; TSOUKALA, 2002 *apud* MOULIN, 2011).

Desde 2010 há o ingresso de estrangeiros no Brasil, em busca de trabalho, refúgio ou outras oportunidades, como estudo ou intercâmbio e, entre outras dificuldades e desafios, há a falta de políticas migratórias que possam contemplar a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos dos migrantes.

A presença dos migrantes preocupa, não só os governos estaduais como os municipais que apresentam políticas púbicas questionáveis até porque não incluem os migrantes em situação de vulnerabilidade social, além do fato dos locais entenderem, "invasão", com ameaça aos seus empregos, à tranquilidade urbana e à saúde pública.

Os migrantes enfrentam sérias dificuldades para inserção no país de destino, tanto do ponto de vista socioeconômico quanto cultural. Todavia, a participação dos migrantes "é fundamental para a construção de políticas migratórias que assegurem a inclusão deles na sociedade receptora, ampliando, assim, o acesso aos direitos e o exercício mais amplo da cidadania" (MÁRMORA, 2010, p.71-92).

Marshall, em 1949, tornou-se um marco no estudo da cidadania e, para o autor, "há uma espécie de igualdade humana básica associada com o conceito de participação integral na comunidade [...] o qual não é inconsistente com as desigualdades que diferenciam os vários níveis econômicos na sociedade" (MARSHALL, 1977, p. 62).

Assim, entende que deva existir compatibilidade entre a igualdade de participação na sociedade, ou seja, igualdade de cidadania, e as desigualdades proporcionadas pela estratificação social.

O discurso de Marshall afirma que existem três elementos de análise que compõem o conceito de cidadania: civil, político e social, pressupondo que exista uma relação de dependência para que se possa construir a cidadania para com o Estado, na medida em que a cidadania só pode existir por meio da evolução dos direitos concedidos pelo Estado, como eixo central do processo de aquisição da cidadania. Contudo, "esse eixo central não existe, porquanto a cidadania, na realidade, cresce na mediação existente entre o Estado e a sociedade" (COELHO, 1990, p. 15-16).

Ainda, segundo o autor, os direitos civis surgiram no século XVIII e estão relacionados aqueles direitos que são necessários à liberdade individual, como direitos de ir e vir, pensamento, fé, propriedade e acesso à justiça, indispensáveis à economia de mercado e liberdade de concorrência, que coexistem com o capitalismo (MARSHALL, 1977, p. 85).

Já os direitos políticos foram concebidos no século XIX e são considerados produtos secundários dos direitos civis. Expressam o direito de participação no exercício da política, possibilitando ao cidadão de ser membro de organismo com autoridade política ou direito de voto, em que pese não existir, de fato, uma igualdade política, tendo em vista o preconceito das classes superiores em relação às inferiores, exercido por meio da intimidação e o livre direito de voto. Assim, o voto secreto era insuficiente para coibir tal prática, tornando imprescindível a educação social e uma mudança no modo de pensar da sociedade.

Além disso, ressalta Marshall (1977, p. 85) que

> [...] os direitos políticos da cidadania, ao contrário dos direitos civis, estavam repletos de ameaça potencial ao sistema capitalista, embora aqueles que estavam estendendo, de modo cauteloso, tais direitos às classes menos favorecidas provavelmente não tivessem plena consciência da magnitude de tal ameaça.

Por fim, os direitos sociais surgem no século XX e são aqueles que conferem um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar na herança social, permitem acesso aos serviços educacionais e sociais (MARSHALL, 1977, p. 72).

Bonanate (2001, p. 93) avalia as três gerações de direitos e levanta a problemática a respeito da efetividade destes direitos, assim:

> […] A cidadania consiste, em primeiro lugar, e mesmo antes de considerar o elemento territorial, no reconhecimento daqueles direitos marshallianos (civis, políticos e sociais) que traduzem, na prática, os conteúdos dos nossos direitos fundamentais. O problema está, evidentemente, aonde esses não possam ser exercitados, pois é como se não existissem (e isso permanece, obviamente, como o maior problema ético do mundo contemporâneo)

Lígia Coelho critica o discurso de Marshall e contesta sua visão evolutiva e determinada através da passagem dos séculos e entende que, ao contrário, os direitos civis, políticos e sociais são conquistados pela sociedade e são imprescindíveis para a construção da cidadania. Além disso, afirma que o conceito de cidadania não pode ser construído paulatinamente, sem qualquer conflito aparente já que a sociedade não evolui de forma harmoniosa, como insiste o liberalismo e não pode ser vista como dádiva, é algo que se conquista através de muita luta, com tensões permanentes entre a voz e reconhecimento do Estado e a voz e reconhecimento dos sujeitos sociais (COELHO, 1990, p. 20).

Nesse raciocínio, Lígia Coelho (1990, p. 14) corrobora afirmando que

> [...] direito concedido não é direito, é servidão. Nesse sentido, o alcance da cidadania encontrar-se-ia diametralmente oposto a qualquer concessão. Direito é o que se conquista, portanto, presume-se a existência de deveres, na medida em que estes não emergem somente de um Estado ou de um exercício legal constituído/instituído. Numa sociedade onde a cidadania seja o objetivo maior, não é possível falar-se em direitos sem sua contrapartida – os deveres.

E, ainda, na voz de Vera Regina Pereira de Andrade, a cidadania é a dimensão de participação/inclusão na e responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global, [...], e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambiguamente tensionado pela regulação social (ANDRADE, 2003, p. 77).

Portanto, a cidadania é um processo histórico marcado por dois elementos: o autoritário, de legitimação e o democrático, de contestação; o primeiro, defende apenas um sentido para a cidadania que limita seu significado e neutraliza todos os componentes políticos e possibilidade do contraditório, enquanto que, o segundo, se materializa quando os sujeitos sociais e políticos se inserem em um contexto político que possibilite a reivindicação de direitos. Assim, a cidadania se define conforme a sociedade e sua matriz

político-ideológica em um determinado momento histórico. (ANDRADE, 1993, p. 70-73).

Como assinala Andrade (1993, p. 82), a emancipação humana é o limite da cidadania:

> [...] enquanto, pois, fundamento de dominação e simultaneamente negação da dominação, a cidadania, enquanto atributo de participação na comunidade política, é criatura da sociedade capitalista e necessária à sua legitimação e reprodução (ANDRADE, 1993, p. 82)

Boaventura de Souza Santos (1994, p. 271) afirma que,

> [...] para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo do político seja radicalmente redefinido e ampliado. A teoria política liberal transformou o político numa dimensão sectorial especializada da prática social – o espaço da cidadania – e confinou-o ao Estado. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania.

A cidadania deve alcançar uma dimensão política e reguladora social que tem, por finalidade, a emancipação e, por ser o sujeito de direitos um sujeito histórico e cultural, não apenas econômico, deve ser vista como um potencial instrumento de inserção e revitalização do espaço público, de acordo com suas potencialidades e limitações.

3 Políticas públicas para acolhimento dos migrantes

O Brasil não escapa das ondas migratórias e, para estes novos atores sociais, é reconhecida a cidadania e existem políticas públicas suficientes e eficazes que possibilite sua inclusão socioeconômica?

A presença dos migrantes no país coloca em xeque a falta de um marco regulatório e políticas migratórias que sejam adequadas para lidar com este fenômeno global e os estrangeiros não querem ser vistos como objetos de políticas assistencialistas e, sim, reivindicam a participação no debate das políticas públicas que os acolha como cidadãos, o que, de certa forma é limitado pela ausência de cidadania política, através do direito ao voto, sem o que, continuam na condição de estrangeiro.

Necessário que haja o acolhimento e reconhecimentos destes sujeitos migrantes como novos atores sociais para a formulação de políticas migratórias com equidade, sem qualquer discriminação de raça, credo ou novas culturas, na perspectiva dos direitos humanos, a partir da vulnerabilidade dos migrantes, não só no Brasil, como no mundo globalizado.

No caso dos fenômenos migratórios, essa alteridade é interpretada como desvantagem o que faz com que os migrantes estejam em situação de vulnerabilidade, pois são tratados com discriminação e pela negação das diversidades que carregam consigo.

As políticas públicas para migrantes devem ser pensadas sob uma perspectiva integral e transversal que favoreça a integração e previna a violação de seus direitos, de forma equitativa.

A desigualdade existe e não pode ser combatida com políticas de igualdade de tratamento e, sim, na perspectiva dos direitos humanos, pois é a alteridade dos migrantes que carrega consigo fator de enriquecimento para todos os atores sociais, não sem riscos de conflitos, mas com análise profunda destas complexidades para que as políticas públicas propostas sejam incisivas a tal ponto que permitam a diminuição das barreiras migratórias para que seja possível a inserção socioeconômica e a promoção e defesa dos Direitos Humanos.

A Comunidade dos Estados da América Latina e do Caribe (CELAC) rejeitou a criminalização dos migrantes junto às Nações Unidas – no Diálogo de Alto Nível sobre Migrações e Desenvolvimento de outubro de 2013, até para aqueles em situação irregular (GRANMA INTERNACIONAL DIGITAL, 2013, *apud* LUSSI, 2015), sob o argumento que esta discriminação é atentatória contra a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e que não assegura as liberdades fundamentais, deteriorando as condições de vida dos migrantes e suas famílias, o que faz aumentar, ainda mais, o processo de exclusão nas sociedades acolhedoras e impede a unidade social. Esta discriminação pode ser, inclusive, legal e política quando

passam a exigir dos migrantes deveres e comportamentos que não são exigidos dos nacionais, proibindo determinados comportamentos como é o caso da proibição de reuniões coletivas para manifestações públicas.

A maioria desses migrantes acaba se encontrando em situação irregular e, desse modo, vivem numa condição de extrema vulnerabilidade, tendo em vista que estão constante e facilmente sujeitos a todo tipo de exploração por parte dos empregadores e dos agentes de migração. Além disso, apesar de trabalharem e contribuírem para o enriquecimento do respectivo país de destino, eles evitam utilizar os serviços e assistências aos quais têm direito, por terem medo de serem descobertos e expulsos do país, "o que não deixa de ser uma nova forma de escravidão" (MARINUCCI; MILESI, 2005).

De acordo com Barreto (2010, p. 20):

> Os países têm o direito soberano de fixar regras de controle para o ingresso, permanência e saída de estrangeiros de seu território. No entanto, nenhum país está livre de responder diante da comunidade internacional por violações dos direitos dos migrantes. Existe hoje uma ideia consolidada da transnacionalidade dos direitos humanos.

É fundamental, pois, a adoção de políticas públicas que possibilitem a plena integração e acolhimento na sociedade, políticas de inclusão mais compreensivas por parte do Estado, através de estratégias que garantam os direitos que, normalmente, são reservados aos cidadãos nacionais, como rendimento mínimo garantido, saúde, moradia e acesso à justiça.

Essa extrema vulnerabilidade, ligada, principalmente, pela perda dos seus direitos mais básicos, deixa os migrantes em uma condição de limites entre espaços (Estados) sendo que a retomada desses direitos depende, diretamente, "de sua reintegração territorial e, por consequência, jurídica, ao espaço da política governamental" (MOULIN, 2011, p. 148).

Políticas públicas voltadas à assistência e integração dos refugiados são imprescindíveis para assegurar-lhes os direitos econômicos, sociais e culturais, em especial o direito ao trabalho, à saúde e à educação. A Constituição Federal oferece suporte legal e constitucional à sua implementação para a efetivação destes direitos.

A Constituição Brasileira, art. 203, garante a prestação de assistência social "a quem dela precisar", tendo como um de seus objetivos a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III) (BRASIL, 2017a).

Para Winckler (2001, p. 121) esses migrantes são "pessoas deslocadas", que muitas vezes, devido à sua condição, "não encontram um lugar no mundo onde possam existir dignamente. Não possuem um status político que lhes possibilite ser tratados pelos demais como semelhantes." Isso demonstra a complexidade de um fenômeno com diversas implicações, seja para aqueles que se deslocam, seja para os países que os recebem.

Traduzindo Subirats (2012, p. 35), políticas públicas podem ser consideradas como resposta a problemas sociais e, de regra, aponta para a solução de um problema público, reconhecido na agenda governamental, isto é, a resposta do sistema político-administrativo a uma situação ou problema social, tido como inaceitável. Assim, são os sintomas do problema social que são referência para a "tomada de consciência" e para o debate sobre a necessidade de determinada política pública e, "normalmente, no início de toda a intervenção pública, ainda não foram identificadas, com precisão, as causas de um problema coletivo, nem se alcançou um consenso entre os atores públicos e privados sobre a definição do problema a ser resolvido".

Para Subirats (2012, p. 35-36), a definição de políticas públicas, enquanto respostas institucionais a estados sociais em transformação, tidos como problemáticos, em termos de análise, deve ser relativizada, uma vez que, se por um lado, determinadas mudanças sociais não geram necessariamente políticas públicas (por diferentes motivos que vão desde falta de mobilização social em torno da temática até a falta de interesse em colocá-lo na agenda pública), por outro, determinadas políticas podem ser tidas não como uma ação coletiva, para aplacar certo problema social, mas como um simples instrumento para o exercício do poder de dominação de um grupo social sobre outro.

Segundo o autor:

> *La expresión «política pública» es bastante reciente. Se introdujo en el linguaje de las ciencias políticas y administrativas europeas en los años 1970 como traducción literal del* término «*public policy*». Este último *debe diferenciarse del término «política» («politics»), con el que se acostumbra a designar las interacciones y conflictos entre los actores políticos más tradicionales (especialmente los partidos políticos, los grupos de interés, los sindicatos, o los nuevos movimientos sociales), que pretenden acceder al poder legislativo o gubernamental respetando las reglas constitucionales e institucionales (designadas en inglés por el* término «*polity*» (SUBIRATS, 2012, p. 35).

Não é o poder político como tal, mas é usado para resolver os problemas coletivos que constituem o objeto essencial da frente das políticas públicas. A noção de um quadro institucional específico, entre os diferentes atores públicos, parapublicos e privados, a fim de resolver um problema coletivo que requer ação concentrada (SUBIRATS, 2012).

Nas palavras do autor:

> [...] una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos – cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con um grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales). (SUBIRATS, 2012, p. 36)

Com a crescente escala de intervenção do Estado e a complexidade dos governos, os assuntos públicos não são mais tão simples. As soluções são multifacetadas, de ordem que as políticas públicas passam a ser debatidas nos meios acadêmicos "onde o interesse pelos resultados das ações governamentais suscitou a necessidade de uma compreensão teórica dos fatores intervenientes e da dinâmica própria das políticas" (SCHMIDT, 2008, p. 2308) e, na prática, do ponto de vista de grupos interessados, agentes políticos, cidadãos, organizações civis, que permitem uma ação mais qualificada e potente, incorporando um conjunto de atividades que tratam de melhorar ou solucionar problemas reais de uma determinada população alvo, com objetivo de resolução conjunta de um problema coletivo (SUBIRATS, 2012, p. 39).

Schmidt (2008, p. 2309) denota que as políticas públicas "são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade".

Alguns estados brasileiros já estavam se mobilizando para a criação de políticas públicas, inclusive para os migrantes, mesmo antes da aprovação da Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24.05.2017). Em São Paulo, por exemplo, até dezembro de 2014, haviam sido inaugurados o Centro de Referência e Acolhida para Migrantes (CRAI), de responsabilidade da prefeitura municipal; a Casa de Passagem Terra Nova, gerida pelo governo de São Paulo; e o Centro de Integração e Cidadania do Imigrante (CIC do Imigrante), também no âmbito estadual (DELFIM, 2016).

Todavia, a recepção e acolhida dos migrantes continua sob responsabilidade da Igreja, através da Pastoral do Migrante e da Cáritas, e dos próprios grupos organizados de migrantes que aqui se encontram. É o caso do Fórum Social pelos Direitos Humanos e Integração dos Imigrantes no Brasil, que conta com a participação de trinta organizações sociais, que organizaram a Campanha Nacional pelo voto do Migrante, "Aqui vivo, aqui voto".

Afirmam que o acesso a políticas públicas pelos imigrantes é muito mais difícil, pois envolve duas etapas: "primeiro, que todas as pessoas sejam reconhecidas como iguais perante a lei; depois, que as necessidades e prioridades de imigrantes sejam identificadas, assim como mecanismos que impedem que eles exerçam seus direitos" (CARTENSEN, 2013), valendo anotar que, em se tratando de políticas públicas, é recomendável que seja observado o trâmite regular: percepção e definição dos problemas, inserção na agenda política, formulação, implementação e a avaliação (SCHMIDT, 2008).

Para Piketty (2014, p. 85), ainda há outro componente que deve ser observado na elaboração e construção de políticas públicas no século XXI: o tipo de sociedade que os governantes desejam e aquela que

a sociedade quer, que sofre influência de componentes culturais, econômicos e psicológicos relacionados aos objetivos de vida dos cidadãos e com "condições materiais que os diferentes países decidem adotar para conciliar a vida em família e a vida profissional (escolas, creches, políticas de igualdade de gêneros, etc)."

Vigente a nova Lei de Migração é possível ampliar as iniciativas já existentes para que alcancem o status de política de Estado e em um novo momento para a política migratória brasileira, permitindo uma nova dinâmica na recepção e permanência de migrantes no país ao retirar da Polícia Federal a responsabilidade sobre a recepção dos migrantes, por exemplo.

Todavia, a nova legislação deixa de fora temas importantes como a regularização e garantia de direitos dos migrantes indocumentados, a constituição de uma autoridade nacional migratória e a participação política dos migrantes, reconhecida no direito ao voto.

As políticas públicas são ações do Estado em parceria com a sociedade e, por vezes, a inação pode ser a política adotada. Requerem aceitação social e, portanto, necessária uma internalização da política pública a partir de uma legitimação social.

5 Conclusão

Ainda está muito presente o discurso discriminatório em relação aos migrantes, pois são vistos como fardos que devem ser carregados pelo país, mas a sociedade civil organizada tem se mostrado capaz de mobilizações ao pressionar os poderes públicos para que atendam, de forma humana e responsável, as demandas destes novos atores sociais.

Por parte dos grupos sociais, das academias e dos próprios migrantes, vê-se que há um empenho geral na consecução de políticas públicas que podem fazer a diferença entre países que tratam os migrantes como uma questão de segurança nacional e aqueles que partem em busca de uma nação solidária e preocupada com a efetivação dos direitos humanos de todos e que tais politicas, além de serem forma e solidários, sob pena de não contribuírem para a garantia dos direitos fundamentais, com respeito à dignidade e cidadania inerentes a todos os seres humanos, como caminho para alcançar-se a cidadania universal.

Os movimentos migratórios trazem o surgimento de novos atores sociais e, via de consequência, novos direitos coletivos, uma vez que a comunidade étnica é uma forma alternativa da organização social de classe e a etnicidade é uma forma de identificação alternativa da consciência de classe. Estes novos direitos coletivos carregam a necessidade de se substituírem as visões tradicionais de homogeneidade cultural por uma perspectiva construtivista e dinâmica, com a ideia de que o pluralismo foi sempre um traço de distinção e de identificação cultural.

A mobilidade humana é uma das principais forças das circulações globais e reflete em aspectos relevantes como reconfigurações sociais, políticas e econômicas, além de ser uma característica essencial da experiência humana e do desenvolvimento do Estado.

A participação dos estrangeiros é fundamental para a construção de políticas migratórias que assegurem sua inclusão na sociedade receptora ampliando, assim, o acesso aos direitos e o exercício mais amplo da cidadania, como dimensão de participação, inclusão e responsabilidade pela vida social e política que permita a reivindicação destes direitos. Diferenciar os estrangeiros dos nacionais resulta em uma estratificação da raça humana gera exclusão e contraria a construção dos Direitos Humanos.

Se existir compatibilidade entre igualdade de participação na sociedade, ou seja, igualdade de cidadania, alcançamos a emancipação a ponto de permitir a queda das barreiras migratórias para que se possibilite o reconhecimento dos migrantes como cidadãos, pela promoção e defesa dos Direitos Humanos.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal m**áximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). **Refúgio no Brasil:** a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BONANATE, Luigi. *Etica e Cittadinanza in una dimensione Europea, in: PARSI, Vittorio Emanuele (a curi di)* ***Cittadinanza e Identità Costituzionale Europea.*** Bologna: il Mulino, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018

CARTENSEN, Lisa. Em São Paulo, imigrantes se mobilizam por políticas públicas e respeito. In: **Jornal Repórter Brasil** [online]. Publicado em 11 dez. 2013. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/12/em-sao-paulo-imigrantes-se-mobilizam-por-politicas-publicas-e-respeito/>. Acesso em: 22 jan. 2018

COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. In: COELHO, Lígia Martha C. et. al. **Cidadania/Emancipação.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

DELFIM, Rodrigo Borges. Carta aberta traz balanço das ações da Coordenação de Políticas para Imigrantes em São Paulo. In: **MigraMundo:** Migração como um direito humano. Abr. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/vCTUV1>. Acesso em: 22 jan. 2018

LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. **Psicologia USP**, v. 26, n. 2, p. 136-144, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v26n2/0103-6564-pusp-26-02-00136.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. **Migrações Internacionais Contemporâneas.** 2005. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionaiscontemporaneas>. Acesso em 22 jan. 2018.

MARMORA, Lelio. Modelos de governabilidade migratória. La perspectiva politica em America del Sur. **REMHU**, Ver. Inter. Mob. Hum., v.18, n. 35, 2010, p.71-92.

MARSHALL, T. H. A. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. **São Paulo Perspec.** vol.19 no.3 São Paulo Jul/Set. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392005000300001>. Acesso em 22 jan. 2018.

MOULIN C. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** v. 26, n. 76, p. 145-224, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/08.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

MOULIN, Carolina. *Eppur si muove*: mobilidade humana, cidadania e globalização. **Contexto Internacional.** vol.33 no.1, Rio de Janeiro Jan./Jun, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292011000100001>. Acesso em 22 jan. 2018.

MOURA, Aline Beltrame de. O discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna. **JURISVOX.** n. 10, p. 22-34, 2010. Patos de Minas: UNIPAM.

PENA, Sérgio D. J. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos. V. 12, n. 2, p. 321-46, maio-ago. Rio de Janeiro, 2005. p. 321-346.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI.** Tradução: Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POUTGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade:** seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: UNESP, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** O social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994.

SCHMIDT, João P. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G.. (org.) **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008

SUBIRATS, Joan et al. **Análisis y gestión de políticas públicas.** Barcelona: Planeta, 2012.

WINCKLER, Silvana. A condição jurídica atual dos imigrantes no cenário internacional à luz do pensamento da Hannah Arendt. In: AGUIAR, Odilio Alves (et al). **Origens do Totalitarismo 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

JUDICIÁRIO: CIDADANIA E DEMOCRACIA

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Professor e pesquisador, em Teoria do Direito, Doutor em Direito do Estado (UFPR), Mestre em Ciência Política (UFRGS)

Tiago Lorenzini Cunha

Doutorando em Ciências Criminais, e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

No presente trabalho abordamos o problema da realização da cidadania no Brasil, com destaque para o papel do Judiciário[1], e o modo como podem se relacionar as modificações propostas pela Emenda Constitucional n°45/04, com a necessidade de implementação dos chamados "novos direitos"[2] de cidadania, vistos aqui como instrumentos legais na tarefa judicial de equilibrar interesses individuais e coletivos na dinâmica social, implícita no objetivo republicano da promoção do bem de todos, em acordo com a primeira parte do inciso IV do artigo terceiro da Constituição Federal de 1988. Preliminarmente, é preciso lembrar que a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a jurisdição constitucional ganha proeminência. Muitos grupos sociais brasileiros passaram a ver no Judiciário uma saída para concretizar direitos sociais, buscando desde então essa via, pelo mecanismo do controle abstrato e/ou concreto da constitucionalidade das leis. Observaram-se os sindicatos, organizações não governamentais, partidos políticos e até mesmo o cidadão individual, esgotando ou não a via da luta política legislativa, buscando pelo ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Judiciário, como instância final idealizada, tanto para deslocar a disputas políticas de seu lugar legítimo para uma arena mais estável, ainda que inadequada, como para garantir a realização de direitos sociais à revelia dos caminhos institucionais já desacreditados. Esse movimento social foi denominado "judicialização da política", e assim tem tratado por diversos autores[3]. Observe-se que o mesmo representou também, inversamente, uma "politização" do Judiciário, pois embora tenham surgido movimentos internos politizados da magistratura, como o chamado "Direito Alternativo"[4], a maioria dos magistrados resistia, e muitos ainda resistem, a adotar uma concepção menos "dogmática" [5] do Direito. Ao mesmo tempo, e aliadas a fatores políticos nacionais e internacionais[6], essas novas posturas aprofundaram a crise[7] do Estado brasileiro, em especial no Judiciário, cujos agentes não mais dispõem dos mecanismos sociais e jurídicos tradicionais que os furtavam do embate político.

A partir da nova postura constitucional do Judiciário, surgiu uma expectativa quanto ao posicionamento de seus agentes quanto à efetivação de uma cidadania brasileira. Com a reforma do Judiciário, efetivada pela Emenda Constitucional n° 45, instrumentalizam-se melhor esse agentes, para essa tarefa. A face mais visível dessa mudança seria, em nossa concepção, a busca de uma efetiva concretização dos chamados "novos direitos", visto representarem os mesmos alguns dos pontos mais sensíveis das demandas sociais de nossa coletividade.

---

[1] AGRA, Walber de Moura (Coord.) et al., *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[2] Ver WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Os "Novos Direitos" no Brasil:* natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

[3] Por exemplo, VIANNA, Luiz Werneck (et al*.) A judicialização da política* e das relações sociais no Brasil. Rio de janeiro: REVAN, 1999.

[4] Ver BARCELLONA, Pietro *L'uso alternativo del diritto*. Ed. Laterza, Roma-Bari, 1973, e IBAÑEZ, "Para uma practica judicial alternativa" in *Annales de la Cátedra*. F. Suárez, 1976, 16, p.155, e CARVALHO, A.B. *A lei. O Juiz. O justo*. AJURIS: Porto Alegre, v. 39, p. 132, mar. 1987.

[5] Ver ROCHA, A.F.O. e SILVEIRA, Gabriel E. *O trabalho jurídico como violência simbólica* in Estudos Jurídicos, UNISINOS. São Leopoldo: v. 38, nº2, maio-agosto 2005, p.66.

[6] GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 4 ed. Madrid: Alianza, 1996.

[7] MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

Entretanto, preliminarmente, que vem a ser cidadania? Como adiante veremos, o conceito tem sido nublado pela concepção tradicional, que o restringe ao exercício de direitos políticos[8]. Essa noção, entretanto, exclui o direito a tomar parte na formação da agenda pública no âmbito da sociedade civil, que inclui todos os direitos[9] estabelecidos nos artigos 5° e 6° da Constituição Federal[10]. Por todos os interesses que representa, e pelos privilégios que eventualmente ameaça, em nosso contexto social, a cidadania tem uma difícil conceituação, que merece não apenas ser ampliada, mas também estabelecida como parte da cultura jurídica e social, visto que esse conceito é possível apenas em ambiente político de democracia[11]. É nesse sentido que nos interessa conhecer o teor da Emenda Constitucional nº45, que promoveu modificações extremamente importantes na estrutura do Judiciário, que se refletirão necessariamente no modo como deverão os juízes pautar suas ações em futuro próximo. Para os limites desse trabalho[12], propomos apresentar e tecer considerações sobre apenas alguns dos pontos da Emenda 45, aqueles que consideramos mais diretamente relevantes para a realização da cidadania em seu sentido amplo. Os pontos que destacamos são: a) a razoável duração do processo, b) a instituição do Conselho Nacional de justiça – CNJ, c) a obrigatoriedade de comprovação de três anos de atividades jurídicas aos candidatos aos cargos de juiz, d) o efeito vinculante nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e) a Justiça Itinerante, f) o deslocamento de competência para a Justiça Federal dos crimes contra os Direitos Humanos, g) a criação de varas especializadas nas questões fundiárias, e h) a autonomia das Defensorias Públicas. Em consequência disso, visto que a concretização da cidadania ampla inclui os "novos direitos", ou "direitos de cidadania", os quais instrumentalizam o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, os quais se impõem como tarefa constitucional ao Judiciário, propomos também apontar e comentar esses direitos, em especial os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, os direitos indígenas, o problema do racismo, os direitos dos idosos, o direito do consumidor, o direito ambiental, o biodireito e os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informação sobre os novos direitos. Finalmente, nos propomos a fazer uma breve reflexão sobre o sentido da realização dos direitos de cidadania pela via judiciária, com suas vantagens e limitações, já que um dos pressupostos de senso comum a respeito da realização desses direitos, típico da dinâmica de transição da concepção de Estado liberal para o Estado social, é o da fuga ao complexo problema da transformação social, transferindo-se ou impondo-se a completa responsabilidade na realização desses direitos ao Judiciário, como um quase monopólio. Isto surge como problema[13], na medida em que apenas contribui para que se reforce a antiga idéia de uma autonomia sistêmica do direito[14], resultando nas tradicionais respostas imobilistas - o Judiciário não é o local da inovação, e sim o Legislativo – e também num desnecessário efeito de legitimação dos juízes e juristas, passando-se ao largo de efetivas mudanças na ação desses agentes, no sentido da concretização dos direitos de cidadania[15].

2 Qual cidadania?

O conceito de cidadania, do ponto de vista jurídico tradicional, está ligado em primeiro lugar à condição de morador da cidade, e por extensão, do país, demonstrando a efetividade de residência. Desse modo, possui *cidadania natural* o indivíduo nascido em território nacional, que pode participar da vida política do país, em oposição ao indivíduo estrangeiro, em situação especial no território, mas também detentor de direitos embora mais limitados, inclusive o de obter a cidadania brasileira, denominada então *cidadania legal*, embora muitos cargos e direitos permaneçam reservados aos chamados cidadãos natos. Esse

[8] Cfe. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. Atual. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 99.

[9] O conjunto desses direitos pode também ser referido como "direitos de cidadania".

[10] Cfe. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais:* uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p.628.

[11] Ver KELSEN, Hans. *Essência e Valor da Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

[12] Para uma completa visão comentada da EC nº45, ver AGRA, Walber de Moura, et al. (Op. cit., nota 3).

[13] Ver SAAVEDRA, Giovani A. *Jurisdição e Democracia*: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronal Dworkin e Niklas Luhman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

[14] LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora da UnB, 1980, 202 p.

[15] Ver FLICKINGER, Hans-Georg. Direitos de Cidadania: uma faca de dois gumes. In: *Em nome da Liberdade*: uma crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 153.

sentido da palavra cidadania está, pois, ligado ao exercício de direitos políticos, como votar e ser votado[16].

Nesse sentido, bastante limitado, costuma-se citar o caso dos analfabetos, que se tornariam cidadãos ativos quando inscritos como eleitores, mas não podendo se tornar cidadãos passivos por não possuírem elegibilidade, quer dizer, por não poderem os mesmos se candidatar a mandatos políticos eletivos. Muitas conceituações jurídicas encerram estritamente nesse ponto o debate, deixando a desejar uma discussão mais ampla do conceito.

Como chegar, porém, a um conceito amplo de cidadania? Hoje é voz corrente o uso dessa expressão quando se fala da participação nos processos de tomada de decisões que se refletem na coletividade, em especial diante das grandes mobilizações populares. Parece estar se difundindo, especialmente via mídia[17], a noção de que a cidadania é uma espécie de direito de imunidade contra as ações autoritárias. Ao mesmo tempo, esse conceito remete ao problema da distribuição de renda, estabelecendo por critério meramente econômico uma idéia de "classes" sociais hierarquizadas, na verdade apenas duas, uma detentora da renda, do poder político, e da vida boa ligada a essas condições, e outra "classe", alienada de não apenas a esse dois fatores, mas também tudo o que está afeto à posse de recursos financeiros, como moradia, saúde, etc., mas fundamentalmente, sem acesso a uma educação adequada e, pois, sem acesso à vida social como cidadão[18].

Guardadas as devidas proporções, a discussão desse conceito está presente desde a formação das raízes do pensamento ocidental. Lembrando que o sentido da democracia grega não era da mesma natureza do que hoje atribuímos a essa palavra[19], podemos citar a obra de Aristóteles[20], na qual o mesmo questiona quem vem a ser o cidadão, e afirmando que "cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária da cidade", visto que a Assembleia da qual o cidadão participava tinha poderes tanto para decidir, como para legislar e julgar. Participar da assembleia significava ser visto pelos demais como um entre iguais, podendo o participante fazer uso da palavra para criticar, propor, opinar, externando por todos os meios o seu interesse pelo presente e pelo futuro da cidade. Poderia também, nesse sentido, assumir cargos na administração pública, como parte de sua condição de participante, não significando, na verdade, que o mesmo dispusesse de direitos que limitassem o poder da Assembléia, mas apenas que, ao aceitar participar, também aceitaria o dever de submissão às decisões, em qualquer sentido, que viesse a ser tomadas pela coletividade[21]. Entre os romanos, o conceito de cidadania (civitas) será bastante ampliado, partindo do reconhecimento pelos pares e todos os demais direitos da vida civil, incluindo, na esfera privada, os direitos de propriedade, família, contratos e, na esfera pública, o direito de participação política[22]. A partir do século XVIII, entretanto, a definição de uma cidadania passa novamente a se tornar importante, pois como frutos do Iluminismo, a Revolução Francesa e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América reconhecem a igualdade de direitos a todos os homens, estabelecendo o ideal de liberdade como o conceito básico sobre o qual se estabelecem os demais direitos, como mais tarde vem a expressar Kant[23] em sua obra. Esse autor procura fundamentar o Direito sobre a liberdade, propondo o problema da harmonização entre a liberdade individual e a dos demais, que continua, porém, em discussão. Habermas[24] retoma a discussão, ao afirmar que não é possível realizar os direitos de cidadania sem uma esfera de liberdade, objetando porém que esta só se pode objetivar a partir da existência de uma comunidade que detenha mecanismos de participação política.

O conceito amplo de cidadania só vem a adquirir os contornos que hoje conhecemos a partir do estabelecimento de um novo paradigma: a idéia de que há um elemento social[25] inserido nesse conceito, que se origina da transição do modelo de Estado liberal para o Estado Social, ocorrida na Europa do século XIX e início do século XX. Esse elemento inclui desde o bem-estar econômico mínimo até a participação na herança social, e especialmente a ter a vida de um ser civilizado, em acordo com os padrões da sociedade atual; e aponta

[16] Cfe. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (op. cit., nota 10).

[17] O papel social e político da mídia é, entretanto, bastante questionável. Ver ROCHA, Álvaro F. O. Direito e Mídia: uma convivência difícil. In: *Revista da AJURIS* – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. N°93, março de 2004, p.25.

[18] BENEVIDES, Maria Victória M. *Reforma Política e Cidadania*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2003, p. 91.

[19] FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

[20] ARISTÓTELES. *A Política*. [Trad. Roberto Leal Ferreira]. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1991.

[21] Cfe. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo, Edições Loyola, 2002, p. 272.

[22] Ver GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 82.

[23] Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: edições 70, 1995.

[24] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 124.

[25] MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e "Status"*. Rio de janeiro, Zahar, 1969, p. 64.

as instituições mais ligadas a esse elemento como sendo o sistema de ensino e o serviço social. O efeito dessa noção sobre o pensamento social foi tornar evidente que não há cidadania em sentido amplo sem que exista um conjunto de mecanismos democráticos, amparados num sólido ordenamento jurídico, que permita ao indivíduo, ou sujeito, ser incluído em todas as esferas da vida social.

É preciso destacar, porém, que o direito brasileiro mantém formalmente sua tradicional conceituação estrita e, embora muitos juristas reconheçam uma maior amplitude na interpretação dos direitos de cidadania[26], fica evidente que a discussão do conceito amplo não modificou até aqui a letra da lei, que segue associando o termo cidadania principalmente à participação política. Essa limitação de natureza terminológica, entretanto, não tem o poder de encerrar a discussão. Ao contrário, uma abordagem sociológica[27] permite observar que, generalizando-se o conceito amplo, é muito provável que os texto de lei, e até mesmo a norma constitucional venham a se adaptar no futuro, já que a resistência é muito mais devida às particularidades do campo jurídico[28], que até para fins de manutenção de sua legitimidade, encontrará formas de se adaptar, apropriando-se dos resultados dessa dinâmica social em seu discurso[29], passando assim a impô-los, "normalizando-os" e fazendo-os compreender implicitamente como seus, desde sempre[30].

3 Cidadania e democracia

Partindo da relação entre cidadania e política, assumimos a necessidade de estabelecer sua relação com as diversas formas da democracia. Preliminarmente, é preciso ver a Democracia não como proposta instalada, mas como luta constante por sua realização. Norberto Bobbio[31] observa que democracia é hoje vista como um conceito elástico, mas que mantém a ideia de um governo de muitos ou todos contra o governo de um ou de poucos. O autor contesta, porém, essa noção, dizendo que a democracia tem, ao contrário, contornos precisos. Desse modo "democrático é um sistema de poder no qual as decisões coletivas, isto é, as decisões que interessam a toda a coletividade (grande ou pequena que seja) são tomadas por todos os membros que a compõem".

Buscando fazer uma breve referência à tradição, o mesmo autor destaca que a teoria da democracia moderna resulta de três tradições do pensamento político ocidental: uma teoria clássica, uma teoria medieval e uma teoria moderna. A primeira é também conhecida como aristotélica[32], que define a democracia como o governo de todos, em oposição ao governo de um e ao governo de alguns. Em seguida a teoria medieval ou romana se apóia na soberania popular, na qual essa soberania ascende ou descende, conforme o poder se origine do povo por representação, ou soberano, por delegação. E finalmente, a teoria moderna ou maquiaveliana, da "razão de Estado",[33] concebida em torno das grandes monarquias, para as quais a democracia é uma forma de república, oscilando entre ideais republicanos ou democráticos.

Em razão dos limites desse trabalho, e sem pretender esgotar as taxionomias existentes, adotamos uma forma sintética e sistematizada de classificação da democracia em três formas[34]: deliberativa, plebiscitária e procedimental, referindo que, nesse sentido o sujeito da democracia seria o governo do povo, sua mecânica se rege por um ideal de governo pelo povo, com a finalidade de governar para o povo. Fundada na tradição aristotélica, a democracia deliberativa pode ser definida pela aplicação prática da razão teleológica à vida política. Firmemente apoiada em mecanismos legais, é garantida a participação do cidadão nas decisões, pois nesse sentido todo cidadão estaria investido dos poderes deliberativo e judiciário. O nível de exigência quanto ao cidadão passa a ser muito alto, pois as virtudes necessárias para a vida política não podem ser afastadas. Desse modo, por meio do voto nas

26 Ver, por exemplo, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais.*(op.cit., nota 12).

27 Ver ROCHA, Álvaro F. O. O Direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. In: *Revista Estudos Jurídicos* – UNISINOS. V. 38, n° 1, janeiro-abril 2005, p.46.

28 Ver ROCHA, Álvaro F. O. A linguagem jurídica. In: *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2002, p. 42.

29 BOURDIEU, Pierre. O que falar quer dizer. In: *A Economia das Trocas Lingüísticas*. São Paulo: Edusp, 1998.

30 BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa: DIFEL, 1983, p. 209.

31 BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo?* São Paulo: Paz e Terra, 1983.

32 É preciso ter presente a já referida distinção entre a democracia antiga e a moderna, abordada na obra de FINLEY, Moses (op. cit., nota 20).

33 SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

34 BARZOTTO, L.F. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

assembléias e julgamentos nos tribunais populares o cidadão realiza-se na vida pública, cujos objetivos são o bem comum (público) e a vida boa (individual). A democracia plebiscitária (ou participativa) se radica na concepção Rousseau[35], baseada em uma ideia de realização da "vontade geral". Não havendo o autor definido com clareza seu conceito de vontade geral, resta a ideia de que adota o voluntarismo, assumido pelo cidadão. Ao estabelecer as próprias leis, o cidadão obedeceria apenas a si mesmo, e desse modo, as leis expressariam essa vontade geral. As questões controvertidas de penderiam da manifestação, ou plebiscito, dos cidadãos. Esse sistema teria o dom de afastar a opressão das formas de governo tradicionais, em favor da liberdade do cidadão. Mas falha ao não definir com clareza suas bases institucionais. Ao depender constantemente da manifestação dessa vontade, o sistema político se torna excessivamente instável. Esse decisionismo torna o Estado de Direito, a legalidade e a igualdade objetos de constante questionamento, sem a referência a uma justicialidade, e sem garantias contra o arbítrio da vontade geral. A forma democrática procedimental, trazida por Kelsen[36], procura evitar o voluntarismo relativizando-o pelo estabelecimento de um procedimento que expresse a vontade do maior número de cidadãos, sobre o que estes consideram justo. A ideia á de que os cidadãos se orientam pelo individualismo racional, e desse modo devem organizar juridicamente a vida pública. Preserva-se desse modo a liberdade da maioria, admitindo-se certo grau de contrariedade entre os cidadãos. Desse modo elegem-se os governantes, que devem dispor de instrumentos jurídicos e institucionais para garantir a paz. A democracia passa a ser, desse modo, um mecanismo de criação da ordem social, no sentido hobbesiano, tornando-se um acordo de interesses para a manutenção da ordem jurídica, apoiada na legitimidade que lhe concede a participação dos cidadãos nela envolvidos.

As formas da democracia antes expostas estão evidentemente sujeitas a intensas discussões e críticas. Observamos, porém, que a forma democrática moderna se impõe como o ambiente ideal para o exercício da cidadania, em sua forma ampla. Hoje muitas outras vias de participação e interferência nas discussões e tomadas de decisões estão presentes, e não apenas o mecanismo da eleição de representantes[37], como os conselhos de comunidade, os plebiscitos, referendos, a iniciativa que se origina dos movimentos populares, os debates via televisão e internet. Há que dedicar especial atenção, entretanto, às questões relacionadas ao papel social da mídia[38], em especial a televisão[39], pois os interesses da mídia privada[40], legitimados em uma suposta "opinião pública"[41] não podem se confundir com o interesse público. Entretanto, todos esses mecanismos permitem vislumbrar as possibilidades de introduzir na cultura da vida do cidadão a consciência da importância da sua participação, e na formação e solidificação dos mecanismos políticos e legais que a viabilizam. Trata-se de estabelecer, por essa via, a forma política e jurídica do bem comum e, pois, da vida digna para todos os cidadãos.

4 Cidadania e constituição

A Constituição Federal brasileira não adota um sentido unívoco para o termo "cidadania". O sentido dado pode ser estrito, como antes citado, ou amplo, como se procurou expor. No primeiro sentido, restringe a participação à condição do eleitor, pelo exercício do voto, ou pela candidatura a mandato eletivo, político. A se adotar unicamente esse sentido, não fica sem sentido a afirmação cética de alguns estudiosos da política, segundo os quais hoje só há democracia no dia da eleição. Esse instrumento é chamado sufrágio, ou voto. É preciso supor a crença, pelos cidadãos, de que a representação política será exercida, quer dizer, que o representante eleito irá sempre sobrepor o interesse de seus representados a quais quer pressões contrárias, incluindo as suas próprias. Essa crença é a base da legitimidade desse sistema, que hierarquiza os cargos de representação, desde os Prefeitos e Vereadores, que devem atuar nas câmaras municipais, passando pelos Governadores e Deputados Estaduais nas Assembléias Legislativas, e chegando à Presidência da República, Senadores e Deputados Federais, no Congresso Nacional. O voto, pois, é a "jurisdicização" da cidadania, que

35 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

36 Cfe. KELSEN, Hans. *Essência e valor da Democracia* (op.cit. nota 13).

37 Ver BENEVIDES, Maria Victória M. *A Cidadania Ativa*: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2003.

38 Esse é, portanto, o tema de nossa nova pesquisa. Importa pensar a mídia *sem usar* as categorias criadas, difundidas e controladas pela mesma: assim, a relação desta com o Estado (especialmente o Judiciário) e as conseqüências dessa interação para a realização cidadania, assumem grande relevância.

39 Ver BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

40 Ver THOMPSON, J. B. *O escândalo político:* poder e visibilidade na era da mídia. Petrópolis, Vozes, 2002.

41 Ver BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 173.

desse modo legitima o Estado, por seu sistema de representação política[42] democrática, que de outra forma não seria possível. Esse sistema é adotado pela Constituição brasileira, que assim também busca um efeito "pedagógico" junto à população, dada a nossa tradição autoritária e pouco afeita ao debate democrático. O exercício do voto tem requisitos legais, como a nacionalidade brasileira, o serviço militar, a idade mínima de 16 anos facultativamente, e obrigatoriamente aos 18 anos. Já surge uma polêmica quanto a uma possível não obrigatoriedade do voto, cujos riscos, entretanto, ainda não foram suficientemente esclarecidos. Ao mesmo tempo, o valor do voto se relativiza, pois em razão da limitação na representação política por estado no Congresso Nacional, (mínimo de 8 e máximo de 70 deputados) os estados mais populosos e desenvolvidos resultam artificialmente igualados aos estados menos populosos e desenvolvidos, razão de muitos entraves e problemas enfrentados pelo Legislativo nacional. A lei também estabelece as condições para a candidatura aos mandatos políticos antes citados, excluindo os analfabetos, e as candidaturas independentes. Isso significa que todo candidato deverá, obrigatoriamente estar filiado a um partido político. Os partidos políticos se estabelecem, desse modo, como agentes da concentração das forças sociais, tendo o dever de, à parte suas ideologias peculiares, fazer o papel de porta-voz dos interesses sociais. No segundo sentido, o conceito amplo de cidadania, pode ser visto como a titularidade dos direitos fundamentais, preservação da dignidade como pessoa humana, e a participação nos processos políticos, respaldada nos deveres de reciprocidade para com os demais cidadãos. Esses termos não estão, porém, referidos no texto constitucional, o qual deixa em aberto o conceito de cidadania, no inciso II do artigo primeiro da Constituição Federal, sem condicioná-lo a quaisquer requisitos anteriores. É preciso também observar que, além dos direitos fundamentais previstos no art. 5°, da Constituição, e das condições materiais para o exercício da cidadania, esta também depende de outros direitos e obrigações que, como antes citados, buscam promover o equilíbrio entre os interesses de cada cidadão individual com os interesses da coletividade de cidadãos: os "novos direitos", que adiante abordaremos.

5 Algumas observações sobre a emenda constitucional n° 45/04

Há muito a proposta de uma reforma geral do Judiciário era referida no país, tendo o tema sido, inclusive, considerado como pauta obrigatória a ser enfrentada pela Assembleia Nacional Constituinte, encarregada de propor e aprovar a então nova Constituição Federal de 1988, fato que não ocorreu. Ao contrário, as mudanças mais urgentes foram tratadas pontualmente, como pontos de consenso, protelando-se algumas das principais controvérsias sobre a reforma, como o estabelecimento de um mecanismo de controle administrativo externo a esse Poder, e o enfrentamento dos problemas éticos, administrativos e processuais relacionados à lentidão ou morosidade dos serviços judiciais, com destaque para a proposta da vinculação jurisprudencial, a chamada súmula vinculante. Em 2004 foi finalmente aprovada a Emenda Constitucional n°45, promovendo um grande número de alterações, especialmente em especial sobre o Judiciário e sobre as instituições relacionadas à administração da Justiça.

Desde então, é legítimo questionar os reflexos de tais modificações para a realização dos "novos direitos" e, pois, para a realização da cidadania em seu sentido amplo, embora seja fácil constatar que decorreu ainda pouco tempo, em termos jurídicos e sociais, desde a implementação jurídica das modificações acima referidas. Ao mesmo tempo, em razão dos muitos interesses atingidos, tem sido estabelecidos diversos pontos de vista a respeito da reforma do Judiciário, e o modo como podem se relacionar as modificações propostas pela Emenda Constitucional n°45/04 com as necessidades de implementação dos chamados "novos direitos" [43].

Procuraremos aqui fazer algumas observações sobre as modificações que consideramos mais relevantes para a realização dos direitos de cidadania, ressalvando que não se pretende esgotar a discussão, e também o fato de que não é possível explorar completamente o tema, no âmbito de um trabalho como o presente[44].

O primeiro desses temas diz respeito à razoável duração do processo, que se estabeleceu no inciso

42 Para uma visão nada idealista desse sistema, ver BOURDIEU, Pierre. A representação política: elementos para uma sociologia do campo político. In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: DIFEL, 1989, p.163.

43 Ver WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Op. cit., nota 4).

44 Para maiores e mais completas observações sobre esse tema específico, ver AGRA, Walber de Moura (Coord.) et al., *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*.(op. cit., nota3).

LXXVIII da referida CF/88. Embora não se estabeleçam prazos, por impossibilidade prática, a razoabilidade diz respeito á ideia de que não pode haver a perda do sentido ou do objeto do processo pela demora excessiva em seu processamento. Muitas controvérsias podem ser estabelecidas, dado que o tempo do direito[45], e suas necessidades de entendimento e maturação de ideias não se coaduna com a percepção do mundo acelerada que hoje vivemos. Há também as necessidades de legitimação do campo jurídico e, portanto, da força de seus agentes[46], que por essa mecânica tendem a repelir qualquer pressão externa, esquecendo-se de que a legitimação desse grupo não se dá mais apenas entre agentes públicos, mas está agora em grande parte condicionada à realização da cidadania. Isso significa uma prestação jurisdicional de qualidade, realizada em tempo hábil. As demais medidas contidas nas EC 45/04, como a justiça itinerante, a descentralização dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, além da criação de varas especializadas para as questões fundiárias e a autonomia das Defensorias Públicas, vão todas nesse sentido.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, no inciso I-A do artigo 92 da CF/88, representou grande avanço em termos institucionais, dado que a fiscalização do Judiciário estava, até aquele momento, entregue ao próprio Judiciário, com todos os riscos inerentes ao esse tipo de escolha. Muito se resistiu internamente à instituição desse órgão, alegando que atentaria contra a autonomia do Judiciário, e se revelaria controle político das decisões judiciais. O corporativismo contido nesse discurso, entretanto, não prevaleceu, dado o contexto político que incluiu alguns escândalos de corrupção envolvendo magistrados, o que permitiu que essa medida de racionalização administrativa e financeira fosse estatuída. Não é demais frisar que o CNJ não tem função de interferir na função jurisdicional dos juízes, mas de acompanhar, por assim dizer, o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, e pois assegurar que seja mantido um padrão ético. Embora a ideia exata do que venha a ser uma ética própria aos magistrados ainda seja objeto de discussão na América Latina[47], e não seja essa a principal função do CNJ, revela o mesmo funções nesse sentido. Suas atribuições incluem zelar pela legalidade dos atos administrativos e finanças do Judiciário brasileiro, além de fiscalizar o desempenho dos juízes.

A exigência de comprovação de três anos de atividade jurídica, constante do inciso I do art. 93 da CF/88, para o ingresso na magistratura é medida saudável que, embora bastante comedida e atrasada, vem corroborar o sentido democrático da reforma do Judiciário. As considerações a respeito da "experiência"[48] necessária para o exercício das funções de juiz são antigas entre nós, e repetidas à exaustão entre advogados, procuradores e membros do Ministério Público, e contam com pesquisas detalhadas[49]. A falta desse requisito não era notada antes da massificação do ensino brasileiro, a partir dos anos 60, pois o pequeno número de bacharéis em Direito a cada ano, e o altíssimo nível das exigências para a aprovação, nas poucas faculdades, garantiam um perfil mais amadurecido dos candidatos. Mas com o espantoso crescimento populacional no país, nessa mesma década, a demanda sobre o Judiciário naturalmente cresceu, e com ela a demanda por um número maior de magistrados. Ao mesmo tempo, essa massificação produziu a queda do nível no ensino superior, dificultando ainda mais a aprovação de candidatos com o nível mínimo de desempenho exigido. As sucessivas crises econômicas enfrentadas pelo país ao longo dos anos 70 e 80 restringiram o leque de opções dos recém egressos dos bancos universitários, que passaram a se preparar para concursos desde mais jovens, a fim de garantir uma vaga em posto com boa respostas sociais[50], logo depois da formatura, e assim a magistratura passou a apresentar um perfil excessivamente jovem[51], inexperiente e, pois, incompatível com a função[52], consoante

45 Ver OST, François. O *Tempo do Direito*. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

46 Ver BOURDIEU, Pierre. A força do Direito (op. cit., nota 29).

47 Ver ZAN, Julio de. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.

48 Seria preciso resgatar a esquecida virtude da sabedoria, tão valorizada pelo gregos no passado, e que hoje está completamente fora de moda: ela consistia no conhecimento amadurecido pela experiência ao longo do tempo, e não no mero preenchimento da memória.

49 Ver VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de janeiro: REVAN, 1997.

50 A resposta simbólica, nesse caso é o "status" social, e a resposta material, dinheiro. Ver BOURDIEU, Pierre. *As razões práticas*: sobre a teoria da ação. Campinas – SP: Papirus, 1996, p.91.

51 Ver FARIA, José E., "Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação dos magistrados". In FARIA, José E. (org.)In: *Direito e justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: USP, 1997. Observe-se, ainda, que há outros problemas para a legitimidade: entre alguns grupos de juristas essa geração de juízes passou a ser referida, informalmente, como "magistratura de fraldas".

52 Essa "novidade" já tinha sido observada no século V a.C. por Platão, para quem "O juiz não seve ser jovem, mas ancião". Ver PLATÃO. *República*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990, III, 409 b.

os padrões da tradição jurídica ocidental[53]. Paralelamente ao problema do "nepotismo"[54] no Judiciário[55], é preciso destacar que a ocupação dos postos de juiz, por gerações da mesma família[56], também representa uma estratégia social destinada a proteger especialmente filhos, mas também parentes e pessoas indicadas[57] da feroz concorrência no restrito mercado de trabalho do país. Fruto da visão medieval do Estado como patrimônio privado[58], esta ainda é uma prática corrente, contrária à democracia e à realização da cidadania, pautadas pelo princípio da igualdade de oportunidades entre os cidadãos. É preciso observar que somente uma sólida educação para a democracia[59] mas, principalmente, o ingresso de uma economia de mercado no país, a qual torne mais compensadora a atividade privada do que os cargos no Estado, poderão, talvez, modificar essa maneira de conceber as relações sociais e, pois, o uso do patrimônio público. Um dos indicadores pelos quais essa mudança será percebida, caso venha a ocorrer, será uma drástica extinção dos cargos em comissão na administração pública brasileira, nos níveis municipal, estadual e federal, e a adoção da concepção altruísta da ocupação dos postos públicos, a qual nunca se instalou entre nós, na forma original[60].

A criação de varas especializadas nas questões fundiárias, estabelecida no artigo 126 da CF/88 também representa grande avanço institucional para a realização da cidadania, dado que o problema de reforma agrária se arrasta sem solução há muitas décadas no país. Livre das demais demandas, o magistrado atuante nesta área poderá ter consciência de toda a problemática histórica e social que se coloca no conflito em torno da questão agrária, e que se impôs a partir da entrada no texto constitucional da concepção de "função social da propriedade", que relativiza a concepção tradicional de propriedade e, portanto, obriga a que a mesma seja repensada em termos completamente diferentes, ou seja, no sentido da realização do Estado Democrático de Direito, que supõe necessariamente a realização da cidadania, em seu sentido amplo.

A autonomia das Defensorias Públicas, constante do parágrafo segundo do artigo 134 da CF/88, é das medidas mais salutares para a realização da cidadania em seu sentido amplo. O cidadão sem recursos financeiros é normalmente o mais penalizado pelo descaso da ação estatal, e com frequência sofre prejuízos ou mesmo injustiças em processos judiciais por não poder pagar advogados privados. A instituição da Defensoria permite a esse cidadão romper essa barreira, e com a autonomia, devem aumentar os recursos financeiros disponíveis e, portanto, o alcance e a força de ação desse órgão. Além disso, fica o mesmo mais protegido de ingerências diretas ou indiretas de agentes de outros órgãos do Estado, em razão da antiga fragilidade de recursos.

As alterações acima foram abordadas no sentido de apontar aquelas cujos mecanismos mais colaboram, em nosso ponto de vista, para a realização de uma cidadania em seu sentido amplo. Não é demais destacar, entretanto, que toda a reforma do Judiciário vai ao encontro desse objetivo, na medida em que o mesmo passa a dispor de mais elementos que permitam manter seus agentes focados em sua função social. Para a complementação desse tema, porém, ainda se faz necessário apontar os "novos direitos", cujo desenvolvimento tem vindo a complementar os constantes dos artigos 5º e 6º da CF/88, permitindo, como já dito, equilibrar os interesses individuais de cada cidadão com os interesses da coletividade. Não é nossa proposta analisá-los inteiramente, por óbvias razões de espaço, e pelo fato de que cada um deles se constitui em toda uma nova área de estudos não apenas jurídicos, mas em todas as ciências sociais.

---

53 Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988.

54 Esse termo é utilizado entre aspas por sua significação pejorativa e pois nada adequada metodologicamente à pesquisa científica. Para mais esclarecimentos, ver ROCHA, Álvaro F. O. O Judiciário e o nepotismo. In: *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2002, p. 87.

55 Idem, nota 52.

56 Ver DA MATTA, Roberto. A família como valor: considerações não-familiares sobre a família à brasileira. In: ALMEIDA, A.M. et al. (org.) *Pensando a Família no Brasil: da colônia à modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/Editora da UFRJ, 1987.

57 Ver BOURDIEU, Pierre E PASSERON, Jean-Claude. La elección de los elegidos. In*: Los herederos: los estudiantes y la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003, p. 11.

58 Ver BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política Comparada*, México: Fondo de Cultura Economica, 1993.

59 Ver AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

60 Ver BADIE, Bertrand. *L´État Importé*. Paris: Fayard,1992.

6 Os "novos direitos" de cidadania

Os direitos que passamos a referir, são os que surgem a partir da Constituição Federal de 1988, tendo sido elaborados e propostos a partir de uma nova visão do Estado, que surge a partir da superação do Estado Liberal, pelo Estado Social. Embora essa transição entre nós encontre muitos obstáculos reais, além daqueles propriamente jurídicos[61], a luta pela introdução desses direitos na cultura social brasileira é parte fundamental da realização da cidadania, possuindo o Judiciário participação central no cuidado com o direcionamento dessa dinâmica. Por essa razão, referiremos os "novos direitos" que julgamos mais relevantes, que são: os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, os direitos indígenas, o problema do racismo, os direitos dos idosos, o direito do consumidor, o direito ambiental, o biodireito e os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informação sobre os novos direitos. É fato que uma melhor abordagem dos mesmos pela dogmática jurídica requer uma revisão da teoria do direito[62], cuja discussão, entretanto, não cabe nos limites do presente trabalho.

Referimos, portanto, em primeiro lugar os direitos da criança e do adolescente, observando que não se trata de um direito novo, visto que desde a independência há legislação, órgãos e agentes públicos dedicados ao tema. A relevância do tema para a realização da cidadania está explicitada na Lei 8.069/90, elaborada a partir da principiologia adotada pela CF/88, destacamos a doutrina da proteção integral[63], que significa a opção pela manutenção de direitos próprios e especial, dado se tratar de cidadãos em desenvolvimento e, portanto, merecedores de atenção especializada não apenas pelo Judiciário, mas em todas as suas dimensões.

Os direitos das mulheres decorrem da busca da efetivação do princípio constitucional da igualdade de direitos. Em termos históricos e sociológicos, observa-se que é muito difícil a ruptura da tradicional divisão dos papéis sociais herdados pela tradição das civilizações ocidentais, judaico-cristãs. A legislação constitucional e infra-constitucional brasileira só muito lentamente adotou modificações que culminaram na igualdade hoje existente no ordenamento jurídico[64], e determina a preocupação do Judiciário com o tema. É preciso destacar, entretanto, que o comportamento social não se altera pela modificação da lei, e muito ainda é preciso fazer pela real efetivação dos direitos da mulher no país.

O tema dos direitos indígenas é também tema bastante conhecido no país, pois desde a colonização portuguesa há a preocupação de disciplinar as relações com esses povos, mas no sentido da organização da sociedade colonial, sem interesse no estabelecimento de direitos ou nas especificidades das culturas desses povos[65]. A legislação posterior, até a CF/88 preocupou-se em tratar do tema, mas sempre com a visão do índio em posição de inferioridade. Com a nova Constituição, entretanto, modificam-se essas perspectivas, em especial com o fim da pretensão de assimilar os indígenas, reconhecendo-se-lhes o direito à alteridade, ou ao "ser diferente"[66], aspecto relevante para o Judiciário. Entretanto, a tradição no trato com esses povos, impede a efetivação dessa nova postura, que depende também do amadurecimento social e da prioridade na educação para uma cidadania que destaque o reconhecimento do indígena com seus direitos e suas diferenças.

Entretanto, o problema do racismo encontra dificuldades semelhantes, em sua especificidade, também ligados à tradição social brasileira, até recentemente escravagista, portanto afeita à noção de diferenciação e privilégios de grupos sociais, também pelo aspecto racial[67]. A partir da CF/88, a tentativa da implementação de ações afirmativas, como a política de cotas[68], têm gerado forte polêmica, com argumentos radicais em ambos os lados. Parece haver, entretanto, preocupação em não repetir propostas pouco sustentáveis juridicamente, e que

61 Ver CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

62 Ver WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos "novos direitos" In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Os "Novos Direitos" no Brasil*... (op.cit., nota 4).

63 Ver VERONESE, Joseane R. P. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

64 Ver TABAK, Fanny, e VERUCCI, Florisa. (Orgs.) *A difícil igualdade* – os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

65 Ver CUNHA, Manuela Carneiro (Org.) *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

66 Ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba, Juruá, 1999.

67 Ver SKIDMORE, Thomas E. *Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1976.

68 Ver SILVA JR. Hédio. *Anti-racismo*: coletânea de leis brasileiras: federais, estaduais e municipais. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

já fracassaram em outros países[69], não parecendo prometer melhores resultados no país. Observa-se, porém, que o tema não é simples, e necessita de estudos produzidos para a nossa realidade específica[70]: dentro da tradição brasileira de importação cultural, e possivelmente devido à falta de literatura nacional sobre o tema, é possível identificar na produção existente traços de influência das categorias de pensamento de autores norte-americanos. Essas leituras parecem conduzir à importação do discurso do ódio racial, implícito nessas obras, pois decorre da intolerância característica daquela sociedade, não apenas em relação aos afro-americanos. Juristas e intelectuais devem pois estar atentos, pois a falta de uma ampla produção analítica nacional sobre o tema, parece-nos, pode dificultar o aperfeiçoamento das relações sociais e jurídicas em termos raciais no país.

Destaca-se a seguir o tema dos direitos dos idosos, que se inauguram a partir de sua adoção no texto da CF/88. O comportamento social brasileiro com relação aos idosos ainda é pouco civilizado, consideração que levou, na esteira da orientação constitucional, à aprovação de um Estatuto dos Idosos, a fim de objetivar a orientação constitucional a respeito[71]. É de relevo notar que, entretanto, a população brasileira está se reproduzindo menos[72], e envelhecendo mais. Isso faz desse direito importante tema para a reflexão do Judiciário, e ponto relevante a ser desenvolvido e introduzido na cultura jurídica e social do país.

Um dos principais direitos surgidos com a Constituição Federal de 1988, bastante trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, o Direito do Consumidor tem se consolidado, pela lei 8.078/90, como instrumento de aperfeiçoamento das relações sociais e jurídicas de consumo, que caracteriza as sociedades modernas complexas, e se constitui em tema exigente, mas cuja compreensão se faz necessária. Muitos autores observam que hoje a população considera o consumo como o principal fator de inclusão social[73]. Ser cidadão, portanto, seria ter acesso ao consumo, à satisfação da nova patologia da sociedade capitalista, o consumismo[74]. É nesse sentido que a necessidade de compreender as relações de consumo e o seu sentido para o Estado, tem levado ao desenvolvimento de novas áreas de pesquisa relacionadas ao tema, não apenas entre juristas, mas também entre antropólogos, psicólogos, sociólogos e economistas, além do desenvolvimento de pesquisas transdiciplinares. Destaca-se hoje, um dos novos temas, a Educação para o Consumo[75], que enfrenta o problema da conscientização do cidadão consumidor, não apenas sobre seus direitos, mas a respeito da formação de sua consciência quanto às suas reais necessidades, em oposição ao discurso da mídia de consumo, na direção do favorecimento do consumismo lucrativo às empresas e ao recolhimento de impostos, mas muitas vezes extremamente danoso ao cidadão.

O Direito ambiental tornou-se também tema de extrema importância entre os "novos direitos", em razão de ter tornado prática e necessária a consciência social sobre a conservação do patrimônio ambiental do país. Não é discussão nova, mas é também destacada na CF/88. O surgimento dessa discussão e, pois, da sua objetivação jurídica está também ligado ao desencanto das novas gerações com as tradicionais saídas estatais e religiosas para a condução da dinâmica social[76]. Nesse sentido, preservar o meio-ambiente é também preservar a nossa parcela de humanidade, em especial contra a voragem capitalista que justifica a destruição do humano e do ambiente pela realização de lucros financeiros e políticos[77]. Evitar que o direito se torne instrumento de travamento ou retrocesso na questão ambiental é, portanto, tarefa fundamental do Judiciário[78]. Portanto, é de relevo o seu desenvolvimento entre nós, por sua grande capacidade de formar cidadãos conscientes.

---

69 Ver BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: *Direito e Justiça* – Revista da Faculdade de Direito da PUCRS. V. 28 – ano XXV – 2003/2, p.109.

70 Ver BERTULIO, Dora Lucia de Lima. O "novo" direito velho: racismo e direito. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Os "Novos Direitos" no Brasil*... (op.cit., nota 4).

71 Ver RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos Constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: letras contemporâneas, 2002.

72 Ver BERQUÓ, Elza. *Algumas considerações demográficas sobre o envelhecimento da população no Brasil*. In: Anais do I Seminário Internacional Envelhecimento Populacional: uma agenda para o final do século. Brasília: MPAS/SAS, 1996, p.16-34.

73 Ver HIRSCHMAN, Albert. *De consumidor a cidadão*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

74 Ver CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro; Ed. Da UFRJ, 1996.

75 SENGER, Viviane. *Educação e Cidadania no consumo*: na busca de saberes docentes. UNISINOS, dissertação de mestrado, 2005, mimeo.

76 Ver OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

77 CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascenção do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei? *Revista Sequência*, v.39, dez. 1999, p. 58.

78 SANCHES, Sydney. *O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n°47, jan/jun 1994. p. 171.

O chamado biodireito inaugura a visão ética da vida humana[79], em razão dos problemas surgidos com o desenvolvimento das pesquisas genéticas e o avanço das técnicas de saúde para a preservação da vida. Esse novo ramo procura desenvolver uma nova avaliação do papel social da ciência e da tecnologia[80], colocando em discussão as regras básicas da democracia, ao procurar enfrentar a regra de maioria, no caso concreto[81]. Questões com a eutanásia, o uso de células de embriões humanos em pesquisa, e outros temas extremamente controversos merecem sua atenção, pois sua discussão instrumentaliza o Judiciário, permitindo avançar na direção da realização da cidadania em sentido amplo.

Finalmente, os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informação sobre os novos direitos se destacam. A noção da rede de informação hoje conhecida como internet já é de domínio público[82], mas seus reflexos jurídicos, e suas consequências para a cidadania ainda não estão claras[83]. Fala-se em inclusão digital, pois seria fundamental ao cidadão ter acesso à rede, por seu poder de informação e esclarecimento. Por outro lado, a mesma rede é instrumento e fonte de incitação à prática de crimes, o que a torna ambígua nesse sentido[84], necessitando de muita atenção por parte do Judiciário, de modo que sua característica de serviço seja colocada sempre a favor da realização da cidadania.

7 Conclusão

Propusemo-nos, no presente trabalho, apresentar a problemática da realização da cidadania em seu sentido amplo, pela perspectiva do novo papel constitucional do Judiciário, partindo de sua reforma, pela realização dos "novos direitos". Esse é um tema bastante amplo, pois a pesquisa que o origina se destina a produzir diversos trabalhos, pois surgem, como cremos ter demonstrado, muitas discussões se alta complexidade, para as quais é necessário investir muito tempo e dedicação. Partimos da necessidade de se ter presente, no mundo jurídico, a noção de que não é mais possível limitar a cidadania ao seu conceito estrito, no texto de lei, mas é fundamental a compreensão da realização da mesma em seu sentido amplo, o que implica na compreensão de seus fundamentos constitucionais, e também nas consequências sociais da ação do Estado por suas políticas públicas, e pela ação esclarecida de seus agentes, no caso, os integrantes do Judiciário. Para tanto, destacou-se o papel fundamental de um ambiente político democrático, sem o qual esse objetivo se torna impossível. Impõe-se a necessidade de compreender o alcance da vida democrática em todas as suas dimensões, entre as quais a dimensão jurídica é central. Por essa razão, o aspecto constitucional da cidadania deve ser tomado como programa de realização social. Procura-se firmar, especialmente entre os juristas, a noção de que a realização dos direitos no papel nada significa: o que se grafa em papel ou arquivos eletrônicos como texto de lei são apenas ideias para padrões de comportamento. Mas é preciso ter consciência de que somente a ação humana, social, modifica a realidade em todos os seus aspectos. O papel do Judiciário, então, se torna de extremo relevo. É necessário afastar os mecanismos de acomodação de seus agentes, que permitiram no passado que muitos deles se furtassem ao seu papel social. Nesse sentido é que se buscou analisar o que representou a Emenda Constitucional n°45, nos aspectos que mais pertinem à realização da cidadania, não sem observar que toda a reforma do Judiciário caminhou nesse sentido. Entretanto, o foco desse novo instrumental do Judiciário se dirigiu, nesse primeiro momento da dinâmica da construção da cidadania, a esse sentido amplo, no país; à realização dos direitos de cidadania, aqui chamados "novos direitos". Acreditamos ter deixado claro que esse objetivo não se esgota na realização desses direitos, mas pressupõe *uma ampla transformação social*, no sentido do amadurecimento dos seus cidadãos, entre os quais os juristas se encontram. Gostaríamos de observar, entretanto, que não faz sentido, procurar o desenvolvimento social sem destacar que o mesmo só é possível *a partir de um desenvolvimento econômico* que signifique justiça social, especialmente distribuição de renda. Reformar a economia significa afastar o Estado da função de *fornecedor dos melhores cargos e remunerações do mercado*, permitindo assim um real desenvolvimento da população, que passa a ter condições de amadurecer suas necessidades, sem a tutela permanente de um corpo de agentes que pode e deve se preocupar com os

79 BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. Campinas: Psy II, 1994.

80 BUNGE, Mario. *Ética, Ciencia y Técnica*. Buenos Aires; Editorial Sudamericana, 1996.

81 OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

82 CASTELS, Manuel. *A Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

83 FILHO, Adalberto. (Coord.) *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

84 HINDLE, John. *A internet como paradigma: fenômeno e paradoxo*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.

níveis mais altos da dinâmica social, que não são possíveis de realizar entre pessoas sem nenhuma cultura, apenas aspirantes ao básico da cidadania. É preciso lembrar, ainda, que confiar a realização da cidadania apenas ao Judiciário é limitar suas possibilidades de desenvolvimento, pois como antes observado, o Judiciário é principalmente instância de composição de conflitos e conservação de direitos, com muito pouco espaço para a inovação, cujo espaço é o do Legislativo, em nome da população. A ação do Judiciário para a realização da cidadania é fundamental. Mas esse processo demanda também o amadurecimento da sociedade como um todo, e resulta da elevação do nível de consciência de seus cidadãos, principalmente a partir de melhores condições econômicas e educacionais. Hoje é, portanto, dever de todos os cidadãos conscientes, e principalmente dos juristas, colaborar, no máximo de suas forças de produção intelectual e de ação social, para a realização desse objetivo.

GT06: JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS

AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENÇÃO AO FEMINICÍDIO PARA OS HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE COM BASE NA LEI 11.340/2006

RESTORATIVE PRACTICES AS A PUBLIC POLICY FOR FEMINICITY PREVENTION FOR MEN AUTHORS OF GENDER VIOLENCE IN BRAZIL: AN ANALYSIS BASED ON LAW 11.340 / 2006

Rosane Teresinha Carvalho Porto

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade La Salle. Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior. Professora de Direito da Infância e da Juventude, Metodologia da pesquisa e Criminologia, na UNISC. Professora na Pós-lato Sensu na UNISC. Policial Militar. Professora de Direito da Infância e da Juventude e de Criminologia, na UNISC, Subcoordenadora do curso de direito UNISC / Sobradinho. Consultora e avaliadora de revistas especializadas. Editora Adjunta da Revista do Direito/PPGD. Estuda temáticas voltadas à criança e adolescente, violência, criminologia, gênero e Justiça Restaurativa. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Assessora científica do MACKPESQUISA. Facilitadora de Justiça Restaurativa em formação pelo Tribunal de Justiça do RS, atuando no CEJUSC/RS.

rosaneporto@unisc.br

Rodrigo Cristiano Diehl

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, ambos com bolsa Prosuc/CAPES. Mestrando em Política Social e Serviço Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bacharelando em Administração Pública pela Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA. Integrante do Observatório do Estado Latino-Americano (ODELA/UFRGS). Integrante do Comitê de Direitos Humanos para a promoção da diversidade cultural (UNISC). Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Saúde e Trabalho (NEST/UFRGS). Integrante do Núcleo de Estudos Políticos e Administrativos (NEPA/UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas (PPGD/UNISC). Professor de cursos preparatórios na área constitucional. Consultor e avaliador de revistas científicas. Pesquisa temáticas voltadas à América Latina, especialmente o acesso à justiça, capitalismo, constitucionalismo, concepções de Estado, gênero, Seguridade Social e políticas públicas. Advogado.

rodrigocristianodiehl@live.com

Resumo: O objetivo deste trabalho é estudar a possibilidade da implementação das práticas restaurativas enquanto política pública de prevenção ao feminicídio para os homens autores de violência de gênero nos CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) brasileiros, a partir da Lei 11.340/2006, por meio de uma política interinstitucional em parceria com o município, a sociedade civil e a comunidade. O método de abordagem é o hipotético -dedutivo e como técnica de pesquisa a documental e a bibliográfica. Resultados: No ano da defesa da tese doutoral estava se propondo a implementação das práticas restaurativas no Juizado de Violência Doméstica e Familiar. A implementação ocorreu logo em seguida, com os mais diversos formatos, embora nem todas as instituições, incluindo o Ministério Público e o Executivo estejam presentes como se esperava na ação. De qualquer sorte, alude-se dizer que os desafios atualmente perpassam na credibilidade das instituições para se chegar ao resultado então esperado, em face da implementação: a efetividade da política socioeducativa aos homens autores da violência de gênero. Assim algumas preposições precisam ser enfrentadas: a) A cultura jurídica e a comunidade; b) Sensibilização da rede para a implantação

de uma política interinstitucional envolvendo Judiciário, município, sociedade civil e a comunidade; c) A parceria destes entes formaria os Conselhos de Cidadania constituído por facilitadores judiciais, do Ministério Público, da comunidade que utilizariam espaços comunitários.

Palavras-chave: feminicídio; homens autores de violência de gênero; práticas restaurativas; políticas públicas.

Abstract: The objective of this study is to study the possibility of implementing restorative practices as a public policy of prevention of feminicide for men who are authors of gender violence in the Brazilian Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSC), based on Law 11.340 / 2006, through an interinstitutional policy in partnership with the municipality, civil society and the community. The method of approach is the hypothetical-deductive and as documentary and bibliographic research technique. Results: In the year of the defense of the doctoral thesis it was proposed the implementation of the restorative practices in the Judgment of Domestic and Family Violence. The implementation took place immediately in a variety of formats, although not all institutions, including the Public Prosecutor's Office and the Executive are present as expected in the action. In any case, it is said that the challenges currently exist in the credibility of the institutions in order to achieve the expected result, in view of the implementation: the effectiveness of socio-educational policy for men who are authors of gender violence. Thus some prepositions need to be faced: a) The legal culture and the community; b) Awareness of the network for the implementation of an interinstitutional policy involving the judiciary, municipality, civil society and the community; c) The partnership of these entities would form the Citizenship Councils constituted by judicial facilitators, the Public Prosecution Service, the community that would use community spaces.

Keywords: feminicide; male perpetrators of gender violence; restorative practices; public policy.

1 Considerações iniciais

O feminicídio e a violência contra a mulher no Brasil estão inclusos enquanto estratégias para políticas de ação e metas no Plano Nacional de Segurança Pública. Com base nos dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres, tornando-se a quinta maior no mundo. Em 2015, o Mapa da Violência sobre homicídios entre o público feminino revelou que, de 2003 a 2013, o número de assassinatos de mulheres negras cresceu 54%, passando de 1.864 para 2.875. Na mesma década, foi registrado um aumento de 190,9% na vitimização de negras, índice que resulta da relação entre as taxas de mortalidade branca e negra. Para o mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8%, saindo de 1.747 em 2003 para 1.576 em 2013. Do total de feminicídios registrados em 2013, 33,2% dos homicidas eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas a violência contra a mulher.

Vislumbra-se que a Justiça Restaurativa com base em suas práticas, e a realização da escuta compassiva e da atenção plena pelos facilitadores com os autores de crime, vítimas e as comunidades. Considerando que dentro dos CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) dos Fóruns além da mediação e da conciliação pode-se recepcionar a Justiça Restaurativa e suas práticas é que a partir de 2015 iniciou em fase experimental a se trabalhar também nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Assim, tem-se o seguinte problema: Por conta disso como a Justiça Restaurativa pode ser implementada e em que possibilidades enquanto política pública de prevenção envolvendo os homens autores de violência de gênero?

Muito se tem discutido na sociedade contemporânea e pós-moderna sobre a Lei nº. 11. 340/2006, também conhecida por Lei Maria da Penha. Ainda há de se levar em consideração que a violência, sendo um fenômeno multifacetado, também vai de encontro aos gêneros, pois em virtude da cultura patriarcal ela aprisiona, fere e viola os direitos de cidadania do homem e da mulher. Desse modo, estudar a possibilidade de implementação da Justiça Restaurativa enquanto política pública de prevenção para os homens autores de violência de gênero no Brasil nos CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) brasileiros, a partir da Lei 11.340/2006 mostra-se como o principal objetivo deste trabalho

Nessa propositura, volta-se a deixar claro, que é preciso efetivar o que está posto na Lei Maria da Penha, enxergando o homem também como vítima da cultura patriarcal, o que não significa deixar de lado a sua responsabilização pelo direito violado contra a mulher. Entenda-se aqui: a resposta não é o punir e sim o responsabilizar. De qualquer sorte, a Lei Maria da Penha em consonância com a Convenção de Belém do Pará trata de três dimensões: prevenir, punir e erradicar a violência.

Sendo assim, o artigo está estruturado da seguinte maneira: no primeiro capítulo, que corresponde ao primeiro objetivo específico da pesquisa, trabalhar-se-á o feminicídio e a violência contra a mulher enquanto fenômeno sociojurídico. Assentada essas premissas básicas, no segundo capítulo abordar-se-á a Justiça Restaurativa com a perspectiva de para e além dos gêneros.

Para tal estudo, utiliza-se o método hipotético dedutivo como metodologia de abordagem, ao passo que consiste na adoção tanto do procedimento racional quanto do procedimento experimental. No que concerne às técnicas, o aprofundamento do estudo será realizado com base em pesquisa bibliográfica, baseada em dados secundários, como por exemplo, livro, artigos científicos, publicações avulsas, revistas e períodos qualificados dentro da temática proposta.

2 O feminicídio e a violência contra a mulher

Tem se debatido muito sobre os impactos da criminalidade e da violência no cenário brasileiro e, com efeito, da necessidade de políticas de segurança pública. Embora não exista um conceito delimitado e pronto sobre Segurança Pública, esta constitui um conjunto de diversas organizações que atuam direta e indiretamente na busca por alternativas aos problemas decorrentes a políticas de controle e prevenção da violência e da criminalidade no país.

Mesmo não tendo um conceito na Constituição Federal do Brasil de 1988, entende-se a necessidade do ser humano em viver em um espaço seguro, compartilhado e de diversidade. Os índices de homicídios, feminicídios e violência contra mulher, principalmente o déficit e o descontrole no sistema prisional brasileiro, fazem o governo brasileiro adotar e anunciar o Plano Nacional de Segurança Pública, não trazendo nada de inovador enquanto ação política. Ao contrário, segue reproduzindo, perpetuando a lógica da esquerda punitiva, estigmatizante e repressora. Implicando em desumanização dos sujeitos, quando deveriam ter um Estado atuante e garantidor de direitos, inclusive aqueles que estão dentro do sistema prisional.

O Brasil é um país com 715 mil pessoas presas (incluindo prisão domiciliar). Isolado, o número não indica a real dimensão do problema. Seu vulto só começa a tomar forma quando comparado com dados como os do relatório do Conselho Nacional de Justiça de junho de 2014: o número é três vezes maior do que a quantidade de vagas existentes. Também é o terceiro país no mundo que mais prende pessoas, perdendo apenas para os Estados Unidos (2,2 milhões) e a China (1,7 milhões) (FRANÇA; STEFFEN NETO; ARTUSO, 2016).

Conforme ainda os autores acima mencionados, o primeiro possui um sistema penitenciário privatizado, em que prender gera lucro para a iniciativa privada. O segundo é uma ditadura com uma população sete vezes maior que a brasileira. Em termos relativos, o Brasil possui 2,7% da população total do mundo, mas 8% da população carcerária, uma distorção só superada pelos americanos. Prende-se tanto que se supera muitos países considerados muito mais repressores, como Rússia (676 mil), Irã (217 mil) ou Indonésia (154 mil). E, proporcionalmente, o país que menos tem vagas no sistema prisional. Novamente, no Brasil são 715 mil pessoas no cárcere.

Entre os principais problemas do sistema prisional apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão a superlotação, o déficit de gestão (número de agentes insuficiente), a ausência de políticas de reintegração social (apenas 13% dos presos estudam e só 20%, trabalham) e a mortalidade dentro dos presídios, com surtos de tuberculose, sarna, HIV, sífilis e hepatite.

Nesse contexto, tratar do feminicídio e da violência contra mulher como sendo uma questão de segurança pública antes de tudo é reconhecer o seu sentido enquanto a violência ética, perpassando o

embate sobre o outro na seguinte pergunta: "Quem és?" Esse problema não se reduz a categoria gênero e a definição de feminicídio na legislação brasileiro nº. 13.104/15. Vai além, pois a partir da constituição da legislação contra o assassinato de mulheres, pode-se pensar nos desdobramentos interpretativos que consequentemente provém dela.

A Lei 13.104/2015, legislação brasileiro do feminicídio, classifica-o como crime hediondo e com agravantes quando acontece em situações específicas de vulnerabilidade (gravidez, menor de idade, na presença de filhos, etc.). As definições dessa lei, embora controversas e alvo de merecidas críticas por parte de diversos operadores da lei e dos movimentos sociais, principalmente os de mulheres, deverá ser nosso ponto de partida para a caracterização de letalidade intencional violenta por condição de sexo, que se irá utilizar ao longo do estudo.

Entende a lei que existe feminicídio quando a agressão envolve violência doméstica e familiar, ou quando evidência menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizando crime por razões de condição do sexo feminino. Devido às limitações dos dados atualmente disponíveis, entende-se por feminicídio as agressões cometidas contra uma pessoa do sexo feminino no âmbito familiar da vítima que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde que levam a sua morte.

É importante refletir sobre a dimensão do fenômeno sociojurídico e político conhecido por feminicídio, que em alguns países da América Latina, inclusive no Brasil é considerado crime. Apesar desse recepcionamento jurídico, a sua efetividade nos países que adotaram deixam dúvidas e desafios a serem enfrentados. A cultura jurídica de criação de lei ou a prática discursiva da "sobrelei" (cria-se uma lei, em cima de uma mesma lei), não é um impeditivo para que o Brasil saia da 5ª posição do *ranking* em feminicídio no contexto de 84 países.

Para tornar mais visível essa questão em âmbito latino-americano, traz-se abaixo uma tabela com os países americanos que incluíram o feminicidio em suas legislações de acordo com dados do site Compromisso e Atitude:

TABELA 01: o feminicídio na América Latina

PAÍS	LEGISLAÇÃO	EM VIGOR DESDE	PENA
Argentina	Reforma do Código Penal (modificação do artigo 80)	Promulgada em 11 de dezembro de 2012	Reclusão ou prisão perpétua
Bolívia	Lei Integral para Garantir às Mulheres uma vida livre de violência. Incorpora no Código Penal o delito do feminicídio. Reforma do Código Penal (artigo 83)	Março de 2013	30 anos de prisão sem direito a recorrer
Brasil	Lei Nacional que altera o Código Penal Brasileiro com a inclusão do feminicídio como qualificadora de homicídio e crime hediondo	Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.	Estabelece agravante para o crime de homicídio qualificado.
Chile	Reforma do Código Penal (artigo 390)	Lei nº 20.480, de 14 de dezembro de 2010, publicada em 18 de dezembro de 2010, vigente no dia de sua publicação	Pena máxima (prisão perpétua qualificada, ou seja, 40 anos de prisão efetiva antes da tentativa de redução da pena)
Colômbia	Reforma do Código e do Procedimento Penal, Lei n° 1257 (modifica o artigo 104 do Código Penal e inclui o feminícidio como agravante)	Promulgada em 4 de dezembro de 2008	De 33 a 50 anos de prisão
Costa Rica	Lei de Penalização da Violência contra as mulheres	Lei nº 8.589, de 25 de abril de 2007, publicada e vigente a partir de 30 de maio de 2007	Prisão de 20 a 35 anos, e desqualificação de 1 a 12 anos
El Salvador	Lei especial integral para uma vida livre de violência para as mulheres	Lei nº 520, de 25 de novembro de 2010, vigente a partir de 1º de janeiro de 2012	Prisão de 20 a 35 anos Figura agravada: prisão de 30 a 50 anos

Equador	Reforma do Código Orgânico Integral Penal (Artigo 141)	Entrou em vigor a partir do dia 10 de agosto de 2014	Prisão de 22 a 26 anos
Guatemala	Lei contra o feminicídio e outras formas de violência contra a mulher	Decreto 22-2008, de 2 de maio de 2008, publicado em 7 de maio de 2008, vigente sete dias após a publicação (15 de maio de 2008)	Prisão de 25 a 50 anos
Honduras	Reforma do Código Penal	Aprovada em fevereiro de 2013	De 30 a 40 anos de prisão
México	Reforma do Código Penal Federal (artigo 325)	Reforma em 13 de junho de 2012, vigente a partir de 15 de junho de 2012	Prisão de 40 a 60 anos, e de 500 a 1.000 dias-multa. Perda de direitos em relação à vítima, inclusos os de caráter sucessório.
Nicarágua	Lei integral contra a violência feita às mulheres	Lei nº 779, de 20 de fevereiro de 2012, publicada em 22 de fevereiro de 2012, vigente 120 dias após a publicação (junho de 2012)	Prisão de 15 a 20 anos quando ocorrer em âmbito público. Prisão de 20 a 25 anos quando ocorrer em âmbito privado. Analisadas as circunstâncias, pode chegar ao máximo de 30 anos de prisão.
Panamá	Lei 82 tipifica o feminicídio e a violência contra as mulheres	Lei 82 de 24 de outubro de 2013	Prisão de 25 a 30 anos
Peru	Reforma do Código Penal (artigo 107)	Lei nº 29.819, publicada em 27 de dezembro de 2011.	Pena privativa de liberdade não inferior a 15 anos. Pena privativa de liberdade não inferior a 25 anos se constarem agravantes dos incisos 1 a 4 do artigo 108 do Código Penal.
República Dominicana	Reforma do Código Penal (artigo 100)	Lei nº 550 publicada em 19 de dezembro de 2014 reforma o Código Penal da República Dominicana	Prisão de 30 a 40 anos
Venezuela	Reforma da Lei Orgânica pelo Direito das Mulheres a uma vida livre de violência (artigo 57)	Lei de Reforma promulgada no dia 25 de novembro de 2014	Prisão de 15 a 30 anos

Fonte: Compromisso e atitude (<www.compromissoeatitude.org.br>).

Resumidamente, a forma mais extrema da violação em direitos humanos contra as mulheres é conhecida como sendo o feminicídio é um fenômeno que perdura ao longo dos tempos. Interessante destacar que enquanto o homem sofre com a violência ocorrida no espaço público que, geralmente cometida por outro homem, a mulher sofre mais com a violência ocorrida no âmbito doméstico e os seus agressores são os companheiros ou ex-companheiros.

Em outras palavras, feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. Quase sempre cometido por homens contra as mulheres, suas motivações são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda da propriedade sobre elas. Definir como feminicídio o assassinato de mulheres constitui um avanço na compreensão política do fenômeno que recentemente passou a ter visibilidade e sensibilidade coletiva, por outro lado, muito precisa ser feito, pois essa violência assenta-se profundamente na cultura patriarcal e na desigualdade de gênero.

Dentro da mesma lógica, utilizando o termo feminicídio para sinalizar mulheres de crimes de gênero permite demonstrar a dimensão da violência contra elas e também apresentá-lo como uma patologia social e moral grave e crescente. Ele também permite especificar as causas estruturais e históricas que respondem a este tipo de crime se afastando de generalizações que tendem a estereotipar e criar mitos sobre o comportamento feminino.

Em termos estatísticos, o assassinato de mulheres talvez seja o crime menos revelado nas ocorrências policiais e um dos crimes mais subnotificados. Não se registram adequadamente as circunstâncias do crime quando este ocorre no âmbito das relações afetivas entre companheiros/cônjuges. Por isso da relevância em trabalhar e sensibilizar os profissionais dessa área para a prestação adequada e humanizada no atendimento às vítimas de violência de gênero. Seguindo a linha de pensamento, acerca do termo não estar pronto e tomar várias formas em algumas legislações da América Latina, tratar-se-á de brevemente discorrer a seu respeito, de modo a refletir sobre a (in)efetividade da sua incorporação nos ordenamentos alienígenas, o que pode ser um referencial para o Brasil amadurecer neste aspecto.

A Organização das Nações Unidas aponta que um terço das mulheres em todo mundo já sofreu ou vai sofrer violência ou abuso sexual cometidos na maior parte dos casos, por alguém que é ou já foi seu parceiro íntimo. No Brasil, uma mulher morre vítima de feminicídio a cada uma hora e meia, como apontou, em 2013, o estudo da Violência contra mulher: feminicídios no Brasil, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Os assassinatos de mulheres já se tornaram um dos principais problemas do Brasil.

Quando uma mulher é morta, não porque simplesmente uma pessoa a abordou e resolveu cometer feminicídio contra ela. Porém em 99% dos casos, essa mulher estava em um ciclo da violência que começou com uma discussão, um relacionamento abusivo, passou para ameaças, xingamentos, lesões corporais leves e mais graves até culminar no feminicídio afirma a Promotora do Estado de São Paulo Maria Gabriela Manssur (SILVA, 2017).

Nota-se que há espaços políticos e legislações específicas para o enfrentamento da violência contra a mulher e do feminicídio. No entanto, existem desafios de ordem política e social para a sua efetivação. Portanto, o Plano Nacional de Segurança Pública ao incluir dentro de suas ações e estratégias de combate à criminalidade o feminicídio e a violência contra a mulher, apenas reproduz o discurso ideológico e vazio. Sendo este um dos desafios para a efetivação de políticas públicas integrativas ao gênero, mister refletir mais sobre a temática.

3 A abordagem da justiça restaurativa "para e além dos gêneros"

O feminicídio ou femicídio é a violência mais extrema exercida contra a mulher que deriva na privação da vida, bem como na violação dos seus direitos humanos. Ademais, são alarmantes os números de mulheres vítimas de seus algozes na violência, estando o Brasil na 7ª posição do ranking de assassinatos femininos. Nesse ínterim a ONU recomenda aos países que acordaram as normativas internacionais e protetivas em relação a mulher, como a Convenção de Belém do Pará, que recepcionem em seus ordenamentos jurídicos infraconstitucionais a tipificação do feminicídio, que reconheçam a relevância e as peculiaridades deste fenômeno e elaborem e efetivem políticas públicas protetivas e repressivas direcionadas para o problema de gênero.

Países como o México, Guatemala, Chile, El Salvador, Peru, Nicarágua e Argentina e atualmente o Brasil, já incorporaram a figura do feminicídio às suas legislações penais. Por outro lado, países como o México (Ciudad Juarez e Chihuahua) não efetivaram na prática a legislação, pois há responsabilidade por parte do Estado nas investigações e nos processos de justiça que envolvem o assassinato de mais de 300 mulheres, inclusive encontradas com seus órgãos sexuais mutilados (TRISTAN, 2005, p.16). Frise-se que as duas principais convenções internacionais de direitos humanos que tratam da matéria de gênero, são: a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que influenciaram de maneira sistemática a legislação brasileira ressaltando que ambas contribuíram na elaboração e implementação da Lei 11.340/2006. Com efeito, indaga-se: será que toda violência contra a mulher constitui violência de gênero?

Diversas autoras feministas, em particular a filósofa espanhola Celia Amorós (1994), assinalam que a violência exercida sobre as mulheres por serem mulheres é a denominada "violência sexista" ou "patriarcal", que se perpetua devido à posição de subordinação das mulheres nessa "ordem patriarcal" (AMORÓS, 1994). Por conta disso, nem toda a violência contra a mulher tem enfoque de gênero, pois é preciso estar

enquadrada no enfoque do artigo 5º da LMP. Em outros termos, relação de convívio entre o homem e a mulher no ambiente doméstico ou intrafamiliar.

É importante refletir acerca da dimensão do fenômeno sociojurídico e político conhecido por feminicídio, que em alguns países da América Latina, inclusive no Brasil é considerado crime. Apesar desse recepcionamento jurídico, a sua efetividade nos países que adotaram deixam dúvidas e desafios a serem enfrentados. A cultura jurídica de criação de lei ou a prática discursiva da "sobrelei" (cria-se uma lei, em cima de uma mesma lei), não é um impeditivo para que o Brasil saia da 7ª posição do ranking em feminicídio no contexto de 84 países.

Contemporaneamente, tem-se assistido, em diversas localidades do Brasil, à instalação de programas, projetos dos mais variados em termos de práticas restaurativas. O receio está no impacto que pode causar na própria Justiça Restaurativa, que, em tese, significa uma justiça voltada "à" e "para" comunidade. Um redirecionamento da corresponsabilização dos sujeitos e do senso cívico e crítico de comunidade. Em virtude da cultura jurídica brasileira, o imediatismo e a ideia de se positivar temas como esse com leis, como uma espécie de aprisionamento jurídico, podem acabar com a principiologia restaurativa, que, na sua essência, foca na condição humana, ou melhor dizendo, na essência humana.

Das definições consideradas mais importantes de Justiça Restaurativa, está a do advogado norte-americano Howard Zehr, considerado um de seus fundadores e principais teóricos no mundo. Zehr desenvolveu um estudo detalhado a respeito das concepções fundamentais das práticas restaurativas, destacando os seguintes aspetos: o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais; as violações criam obrigações e responsabilidades; e a justiça restaurativa busca curar e corrigir injustiças. De qualquer sorte, as dificuldades em conceituá-la podem ser vistas sob uma lógica positiva, no que tange à reflexão sob a sua flexibilidade e adaptabilidade às práticas restaurativas que dela provêm e podem ser trabalhadas. Uma das principais características da justiça restaurativa é a sua multiplicidade, por se estar diante de um conceito aberto (COSTA; PORTO, 2005).

A justiça restaurativa é um processo de encontro, que é um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que efetivamente deve ser feito. Para outros, significa mudança na concepção de justiça, que pretende ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros entendem que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução do conflito, forma de concepção reparativa.

Trata-se de uma aproximação, de acordo com Achutti (2009, p. 71) que pretende enfrentar o fenômeno da criminalidade privilegiando "toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito". Surge, portanto, como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, tendo como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal, a fim de restaurar o máximo possível do *status quo* anterior ao delito.

A práticas restaurativas configuram-se em uma metodologia de escuta pacífica que ocorre dentro do espaço do Judiciário, bem como extrajudicial, a partir da abordagem dos conflitos. Por conta disso, devem ser repensadas as relações de gênero por um prisma de superação de dicotomias e campos distintos, mas voltado ao sujeito. Por isso, o caráter punitivo não tem dado resultado satisfatório no enfrentamento à violência doméstica. Assim, a política de enfrentamento à violência de gênero precisa ser repensada também com políticas públicas preventivas que incluam os homens nos polos de vítimas e agressores.

Como se pode perceber, o modo restaurativo de compreender e fazer Justiça não se contenta em ficar no plano superficial dos conflitos, ele vai além. É uma característica chamativa e vital dessa proposta, como bem assegura o discurso do autor Howard Zehr (2012, p. 10) quando diz:

> Trata-se aqui de uma subversão não apenas penetrante e capaz de desafiar os núcleos conceituais do sistema, mas também transversal, ao ponto de nos fazer ver que o sistema institucional de justiça não é senão reflexo de um padrão cultural, historicamente consensual, pautado pela crença na legitimidade do emprego da violência como instrumento compensatório das injustiças e na eficácia pedagógicas das estratégias punitivas.

O principal objetivo desse método é aproximar a vítima, o ofensor e as testemunhas de forma a desenvolver ações construtivas voltadas para o futuro que beneficie a todos por meio da responsabilização do ofensor, do apoio à vítima e da confiança depositada na sociedade de que esta se lembrará de assegurar o cumprimento das promessas feitas ao longo do processo restaurativo. O importante nesse processo é a compensação dos danos gerados por meio de compromissos futuros que promovam a restauração dos vínculos sociais mais harmônicos.

Tem-se como exemplo: o trabalho "Grupos Reflexivos com Homens" é desenvolvido, desde abril de 2016 por Assistentes em parceria com a Vara Especializada de Violência Doméstica da Comarca de São Leopoldo RS, em conformidade com o que reza o artigo 35 da Lei Maria da Penha. Desde o início do projeto participaram 224 homens na Justiça Restaurativa, sendo de abril a dezembro de 2016: 93 homens; fevereiro a dezembro de 2017 101 e de março a junho de 2018: 30 homens[1].

A experiência da Vara Especializada com os homens autores de violência de gênero vai ao encontro da lei Maria da Penha, no que tange ao seu aspecto interdisciplinar e de caráter integrativo, quando além de se trabalhar com as mulheres vítimas de violência, também se propõe práticas de trabalho e de responsabilização com os homens. Embora o projeto seja incipiente, e desperte questionamentos acerca de como os homens são convidados a participar dos círculos de construção de paz, resta refletir sobre as potencialidades e os desafios para a efetivação da justiça restaurativa enquanto política pública de prevenção ao feminicídio.

Buscaria a justiça restaurativa, então, promover sentimentos e relacionamentos positivos, não se contentando apenas em reduzir a criminalidade, mas ir além, ou seja, em promover a regeneração dos vínculos rompidos e da verdadeira responsabilização nos casos de violência de gênero. A capacidade dessa 'neojustiça' de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento é o ponto-chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável.

Assim, são propostas maneiras que permitam ao ofensor compreender os danos que causou e reparar o que fez. A vítima também é levada em consideração e recebe apoio psicológico: entende-se que o ato foi cometido contra ela, e não contra o Estado, como normalmente acontece. Dessa forma, a própria vítima, a família, a comunidade e outras redes de apoio participam diretamente do processo de responsabilização.

O que diferencia a Justiça Restaurativa, então, de uma maneira geral dos outros métodos de resolução de conflitos é a sua forma de encarar e agir fundamentadas em valores e princípios como o respeito, a honestidade, humildade, responsabilidade, esperança, empoderamento, interconexão, autonomia, participação, busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados. Baseia-se numa ética de inclusão e de responsabilidade social, promovendo o conceito de responsabilidade ativa.

O resultado restaurativo significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do ofensor. A Justiça Restaurativa começou a ser discutida na década de 1970 e, desde então, vários países adotam diferentes abordagens restaurativas, mas sempre com resultados positivos.

A Justiça Restaurativa, então, configura-se tanto como um método de aplicação quanto uma nova forma de dar sentido ao que é "Justiça", voltando o foco das atenções para as relações prejudicadas por situações de violência de gênero, utilizando-se da escuta respeitosa e do diálogo com linguagem não violenta, oferecendo oportunidades para que as partes envolvidas no conflito entendam a causa do acontecido e restaurem a paz e o equilíbrio nas suas relações, nos seus vínculos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento desse estudo teve-se a preocupação com a contextualização teórica de gênero, para além de uma construção social de reprodução de papéis, bem como, buscou-se relacioná-lo com a outra categoria conceitual também em formação, conhecida por Justiça restaurativa. Aliado a isso, primou-

[1] Informação recebida por email em 02 de julho de 2018.

se em (re)pensar sobre o locus do homem nas políticas públicas, principalmente as práticas restaurativas voltadas e que também servem para trabalhar com eles, na condição de autores de violência de gênero e vítimas da cultura patriarcal.

Nesse cenário, para que se comtemple e se efetive as políticas públicas voltada aos gêneros é fundamental trabalhar com outra prospectiva considerada inédita e relevante, qual seja, políticas públicas de prevenção para os homens, pois é cabível contemporizar enfrentar diretamente essa temática, que até então não tem sido abordada. A violência de gênero é de cunho sócio jurídico e político, logo, necessita de políticas públicas socioeducativas de prevenção que também contemplem os homens autores de violência de gênero.

Essa mudança dada pelo poder feminino não findou com o fenômeno multifacetal da violência de gênero, que além de romper com as relações de afeto entre os parceiros ou companheiros, atinge diretamente os filhos que poderão reproduzir os papéis na fase adulta. A cultura jurídica brasileira segue uma prática perversa reprodutora da lógica punitiva de esquerda, quando busca dar resposta aos comportamentos desviantes, conflitos sociais e crimes com a fábrica de leis, reduzindo o direito a violação da lei e ao direito penal.

Em nome do amor se aprisionam sonhos, se cometem crimes hediondos, condicionamentos, cerceiam-se esperanças, despersonalizam-se e roubam a subjetividade do parceiro(a), ou até mesmo dos filhos. Porém, nunca se viu alguém ser condenado como criminoso por ter mantido durante anos uma outra pessoa nos cativeiros de seu egoísmo. É pouco comum ver uma esposa, depois de longo tempo de agressões psicológicas, que a impediram de desenvolver suas potencialidades, pedir à justiça que seu marido ou companheiro pague pelo mal cometido. É uma questão cultural de submissão e dependência do outro, por acreditar num amor que nunca foi amor.

Não é uma tarefa fácil, pois nem sempre a prisão termina quando recebemos as chaves que nos alforriam. Diante do exposto, considera-se a necessidade de implementação de políticas públicas transversais que lidem com a emancipação humana, a partir da educação para não-violência, primando pela ética da diversidade, pelo exercício de reciprocidade e o respeito compartilhado entre os gêneros. Nesse interim não há que somente se falar na lei penal para prevenir, punir e erradicar a violência de gênero.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMORÓS, Celia. **Feminismo:** igualdad y diferencia. México: UNAM, col. Libros del PUEG, 1994.

ARENDT, Hannah. **La condición humana.** Barcelona: Paidós Ibérica. S.A., 2005.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha:** Lei 11. 340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o Código Penal para prever o femicídio como circunstancia qualificado do crime de homicídio. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em: 10 jul. 2018.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo:** crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

COMPROMISSO E ATITUDE. **Legislações da América Latina que penaliza o feminicidio**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-feminicidio/>. Acesso em: 02 jun. 2018.

COSTA, M. M. M.; PORTO, R. T. C. A justiça restaurativa e a possibilidade de consenso entre os atores sociais: uma

abordagem a partir da comunicação não-violenta e da ação comunicativa. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). **Direito, cidadania e políticas públicas II**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FRANÇA, L. A.; STEFFEN NETO, A.; ARTUSO, A. R. **As marcas do cárcere**. Curitiba: IEA Sociedade, 2016.

SILVA, Rossana. **Uma vítima a cada uma hora e meia**. DONNA ZH, 14 e 15 de janeiro de 2017, p. 6, 2017.

TRISTAN, Flora. **La violencia contra la mujer:** Feminicidio en el Perú. Lima, Perú, 2005.

ZEHR, H.; TOEWS, B. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO CEJUSC GAÚCHO PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE INJÚRIA RACIAL NO ANO DE 2017

Daniel Soares de Jesus Pinheiro

Mestrando em Direito pela Universidade La Salle - Canoas

soarespinheiroadv@gmail.com

Resumo: O problema social do racismo no Brasil muitas vezes passa despercebido pela sociedade, no entanto, o racismo é um problema que sustenta muitos outros, e por esta razão merece maior atenção da sociedade. O negro (inclua-se o pardo) carregou por muito tempo sobre seus ombros o fardo da escravidão, hoje ele carrega uma porção maior de estereótipos que estão atrelados à ideologia racista. A prisão é a maior expressão do racismo, e com ela se sustenta a miséria, criando assim um círculo vicioso que envolve ideologia racista, prisão, miséria e segregação. A justiça restaurativa, entendida como uma alternativa viável e ao mesmo tempo eficaz de resolução de conflitos, pode conter a resposta que a sociedade brasileira necessita dar ao racismo. Diante disto, este artigo tem por objetivo abordar o tema "justiça restaurativa e discriminação racial".

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Ideologia Racista. Sistema penal.

1 Introdução

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo apresentar projeto de pesquisa que se pretende realizar junto ao Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, sendo que tal pesquisa está vinculada à Linha de Pesquisa Sociedade e Fragmentação do Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade La Salle.

A pesquisa se encontra em fase inicial, por esta razão não se apresentará aqui resultados específicos da parte empírica, pois esta será realizada futuramente. No entanto alguns apontamentos relevantes a respeito do motivo de estudar a justiça restaurativa e a discriminação racial serão expostos.

A primeira e principal motivação que se pode afirmar a respeito do estudo sobre justiça restaurativa e discriminação racial é: necessidade.

Levando em consideração que se coloca em primeiro lugar a necessidade do estudo acadêmico sobre o tema "justiça restaurativa e discriminação racial", este artigo terá como foco a abordagem de elementos que comprovem a necessidade que desde já é afirmada.

Tendo em vista cumprir esta finalidade, este artigo foi desenvolvido em dois capítulos.

O primeiro capítulo: "A Discriminação Racial e o Sistema Penal Brasileiro", onde se pretendeu relacionar as práticas discriminatórias ao sistema penal brasileiro.

O segundo capítulo: "A Justiça Restaurativa e o Poder Judiciário", onde se faz uma breve abordagem da estrutura do CEJUSC e sobre as decisões judiciais do sistema penal tradicional.

2 A discriminação racial e o sistema penal brasileiro

Inicialmente cabe esclarecer que as formas de preconceito que podem ser notadas na sociedade não são exclusivamente raciais, elas também podem possuir conotações econômicas e culturais, conforme Paixão e Carvano (2010, p. 20-21):

> O preconceito social, étnico e racial denota uma predisposição psicológica de um indivíduo contra o outro que não lhe é igual em termos econômicos (condições sociais distintas às suas), fenotípicos (cor da pele, tipos de cabelos, formas faciais e demais atributos visualmente identificáveis que denunciem, de alguma forma a origem familiar) ou culturais (língua falada, dialetos ou sotaques, modo de trajar, religião, forma de organização da família, identidade territorial e dimensões a estas assemelhadas). Embora nem sempre isso ocorra, estes planos econômicos, fenotípicos e culturais podem estar mesclados, se reforçando mutuamente.

A predisposição de que trata Paixão e Carvano (2010, p. 21) é a associação de um determinado individuo "(...) a algum conjunto de atributos negativos nos mais variados aspectos", os autores ainda afirmam que:

> Tal sentimento não chega a se manifestar necessariamente através de uma prática discriminatória, podendo ser portada pelos sujeitos preconceituosos de forma oculta. Todavia, o preconceito atua no sentido do afastamento entre o sujeito e o objeto (na verdade, outros sujeitos) dos sentimentos preconceituosos. Quase inevitavelmente, em algum momento, este preconceito se revelará ao mundo em determinadas situações de contatos interpessoais, especialmente diante dos momentos de contendas. Assim, quando tais predisposições transcendem o aspecto puramente psicológico e se tornam uma prática social, elas se derivam para práticas discriminatórias.

Sendo assim, a discriminação racial pode ser entendida como uma prática social que externa sentimentos preconceituosos contra outra pessoa ou grupo de pessoas, Paixão e Carvano (2010, p. 21) esclarecem que:

> A discriminação social, étnica e racial corresponde a uma prática individual e institucional de determinadas pessoas, agindo em nome pessoal ou à frente de instituições, que, diante de outros indivíduos portadores de descritivos distintos aos seus em termos econômicos, culturais ou físicos, pelas razões já comentadas, os preterirão no acesso às oportunidades para a aquisição de ativos econômicos e imateriais, bem como aos direitos individuais ou coletivos.

O racismo, por sua vez, pode ser entendido como o embasamento ideológico dos sentimentos por trás das discriminações raciais, conforme Paixão e Carvano (2010, p. 21):

> O racismo, finalmente, corresponde à codificação ideológica daquelas predisposições preconceituosas e práticas discriminatórias dos indivíduos racistas contra os alvos de sua preterição e ojeriza. Tal ideologia pode se manifestar de modo mais ou menos erudito (ou pretensamente erudito), porém sempre atua no sentido de fundamentar a concepção de que alguns grupos de pessoas portadoras de determinadas formas físicas e étnicas são naturalmente superiores às outras, portadoras de outras aparências e culturas.

Ao pesquisar sobre racismo e discriminação racial (ou sobre a ideologia racista como um todo) no Brasil, se deve levar em consideração elementos históricos da sociedade brasileira. Não é pretensão neste trabalho realizar um estudo histórico aprofundado, no entanto alguns pontos específicos da história não devem ser ignorados, justamente porque através deles se reforçara a afirmação a respeito da necessidade do estudo acadêmico sobre justiça restaurativa e discriminação racial.

O problema social do racismo no Brasil remonta à época da escravidão, sendo assim, para se compreender o racismo na sociedade brasileira de hoje, se faz primeiramente necessário reconhecer suas origens e admitir que houve racismo tanto com a escravidão quanto com a abolição, conforme esclarece Moraes (2013, p. 23):

> (...) não só a escravidão foi a responsável pelo tratamento desigual sofrido até os dias de hoje pelos negros e pardos brasileiros: a presença do Estado na configuração do mercado de trabalho no pós-abolição – o incentivo à participação branca e à ausência de qualquer política pública voltada aos negros – são outros importantes fatores a serem levados em consideração.

Pode-se dizer que a abolição, assim como a escravidão, contribuiu de maneira preponderante para o cenário de racismo vivenciado na atualidade da sociedade brasileira, pois desde a abolição a população negra trocou o estereótipo de escravo por uma porção de novos estereótipos, conforme relata Moraes (2013, p. 20):

> Entre os negros, os que figuravam como maioria na periferia do empoderamento econômico e

> social, crescia o número de mães solteiras, desempregados, debilitados pelo vício no álcool, praticantes da prostituição e da criminalidade, um triste fenômeno que causou durante séculos – e ainda causa – terríveis distorções associadas à pele escura.

Esses estereótipos surgidos com a abolição não são a causa do racismo, eles são a própria operação do racismo, segundo afirma Duarte (2008, p. 82) "As manifestações de racismo e preconceito se operacionalizam principalmente pela criação de estereótipos". Nesse sentido o negro (considerando também o pardo) pode ser encaixado perfeitamente no conceito de desviante apresentado por Becker, e conforme relata o autor (2008, p. 43) "A posse de um traço desviante pode ter um valor simbólico generalizado, de modo que as pessoas dão por certo que seu portador possui outros traços indesejáveis presumidamente associados a ele", ou seja, o negro pode ser visto como criminoso, como prostituta, ou como qualquer outro estereótipo criado pela sociedade, simplesmente pelo fato de possuir a pele escura.

Embora a cor da pele de cada pessoa seja uma herança genética, a divisão das pessoas em raças é uma criação social, assim como o racismo. Nas palavras de Duarte (2008, p. 80) raça e racismo são fenômenos que foram social e historicamente construídos, sendo que o racismo:

> (...) é, em primeiro lugar, um termo derivado da palavra raça e com ele guarda estreita ligação. Nenhum dos dois é um dado natural, como quer uma visão biologizante com o qual nasceram ambos os termos ou uma visão culturalista que lhes emprestou legitimidade quando a primeira era insuficiente.

Diante disso é compreensivo que o racismo seja pensado por uma mesma sociedade de maneiras diferentes, Duarte (2008, p. 76) explica que o termo racismo encerra vários valores ou sentidos na "(...) tradição política e acadêmica brasileira, o que não significa dizer que haja a mesma discordância quando percebemos o racismo materializado enquanto prática social". No entanto a percepção do racismo na sociedade brasileira não deve ser confundida com o reconhecimento do racismo na sociedade brasileira, pois conforme explica Moraes (2013, p. 12):

> No Brasil, o Racismo Institucional é informado por uma maneira notadamente peculiar de lidarmos com a questão racial. A ideia de que, pelo fato de não possuirmos segregações raciais legitimadas por um aparato jurídico, e as distinções territoriais e simbólicas não serem nomeadas através de dualismos de cor (...) construímos nosso cotidiano de forma harmoniosa no que diz respeito à questão racial, finda por legitimar o privilégio da população branca, silenciando parte considerável da população negra (...)

Nota-se que a ideologia racista, seja numa tipificação contida na Lei nº 7.716/1989 que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor", ou numa tipificado contida no artigo 140, § 3º, do Código Penal, que traz a previsão de injúria racial, é naturalizada pela sociedade e pelo Estado, havendo uma inversão de valores configurada pela estereotipização do negro, gerando também desigualdade social e segregação social. Neste sentido Giamberardino (2015, p. 65) faz menção ao racismo institucional:

> (...) a leitura criminológica dos "crimes de Estado" toma um fenômeno como institucional, não residual e se afasta, portanto, da tendência a classificar como "maçãs podres" aqueles profissionais que vêm a ser definidos como "desviantes", culminando na proposição de Profundas Reformas e transformações nessas instituições. De um lado, há traços do racismo institucional que pauta a atuação policial; de outro, tomando o caso concreto sobre o prisma dos sujeitos criminalizados e vitimizados, o que se tem são as mesmas posturas e sentimentos.

Essa naturalidade com que a sociedade brasileira e o Estado lidam com o problema do racismo é, na verdade, resultado da forma distorcida como enxergam este problema, mas esta distorção ótica não atinge apenas a visão sobre problemas raciais, Ferrajoli (2008, p. 317) relata que a atual democracia possui uma ótica míope e não consegue lembrar o passado tampouco pensar o futuro:

> La democracia actual, fundada en los sondeos, conoce, en suma, sólo tiempos sumamente breves: no recuerda - es más, remueve - el pasado, no va más allá de la semana o, a lo sumo, del mes y no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que ocurrirá más allá de una semana. Está claro que la óptica miope de los tiempos breves no puede más que limitarse a considerar los intereses inmediatos y, por tanto, excluir toda perspectiva proyectiva capaz de hacerse cargo de los problemas del futuro.

Dessa forma a dificuldade que a sociedade brasileira possui em identificar problemas como o racismo, é também a dificuldade que a impede de compreender problemas que com ele são gerados: desigualdade social e segregação social.

Nota-se que estes problemas (desigualdade social e segregação social), geralmente encontrados junto ao problema do racismo, são especificamente as conotações econômicas e culturais que inicialmente se afirmou estarem também atreladas às formas de preconceito que podem ocorrer na sociedade.

Tais observações podem ser constatadas em diversos ambientes, no entanto, em nenhum outro local da sociedade brasileira se consiga levantar evidencias tão nítidas do racismo, da desigualdade social e da segregação social quanto na prisão e nas comunidades que lhes fornecem clientela.

Vale destacar que o sistema penal, assim como a prisão, são criações humanas que na atualidade possuem a finalidade de "prevenir o crime e orientar o retorno" do preso "à convivência em sociedade", conforme estabelece o artigo 10, da Lei de Execução Penal brasileira. Já em relação ao passado, segundo destaca Anitua (2008, p. 52):

> É interessante observar que o poder punitivo hoje existente surgiu a partir da necessidade da Igreja e de certos corpos políticos nascentes de coibir (ou 'reagir') a ação de certas interpretações religiosas – que vinham a ser culturais, políticas e sociais – (...)

Segundo Anitua (2008, p. 82) a maneira como a igreja coibia a ação de certas interpretações religiosas passou a ser o modelo adotado pelo Estado, sob o qual "(...) produziu-se a base da expansão da dominação estatal e capitalista para outras terras a partir da exclusão do 'outro', algo no qual o punitivo desempenhou o principal papel".

Ainda conforme Anitua (2008, p. 83) "O medo foi, sem dúvida, a ferramenta principal para garantir a imposição das burocracias modernas, para impor o Estado e o mercado, e para impor o sistema punitivo que continua existindo até hoje". No entanto, conforme se demonstrará a seguir, esse sistema punitivo parece não cumprir hoje sua função atual tampouco sua função original.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016 (2017, p. 12) "Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil", taxa esta que passou de 137 pessoas presas para cada 100 mil habitantes para 352,6 pessoas a cada 100 mil habitantes. A população carcerária brasileira, segundo o mesmo Levantamento (2017, p. 20) passou de 232 mil pessoas em 2000 para 726 mil pessoas em 2016, e que o déficit de vagas passou de 97.045 em 2000 para 358.663 em 2016, já a destinação das vagas do sistema prisional brasileiro em 2016 (2017, p. 21) era de 32% para presos sem condenação e 47% para o regime fechado, sendo que a taxa de ocupação era de 247% e 161%, respectivamente.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2015 (2017, p. 9) o Brasil possuía em 2015 a terceira maior população prisional do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, e dentre os vinte países com maior população prisional o Brasil possuía a quarta maior taxa de aprisionamento, ficando atrás dos Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

Percebe-se que há no Brasil um superencarceramento que pode ser atribuído a imaginação de um sistema em que se passou a acreditar que a pena de prisão seria uma solução, pois conforme Pallamolla (2009, p. 29):

> A imprescindível reflexão sobre justiça criminal na modernidade conduz (ou deveria conduzir) à conclusão de que se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidadora das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema.

Notadamente se errou (e ainda se erra) em acreditar que o sistema penal possa resolver de fato qualquer problema.

Comparando o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2015 (2017, p. 7) e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016 (2017, p. 7) se pode percebe que de dezembro de 2015 a junho de 2016 a população prisional no Brasil passou de

668.618 para 726.712, ou seja, em seis meses houve um aumento de quase 60 mil pessoas presas no Brasil, essa população prisional aumenta ano a pós ano e nenhum problema social que através do sistema penal se tentou resolver efetivamente diminuiu.

Conforme o Scorecard (Brasil) produzido pelo Social Progress Imperative (2017) apesar de o Brasil ocupar a 43ª posição geral dentre 128 países que foram classificados no Rank do Índice de Progresso Social 2017, ele ocupa a 121ª posição quando se trata especificamente de Segurança Pessoal (avaliados a taxa de homicídio, o nível de crimes violentos, a percepção da criminalidade, o terror político e as mortes no trânsito).

Sendo assim a hipótese que relacionaria prisão com segurança poderia desde já ser descartada como uma medida viável para a resolução de conflitos na sociedade brasileira.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2015 (2017, p. 39), de 69% da população prisional total, cujas informações de raça, cor ou etnia estavam disponíveis em 2015, 63% era negra, confrontando tal proporção com a proporção de negros na população total, que é de apenas 53%, fica evidente que há uma sobre-representação de negros no sistema prisional.

Comparados aos dados referentes aos homens brancos se observa que, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2015 (2017, p. 39) em 2015:

> (...) entre a população maior de 18 anos, existem 690 homens brancos privados de liberdade para cada grupo de 100 mil homens brancos, e existem 1.012 homens negros na mesma situação para cada grupo de 100 mil homens negros. Assim como observado em relação ao recorte etário global, quando aprofundamos o recorte sociodemográfico para contemplar homens negros, observamos que 1% de toda a população de homens negros maiores de 18 anos no Brasil em 2015 encontrava-se no sistema prisional.

Nas condições em que se encontra o sistema prisional o racismo é fomentado, não apenas por aumentar a estereotipização da pele escura, mas por de fato piorar as condições sociais de qualquer pessoa e sob um contexto onde mais negros estão presos, piorar principalmente as condições sociais da população negra, Pallamolla (2009, p. 31) afirma que:

> (...) a detenção provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização de delinquentes solidários entre si e hierarquizados; os que são libertados da prisão estão condenados à reincidência, devido às condições de vigilância a que são submetidos, pois faz as famílias dos apenados caírem em miséria.

Diante disso cabe relatar que não se pode ver como uma simples coincidência o fato de que a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil 71 são negras[1] e 3 a cada 4 brasileiros dentre os mais pobres são negros[2]. Esses dados revelam que o racismo no Brasil é intergeracional e ponto central do sistema prisional, sendo que nesse sistema prisional se perpetua o racismo através de condenações que vão além da pena prisão, condenando tal prisioneiro à reincidência e à miséria[3].

Desta forma o racismo é intergeracional não apenas pela lembrança recente da escravidão que passou de pai para filho, mas pelos resultados sociais que até hoje são gerados pela transferência sistêmica do racismo entre as gerações, isto quer dizer que a sociedade e o Estado são racistas e que o criminoso no Brasil possui gênero, idade e cor, ele é homem, jovem e negro[4].

O sistema prisional pode ser visto tanto como consequência quanto como fonte do racismo, pois através dele o racismo se desenvolve na sociedade, com a estereotipização e a miséria das pessoas negras, e

---

[1] CERQUEIRA, Daniel. et al. **Atlas da Violência 2017.** Rio de Janeiro: Ipea, 2017.

[2] VIEIRA, Isabela. IBGE: negros são 17% dos mais ricos e três quartos da população mais pobre. 2016. Disponível em: < http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-negros-sao-17-dos-mais-ricos-e-tres-quartos-da-populacao-mais-pobre >.

[3] O ano de 2017 se iniciou "com mais de 16 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza" (OXFAM, 2017, p. 21), portanto havia ao menos 12 milhões de negros no Brasil vivendo nessas condições. "Considerando todas as rendas, brancos ganhavam, em média, o dobro do que ganhavam negros, em 2015" e "a equiparação da renda média com a dos brancos ocorrerá somente em 2089" (OXFAM, 2017, p. 28).

[4] Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016 (2017, p. 30) em 2016 55% da população no sistema prisional era jovem (de 18 a 29 anos), e (p. 11) mais de 90% da população no sistema prisional era de homens.

nele o racismo reflete sua pior face: a prisão.

É justamente através desta relação envolvendo ideologia racista, prisão, miséria e segregação, termos ligados na sociedade brasileira através de um círculo (que se pode considerar vicioso), que se encontra a justificativa para a necessidade de estudar o tema discriminação racial.

3 A justiça restaurativa e o poder judiciário

Três tópicos emblemáticos foram reconhecidos até o momento, o primeiro foi o reconhecimento do problema histórico e intergeracional que é o racismo no Brasil; o último foi o reconhecimento da relação viciosa que o racismo possui com os termos prisão, miséria e segregação; e o tópico central (talvez o mais importante para a abordagem que se fará a partir daqui) foi a desconsideração da hipótese que relacionaria prisão com segurança, ou que consideraria a prisão como uma medida viável para a resolução de conflitos na sociedade brasileira.

É sob esta perspectiva, de que a prisão não é capaz de resolver conflitos, que se passará a pensar o problema social do racismo. Deve-se, portanto, estudar uma alternativa que seja viável e ao mesmo tempo eficaz, para resolução de conflitos sociais, uma alternativa diversa da prisão e, sobretudo, uma alternativa diversa do sistema penal tradicional, pois nas palavras de Pallamolla (2009, p. 70):

> O processo penal, ao pretender ignorar as diferenças existentes entre as pessoas a fim de tratar os ofensores como iguais perante a lei, passa a tratar os desiguais igualmente, ignorando, desta forma, desigualdades sociais, políticas, de gênero, etc. e contribuindo, assim para reforça-las.

Achutti (2016, p. 197-198), por sua vez, afirma que a justiça restaurativa da Bélgica é um exemplo que precisa ser observado pelo Brasil[5]:

> a experiência com a justiça restaurativa na Bélgica chama a atenção por diversos fatores, que se não servem como parâmetro comparativo direto, servem como um modelo ilustrativo de um caso bem-sucedido.

A justiça restaurativa pode ser uma bem-sucedida alternativa para a resolução de problemas sociais criados com o sistema prisional e, por conseguinte uma solução (ou ao menos uma resposta adequada) para o racismo, pois ela se difere positivamente das práticas conhecidas pelo sistema penal tradicional.

Deve-se, antes de pensar justiça restaurativa, esquecer a infração à lei e começar a repensar sobre o dano a uma pessoa, este raciocínio é fundamental para se compreender as mudanças que a justiça restaurativa propõe, pois conforme esclarecimento de Achutti (2016, p. 40):

> Atualmente, pode-se dizer que a vítima não é admitida pelo sistema oficial por, dentre outros motivos, representar um risco considerável de trazer elementos irracionais ao processo penal e, com isso, comprometer a racionalidade de seu funcionamento. O processo penal, nesse contexto, é uma ferramenta para satisfazer unicamente os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima.

Nesse mesmo sentido Giamberardino (2015, p. 60) esclarece que:

> Redefinir o conceito de "crime" como uma violação de direitos individuais e relações interpessoais conduziria a maximização das possibilidades de participação ativa dos envolvidos. Não se trata de excluir toda e qualquer intervenção do Estado, mas sim de retirar seu lugar de "vítima primária".

É um objetivo da justiça restaurativa colocar o Estado em segundo plano, devolvendo o protagonismo dos conflitos aos seus titulares, a vítima, ofensor e sociedade, mas segundo Zehr (2012, 21):

> A Justiça Restaurativa não é um mapa, mas seus princípios podem ser vistos como uma bússola que aponta na direção desejada. No mínimo a Justiça Restaurativa é um convite ao dialogo e à experimentação.

[5] Conforme o Scorecard (Belgium) produzido pelo Social Progress Imperative (2017) a Bélgica ocupa a 25ª posição no assunto específico Segurança Pessoal, o mesmo assunto em que o Brasil, conforme já mencionado, ocupa a 121ª posição dentre 128 países.

Hoje a vítima não possui espaço no sistema penal tradicional que, conforme Achutti (2016, p. 50) ainda:

> (...) se caracteriza pela substituição da noção de "dano" pelo conceito de "infração"; pela inserção do Estado como principal vítima da conduta lesiva; e, ainda pela necessidade de o responsável prestar contas ou restituir o próprio Estado, e não mais as pessoas diretamente afetadas pelo delito.

Ao mencionar que a restituição não é mais realizada à pessoa diretamente afetada pelo delito e sim ao Estado, Achutti está afirmando que em algum período a restituição era feita diretamente à vítima. A realidade é que, apesar de ser atualmente naturalizada pela sociedade, a infração é uma criação humana e a substituição da vítima pelo Estado foi condicionante para esta criação, segundo Anitua (2008, p. 42-43):

> O monopólio estatal do *ius puniendi* significa que não se substituía somente a sociedade em assembleia, mas também as vítimas de sua reclamação, e em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles. O Estado teria interesse, desde então, na resolução dos conflitos, mais do que os particulares, o que se revelaria em falta de acusações e no surgimento das delações como motor inicial das ações que promoveriam juízos e castigos.

Então o modo de agir do sistema penal tradicional, conforme Achutti (2016, p. 51), é anular o ofensor transformando-o em uma nova vítima, ou seja, o Estado, além de não resolver o problema social criado pelo conflito entre vítima e ofensor, cria um novo problema social tornando o ofensor outra vítima.

O problema do sistema penal tradicional para a população negra é que esta população foi selecionada como principal clientela[6] desse sistema através da estereotipização da cor da pele, Achutti (2016, p. 96) menciona que no pensamento de diferentes abolicionistas:

> O sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados oficialmente como *crime*.

Zehr (2012, 13) afirma que "Muitos entendem que o processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação", já Giamberardino (2015, p. 14) que:

> A rejeição da vingança privada e a expropriação da possibilidade de "fazer justiça pelas próprias mãos" foram e são, de fato, pilares teóricos de justificação do processo penal moderno, situado, assim, entre um dos principais sustentáculos do conceito de Estado de direito (...) Todavia, a aposta Iluminista nunca superou o risco de que o próprio direito penal acabar servindo como propagador, multiplicador e potencializador de uma violência destrutiva no seio das relações sociais, deixando de ser antídoto, tornando-se novamente o veneno.

Diversas são as criticas que podem ser encontradas contra o sistema penal tradicional, no entanto não são elas que fazem da justiça restaurativa uma alternativa viável e eficaz para resolução de conflitos sociais, são as próprias qualidades inerentes à Justiça Restaurativa que fazem isso.

A primeira qualidade da justiça restaurativa é a atenção que dispensa às partes envolvidas no conflito, pois diferentemente do sistema penal tradicional, segundo Zehr (2012, p. 24), "A justiça restaurativa amplia o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou no caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade".

A justiça restaurativa confere papéis aos principais excluídos dos conflitos: a vítima e a comunidade. As vítimas, conforme Zehr (2012, p. 25), "(...) se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal", com isso o autor elenca (2012, p. 25-26) quatro necessidades judiciais que a elas são negligenciadas: informação, falar a verdade, empoderamento e restituição patrimonial ou vindicação.

---

[6] Becker (2008, p. 25) apresenta exemplo da sociedade norte americana que pode ser aplicável à sociedade brasileira e que demonstra a relação de clientelismo que a população negra possui com o sistema penal: "(...) a lei é diferentemente aplicada a negros e brancos. Sabe-se muito bem que um negro que supostamente atacou uma mulher branca tem muito maior probabilidade de ser punido que um branco que comete a mesma infração (...)"

Informação porque segundo Zehr (2012, p. 25) "A vítima precisa de respostas às suas dúvidas sobre o ato lesivo (...)"; falar a verdade porque "Um elemento importante no processo de recuperação ou superação da violência do crime é a oportunidade de narrar o acontecido".

Empoderamento porque segundo Zehr (2012, p. 26) "Em geral as vítimas sentem que a ofensa sofrida privou-lhes do controle – controle sobre sua propriedade, seu corpo, suas emoções, seus sonhos"; e restituição patrimonial ou vindicação porque, ainda sengundo Zehr (2012, p. 26):

> A restituição de bens é uma dentre muitas outras maneiras de atender a essa necessidade de igualar o placar. Um pedido de desculpas também pode contribuir para satisfazer essa necessidade de ter reconhecido o mal que nos foi infringido.

A comunidade, por sua vez, conforme Zehr (2012, p. 29) apresenta as seguintes necessidades judiciais:

> 1. Atenção às suas preocupações enquanto vítimas. 2. Oportunidades para construir um senso comunitário e de responsabilidade mútua. 3. Estimulo para assumir suas obrigações em favor do bem-estar de seus membros, inclusive vítimas e ofensores, e fomento das condições que promovam convívio saudável.

Sucintamente a justiça restaurativa visa atender as demandas apresentadas pela vítima e pela comunidade conferindo-lhes o papel que o Estado lhes tomou, através da visão apresentada por Zehr (2012, p. 33):

> O crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos. As violações geram obrigações. A justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade num esforço comum para corrigir a situação. Foco central: as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar o dano cometido.

Se a primeira qualidade da justiça restaurativa é a atenção que dispensa às partes envolvidas no conflito, a sua maior qualidade pode ser a construção da paz, nas palavras de Zehr (2012, p. 54) "A justiça restaurativa proporciona, ainda, uma forma concreta de pensar sobre a justiça no âmbito da teoria e prática da transformação de conflitos e construção da paz".

Na justiça brasileira se pode encontrar práticas restaurativas em projetos do Poder Judiciário, no âmbito estadual estes projetos são desenvolvidos pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos Cidadania, os CEJUSCs, KUBIAK (2017, p. 149) explica que "A política de incentivo á autocomposição instituída pelo CNJ é executada e se concretiza nas atividades desenvolvidas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania".

O diferencial do CEJUSC não está apenas em suas atividades, que são, segundo KUBIAK (2017, p. 148) o "(...) atendimento de práticas autocompositivas desde a fase pré-processual (...)" , mas principalmente em sua estrutura física que proporciona um ambiente diferente daquele encontrado nos fóruns e repartições públicas, o que contribui para a formação de um ambiente acolhedor, onde se pode produzir práticas restaurativas, segundo KUBIAK (2017, p. 148):

> (...) propôs-se acomodações informais que não reproduzem o modelo adversarial utilizado nas demais unidades do Poder Judiciário, enfatizando os seguintes aspectos: a) substituição de balcões ou guichês por mesas de atendimento; b) salas de espera e de convivência com material de divulgação e equipamentos para exibição de imagens e vídeos institucionais sobre as vantagens dos métodos autocompositivos; c) múltiplas salas para sessões com mobiliário adequado (mesas redondas ou ovais); d) conforto ambiental e ambiente acolhedor, com oferta de água, chá, café, balas, etc.; e) sala para reuniões e para mediações com múltiplas partes; f) auditório para palestras oficinas e capacitações.

Apesar dessa inovação estrutural e funcional, o CEJUSC surge no Poder Judiciário com uma ambição institucional que já é antiga e que não foi alcançada através de outros inúmeros projetos, segundo KUBIAK (2017, p. 150) a:

> Importante atividade desenvolvida nos CEJUSCs é o atendimento pré-processual dos conflitos de interesse, prática fundamental para desjudicialização e consequente redução das demandas postas à apreciação do Poder Judiciário.

Essa ambição de desjudicialização e redução das demandas postas à apreciação do Poder Judiciário, que se renova com a criação do CEJUSC, não é uma base da justiça restaurativa, talvez seja uma consequência. Apesar disso, vale enfatizar a iniciativa como positiva, pois teoricamente visa desconstruir práticas ultrapassadas de resolução de conflitos.

Uma ligeira analise de processos submetidos ao sistema tradicional de justiça são a prova inicial de que alternativas necessitam ser estudadas, limitando-se a uma análise de processos criminais de "Injúria Racial", submetidos à apreciação do TJRS e de Turmas Recursais do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2017.

Nas Turmas Recursais do Estado do Rio Grande do Sul foram interpostos três recursos de processos criminais sobre injúria racial (Recurso Crime nº 71007326408; 71007175219; e 71006937320), os três recursos tiveram competência declinada para o TJRS, sob a fundamentação de que a injuria racial é uma forma qualificada do tipo injúria, tendo previsão de pena que varia de um a três anos e multa, sendo assim o artigo 61, da Lei 9.099/1995, que regula o processo nos Juizados Especiais admite que sejam apreciadas infrações penais cujas penas não ultrapassem dois anos.

Já no TJRS foram interpostos 43 recursos de processos criminais sobre injúria racial, tomou-se como exemplo os dois últimos recursos interpostos.

No primeiro recurso (Apelação Crime nº 70071171284) a Segunda Câmara Criminal do TJRS desconsiderou a vontade da vítima em realizar acordo, sob fundamento de que a conduta "injúria racial" requer uma ação penal pública e não privada, neste sentido impediu que vítima e ofensora resolvessem o problema social, e reclamando para si (o Estado) o prejuízo do conflito.

No segundo recurso (Recurso em Sentido Estrito nº 70074070780) a Segunda Câmara Criminal do TJRS desconsiderou novamente a vontade da vítima, neste caso especifico a vítima havia apresentado queixa crime e queria que o processo corresse nas vias do Juizado Especial, pois não entendeu que as ofensas sofridas continham conotação racial, a justiça, no entanto, considerou que tais ofensas continham conotação racial, e tomaram da vítima o prejuízo que ela havia sofrido.

Diante disso, a justiça restaurativa pode ser vista como uma alternativa e como uma necessidade. O CEJUSC propõe uma abordagem diferenciada de resolução de conflitos que, ao mesmo tempo em que entusiasma o Estado, chama a atenção de quem estuda a justiça restaurativa.

3 Conclusão

Este artigo pretendeu abordar o tema: "justiça restaurativa e discriminação racial", tema este que servirá de base para a pesquisa de mestrado que se pretende realizar junto ao CEJUSC.

Através de uma breve explanação sobre a estrutura do CEJUSC e sobre a forma que a justiça tradicional aborda o problema da injúria racial, se conseguiu, apesar de a pesquisa estar em fase inicial, afirmar a necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos.

As práticas restaurativas surgem neste contexto (um círculo vicioso que relaciona ideologia racista, prisão, miséria e segregação) como um meio alternativo viável e eficaz de resolução de conflitos.

Portanto a proposta de pesquisar a alternativa da justiça restaurativa aplicada aos problemas sociais de injúria racial, onde, ao contrário da probabilidade estabelecida pelo sistema penal, o negro é a vítima e não o ofensor, parte de uma perspectiva em que a justiça restaurativa poderia reduzir desigualdades, tanto aquelas desigualdades pontuais entre a vítima e o ofensor, quanto aquelas genéricas criadas pela sociedade e pelo Estado. Neste sentido fez-se interpretação da obra de Pallamolla (2009, p. 139) onde:

> Reduzir as desigualdades perpetuadas e reproduzidas pelo sistema de justiça criminal e torná-lo mais democrático e acessível aos menos favorecidos social e economicamente passa a ser, portanto, o projeto no qual a justiça restaurativa se insere.

Referências

ACHUTTI. Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos; tradução Sérgio Lamarão**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BECKER, Howard Saul, 1928. **Outsiders**: estudo de sociologia do desvio. Tradução Maria Luíza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 16 Maio 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm >. Acesso em: 16 Maio 2018.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm >. Acesso em: 16 Maio 2018.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm >. Acesso em: 23 Maio 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017). **Levantamento nacional de informações penitenciárias atualização - junho de 2016**. Brasília. Disponível em: < http://www.justica.gov.br >. Acesso em: 09 Abr. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017). **Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen - dezembro de 2015**. Brasília. Disponível em: < http://www.justica.gov.br >. Acesso em: 09 Abr. 2018.

CERQUEIRA, Daniel. et al. **Atlas da Violência 2017**. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.

DUARTE. Evandro Charles Piza. **Criminologia & racismo**: introdução à criminologia brasileira. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos vitales y políticas de muerte. Por um constitucionalismo global. CARBONELL, Miguel (Ed.). **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

KUBIAK. Vanderlei Teresinha Tremeia. A mediação no sistema judicial brasileiro – desafios e perspectivas – experiência de implantação no tribunal de justiça do estado do rio grande do sul. In: ALBERTON, Genacéia da Silva (org.) **Coleção Mediação**; v. 1. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Suporte Operacional, Serviço de Impressão e Mídia Digital, 2017.

MORAES, Fabiana. **No país do racismo institucional**: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2013.

OXFAM. 2017. **A distância que nos une um retrato das desigualdades brasileiras**. Disponível em: < https://www.oxfam.org.br/a-distancia-que-nos-une > Acessado em: 10 de Abr. 2018.

PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luiz M. **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1. Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70071171284. Relator José Antônio Cidade Pitrez. Julgado em 14/12/2017. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 23 Maio 2018.

_____. TJRS. Segunda Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 70074070780. Relator Victor Luiz Barcellos Lima. Julgado em 14/12/2017. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 23 Maio 2018.

_____. Turma Recursal Criminal. Recurso Crime nº 71007326408. Relator Edson Jorge Cechet. Julgado em 11/12/2017. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 23 Maio 2018.

_____. Turma Recursal Criminal. Recurso Crime nº 71007175219. Relator Edson Jorge Cechet. Julgado em 30/10/2017. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 23 Maio 2018.

_____. Turma Recursal Criminal. Recurso Crime nº 71006937320. Relator Edson Jorge Cechet. Julgado em 07/08/2017. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 23 Maio 2018.

SOCIAL Progress Imperative. **2017 social progress index - scorecard (Belgium)**. Disponível em: < https://www.socialprogressindex.com/assets/downloads/scorecards/en/BEL-Scorecard.pdf >. Acesso em: 09 Abr. 2018.

SOCIAL Progress Imperative. **Índice de progresso social 2017 - scorecard (Brasil)**. Disponível em: < http://www.progressosocial.org.br/wp-content/uploads/2017/09/BRASIL.pdf >. Acesso em: 09 Abr. 2018.

VIEIRA, Isabela. **IBGE**: negros são 17% dos mais ricos e três quartos da população mais pobre. 2016. Disponível em: < http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-negros-sao-17-dos-mais-ricos-e-tres-quartos-da-populacao-mais-pobre >. Acesso em: 06 de Mar. 2018.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa; tradução Tõnia Van Acker**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MULHERES VÍTIMAS E VULNERABILIDADES: POSSIBILIDADES E RISCOS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Michelle Karen Batista dos Santos

Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – Bolsista CAPES; Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Criminologia da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/RS); Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise sobre a aplicação da justiça restaurativa no Brasil em casos de violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher. O objetivo é verificar, a partir dos riscos e possibilidades, se a justiça restaurativa é um caminho adequado para pensar a autonomia das mulheres dentro do sistema de justiça criminal, a partir de uma perspectiva crítica à cultura punitiva. Para tanto, foram analisadas, brevemente, as Leis n° 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e n° 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a fim de expor seus procedimentos para resolução dos conflitos entre os gêneros, marcados por violências. Desse modo, mediante contribuições críticas de todo um arsenal teórico pertinente – principalmente, a partir dos ensinamentos de Marília Montenegro, Raffaella Pallamolla e Daniel Achutti -, apresenta-se problematizações acerca do campo dos desejos punitivos e da vulnerabilidade das mulheres, a fim de demonstrar de que forma a justiça restaurativa se posiciona como uma nova experiência jurídica capaz de ser meio para processos de empoderamento e emancipação feminina.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Violência doméstica. Sistema de Justiça Criminal.

WOMEN VICTIMS AND VULNERABILITIES: POSSIBILITIES AND RISKS OF THE APPLICATION OF RESTAURANT JUSTICE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

Abstract: The objective of this study is to analyze the application of restorative justice in Brazil in domestic, conjugal and family violence against women. The objective is to verify, within the uncertainties and possibilities, if restorative justice is an adequate way to think about the autonomy of women within the criminal justice system, from a critical perspective to the punitive culture. To this end, Laws 9,099 / 95 (Law on Special Civil and Criminal Courts) and Law 11,340 / 2006 (Maria da Penha Law) were briefly analyzed, in order to present its procedures for resolving conflicts between genders, marked by violence. In this way, through critical contributions of a relevant theoretical arsenal - mainly, from the teachings of Vera Regina, Marília Montenegro, Raffaella Pallamolla and Daniel Achutti -, there are problematizations about the field of punitive desires and the vulnerability of women in order to demonstrate how restorative justice positions itself as a new juridical experience capable of being a means for processes of empowerment and feminine emancipation.

Keywords: Restorative Justice. Domestic Violence. Criminal Justice System.

1 Introdução

As violências contra as mulheres apresentam características específicas, motivo pelo qual devem ser tratadas como fenômenos complexos que abrangem aspectos próprios de conflitos interindividuais, ou seja, há que ser considerada cada particularidade das partes envolvidas. A violência constitui uma verdadeira prisão, onde o homem deve agredir, porque exerce o papel de dominação, e a mulher deve suportar cada agressão sofrida, porque assim foi construída, assim "se tornou mulher", e o seu "destino" assim determina.

Muito se foi debatido acerca da violência exercida contra as mulheres no Brasil, e o Direito Penal acabou se tornando forte aliado no combate a essas violências. Em 1980 criou-se a Delegacia da Mulher; em 1988, a Constituição Federal além de objetivar a garantia de igualdade entre mulheres e homens, procurou coibir as violências no âmbito das relações domésticas; em 1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), tendo os Juizados Criminais recebido, prioritariamente, casos de violência doméstica; no ano de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340, conhecida nacionalmente como Lei Maria da Penha, prevendo a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica. Ainda, em 2015, a Lei 13.104 alterou o artigo 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, alterando também o artigo 1º da Lei 8.072/90, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Ao longo da história, se torna perceptível que as mulheres têm conseguido, a partir de muita luta e resistência, expor suas demandas e, de certa forma, alcançar respostas satisfatórias, como é o caso da Lei Maria da Penha e a tipificação do crime de Feminicídio, consideradas extremamente importantes para muitas mulheres e movimentos organizados, inclusive são reconhecidas como conquistas diante da luta contra todo o tipo de violência. No entanto, diante de uma sociedade que ainda se reformula com noções de patriarcado, machismo e androcentrismo, resta relutância acerca do tratamento dado às mulheres pelo seu dito aliado, o Direito Penal, este que, como qualquer outro, pode se tornar espaço de reprodução de preconceitos.

O presente trabalho, então, longe de querer estabelecer qual é o melhor meio para receber e solucionar os casos de violência doméstica, surge com a necessidade de "gritar" os papéis socialmente impostos às mulheres e aos homens, e demonstrar como essa determinação, ou construção social, pode influenciar diretamente ao modo como o Direito Penal trata as mulheres vítimas de violências domésticas. Nesse âmbito, uma das nossas hipóteses é a possibilidade/necessidade de uma Justiça alternativa capaz de reconhecer e ouvir a mulher, transformando-a em sujeito do seu processo.

nicialmente, busca-se expor sobre mulheres, seus papéis, as violências sofridas e as repostas dadas pelo Direito Penal às suas demandas – especificadamente, analisaremos com brevidade as Leis 9.099/95 e 11.340/2006, verificando as influências da sociedade patriarcal nas configurações de procedimentos para resolução de conflitos entre os gêneros, marcados por violências. Posteriormente, será discutida a Justiça Restaurativa e as principais incertezas, no que tange à sua aplicação aos casos de violência contra a mulher. Por fim, explanaremos sobre as possibilidades de uma Justiça Restaurativa que resgate as mulheres "dos seus lugares" de vítimas, passivas e incapazes de decidir sobre a própria vida.

Esse é um trabalho sobre alternativas descriminalizantes e sobre mulheres sujeitos – da própria vida, da própria história.

2 Mulheres, violências e o direito penal

O conceito de patriarcado foi abordado por Mendes (2014, p. 88) - em grande obra que aborda a possibilidade de uma criminologia feminista -, podendo entendê-lo como a manifestação e a institucionalização do domínio masculino sobre mulheres e crianças que integram a família. Esse domínio se estende a toda a sociedade, garantindo que os homens também assumam os espaços públicos de poder, e que as mulheres sejam privadas de acesso a esses espaços, permanecendo-as nos territórios particulares.

Brevemente, pode-se dizer que o Patriarcado tem sua raiz histórica associada à produção da propriedade privada, motivo pelo qual se conclui que a subordinação da mulher não é algo que existiu desde os primórdios da humanidade, é resultado de um processo histórico (CISNE, 2014, p. 76-77). Saffioti (2015, p. 56-65) afirma que o patriarcado não torna as diferenças entre mulheres e homens fixas e imutáveis, na verdade, ele qualifica as relações entre os sexos ao evidenciar o vetor de dominação e exploração do homem sobre a mulher presente na sociedade.

Diferente da categoria gênero, o patriarcado é utilizado, necessariamente, para se referir às relações de dominação, opressão e exploração masculinas, ou seja, esse nomeia as desigualdades que marcam as relações sociais de gênero (CISNE, 2014, p.77). Mas e aquele? O que se entende por sistema sexo-gênero?

Esse conceito, geralmente expresso como gênero, foi oferecido primeiramente pelas teóricas Kate

Millet e Gail Rubin, como um sistema de relações sociais que converte a sexualidade biológica em produto da atividade humana (AMORÓS e MIGUEL ALVAREZ, 2005 apud MENDES, 2014, p. 86). Dessa maneira, a partir dos anos setenta, o movimento feminista usa-se do conceito de gênero para se referir à construção cultural do feminino e do masculino mediante os processos de socialização que formam os sujeitos desde o nascimento. A compreensão do termo foi considerada libertadora, pois se pôde demonstrar que a opressão sofrida pelas mulheres tinha como raiz uma causa social, e não biológica e natural (MENDES, 2014, 86).

A construção social dos indivíduos, que se relaciona à ideia de mulher e homem, é importantíssima para a disseminação dos símbolos que marcam as representações sobre o feminino e o masculino. O estudo da condição das mulheres, mediante o conceito de gênero, representou a ruptura epistemológica essencial para retirá-las da invisibilidade (MENDES, 2014, p. 87), por óbvio foi um passo muito importante em direção à compreensão das relações entre os sexos. As mulheres são, como categoria social, discriminadas, oprimidas, dominadas e subordinadas, já os homens estão na centralidade do poder (SAFFIOTI, 2015, p. 117-118).

Nesse sentido, Andrade (2012, p. 145) foi categórica ao afirmar que o simbolismo de gênero age com uma poderosa estereotipia e carga estigmatizantem estando este simbolismo enraizado nas estruturas, apresentando-se como diferenças biológicas, mas não passa de valores construídos socialmente, onde a figura do feminino é relacionada à subordinação e a figura do masculino é associada à dominação. Para os homens o espaço público, para as mulheres o espaço privado. O homem é razão, a mulher é emoção. São apenas confirmações de que as mulheres são construídas como não-sujeitos.

2.1 Violências contra as mulheres

Com o desenvolvimento da sociedade patriarcal, os estigmas legitimaram exigências de padrões comportamentais femininos, como também ressaltaram os mecanismos de controle sobre os corpos das mulheres, que resumiam-se na aplicação, pelos homens, de penas privadas no núcleo da instituição familiar, sob o argumento de que se deveria "proteger a família", "defender a honra" e "garantir o pátrio poder" (MEDEIROS e MELLO, 2015, p. 213). Assim, com frequência, o controle patriarcal tem como consequência a prática de violências contra as mulheres, de todas as formas e por todos os meios (BARATTA, 1999, p. 19-80).

Na Roma antiga, o patriarca tinha o poder de decidir sobre a vida e a morte da sua esposa e dos seus filhos, atualmente tal poder não existe mais, no entanto, homens em todo o mundo continuam matando suas companheiras, muitas vezes com excesso de crueldade: ateando fogo, esquartejando, atirando e as deixando tetraplégicas etc. (SAFFIOTI, 2015, p. 48).

Segundo o Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil (2015), entre 2003 e 2013, o número de mulheres vítimas passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21% (vinte e um por cento) na década, sendo que essas 4.762 mortes em 2013 representaram 13 homicídios femininos diários. Concluiu-se ainda que as vítimas prioritárias são as mulheres negras, na faixa de 18 a 30 anos de idade, preponderando a utilização de armas de fogo, mas com concomitante aumento de estrangulamento, objeto cortante, e indicação de maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais. Ainda, verificou-se que os principais locais da agressão são a rua (31,2%) e o domicílio da vítima (27,1%).

No ano de 2014, o Mapa da Violência (2015) aponta que 223.796 mulheres foram atendidas por terem sofrido diversos tipos de violência, sendo que duas em cada três foram vítimas de violências domésticas, sexuais e/ou outras, ou seja, a cada dia de 2014, 405 mulheres demandaram atendimento em unidade de saúde, por alguma violência sofrida. Em relação aos agressores os dados aferiram que:

- 82% das agressões a crianças do sexo feminino, de <1 a 11 anos de idade, que demandaram atendimento pelo SUS, partiram dos pais – principalmente da mãe, que concentra 42,4% das agressões.
- Para as adolescentes, de 12 a 17 anos de idade, o peso das agressões divide-se entre os pais (26,5%) e os parceiros ou ex-parceiros (23,2%).
- Para as jovens e as adultas, de 18 a 59 anos de idade, o agressor principal é o parceiro ou ex-

parceiro, concentrando a metade de todos os casos registrados.

- Já para as idosas, o principal agressor foi um filho (34,9%).
- No conjunto de todas as faixas, vemos que prepondera largamente a violência doméstica. Parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros (...) são responsáveis por 67,2% do total de atendimentos.

Sobre o tipo de violência sofrida, o Mapa (2015) traz que a violência física é mais frequente, pois está presente em 48,7% dos atendimentos, com especial incidência nas mulheres jovens e adultas, representando perto de 60% do total de atendimentos. Em segundo lugar está a violência psicológica, representando 23% dos atendimentos em todas as etapas, principalmente da jovem em diante. Em terceiro lugar tem-se a violência sexual (11,9%), com maior incidência entre as crianças de 11 anos de idade (29%) e as adolescentes (24,3%). Por fim, é importante ressaltar que a residência é o local privilegiado de ocorrência da violência não letal (71,9%), conforme os dados apurados.

Sabe-se que "violência doméstica", "violência familiar", "violência conjugal", "violência contra a mulher" e "violência de gênero" são fenômenos diversos que por vezes são tratados como sinônimos. No entanto, há que diferenciar os conceitos e tratar as especificidades. A "violência contra a mulher" pode ser remetida à Convenção de Belém do Pará (GIONGO, 2009, p. 30), firmada em junho de 1994, que define como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.[1]".

A "violência doméstica" não se restringe ao gênero da vítima, abrangendo violências contra quaisquer pessoas que coabitem o mesmo espaço físico e unidade doméstica (GIONGO, 2009, p. 31). Atinge, porém, pessoas que não pertencendo à família, vivem – parcialmente ou integralmente – no domicílio do agressor (SAFFIOTI, 2015, p. 76). A "violência familiar", por sua vez, exige laços de consanguinidade ou afinidade, abrangendo quaisquer membros, dentro ou fora da unidade doméstica (GIONGO, 2009, p. 31). Já a "violência conjugal" consiste na agressão praticada entre cônjuges, companheiros, namorados; e a "violência de gênero" é a categoria mais geral, sendo o vetor mais difundido aquele que apresenta a violência do homem contra a mulher (SAFFIOTI, 2015, p. 75).

Em relação à todos esses tipos de violência, no decorrer do tempo, quanto mais os dados subiam, demonstrando a gravidade da situação, mais se demandava proteção e uma legislação eficaz. A violência contra a mulher no âmbito conjugal gerou mais comoção, ocasionando ampla pressão popular. As pressões vinham de vários setores da sociedade, especialmente da mídia, que tomou para si a tarefa de publicizar as violências sofridas pelas mulheres por parte dos seus maridos, namorados, ex-companheiros etc. (MEDEIROS E MELLO, 2015, p. 213). Passou-se, então, a divulgar os casos extremos de violência, como o da cearence Maria da Penha Maria Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio por seu ex-marido.

Muitas constatações são feitas a partir de pesquisas quantitativas, em relação às violências domésticas e conjugais sofridas, e muito já se foi publicizado. No entanto, as mulheres continuaram e continuam sendo vítimas mais comuns nesses conflitos, restando a complexa fomenta e legitimação da necessidade de um maior rigor punitivo para os agressores. Muito se buscou no Direito Penal a intervenção necessária para cessar todos os tipos de violência, e muitas "conquistas" se obteve a partir dessa luta, no entanto, as mulheres não têm encontrado proteção e igualdade no Sistema Penal, ao contrário, nele têm encontrado reproduções das relações patriarcais e das relações de gênero.

2.2 As mulhres e o sistema penal: sobre a dupla vitimização

O funcionamento interno do Sistema Penal somente é capaz de atingir sua significação completa quando é reconduzido ao sistema social, ou seja, é um sistema que está inserido nas estruturas, podendo-se dizer que também está condicionado ao patriarcado. Nesse ínterim, o Sistema Penal contribui para reproduzir e legitimar um controle sexista, além de racista e classista, no qual o simbolismo de gênero opera na sua estrutura conceitual, a começar pela linguagem (ANDRADE, 2012, p. 140).

Andrade (2012, p. 142), nos ensina que existe uma expressão muito "cara" na nossa cultura que se chama

[1] Artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará".

machismo. Na bipolaridade de gênero, explica que o estereótipo do homem ativo e público é construído pelo direito penal como o "criminoso", e a mulher, fechada no seu espaço privado e recato, corresponde à "vítima". Assim, dá-se "aos homens poderosos, mais improdutivos, o ônus da periculosidade e da criminalização; às mulheres fragilizadas (...) o bônus (?) da vitimação" (p. 143), mas não "qualquer" mulher, apenas as que não são subversivas.

Importante ressaltar que, como não havia igualdade entre mulheres e homens, a maioria dos crimes praticados contra as mulheres não chegava ao conhecimento das autoridades, e quando chegava não resultava em solução, gerando a "cifra oculta" do crime (SUTHERLAND, 1985 apud MEDEIROS E MELLO, 2015, p. 213). Consequentemente, aparentava que não existia violência contra a mulher, o que só começou a ser alterado após a vigência da Constituição Federal do Brasil de 1988, onde houve a tentativa formal de se equiparar os direitos das mulheres ao dos homens, passando referida violência a ser tratada de forma diferente pelo sistema jurídico brasileiro (MEDEIROS E MELLO, 2015, p. 214).

Com a intenção de reformar o judiciário, no que tange a morosidade e a sobrecarga, em 1995, foi promulgada a Lei 9.099 que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, orientados pela oralidade, economia processual e informalidade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação e a transação penal. O modelo considerado como "Justiça penal consensual", introduziu medidas despenalizadoras e demonstrou ampla preocupação com a vítima, algo nunca visto antes na legislação penal brasileira (MONTENEGRO, 2015, p. 74).

Aos Juizados Especiais Criminais competia julgar as infrações penais definidas pela Lei como de menor potencial ofensivo e, de acordo com o modelo de justiça consensual, a solução dada era sempre voltada para a conciliação, transação penal ou suspensão condicional do processo. Assim, os delitos praticados contra as mulheres no contexto de violência doméstica – ameaças, crimes contra a honra e lesões corporais leves -, passaram a ser considerados crimes de menor potencial ofensivo e, portanto, julgado nos Juizados Especiais Criminais. Porém, o alarmante foi que os crimes praticados contra as mulheres corresponderam cerca de 70% dos processos julgados nesses juizados (CAMPOS e CARVALHO, 2006, p. 419), tornando-se, então, os Juizados Especiais, intermediários dos indicadores oficiais que evidenciaram os inúmeros casos de violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher, estes que eram desconhecidos, ou talvez ignorados, na sociedade brasileira (MEDEIROS e MELLO, 2015, p. 214).

Mas ao mesmo tempo em que eram vistos como benéficos às lutas das mulheres, por terem visibilizado o problema social da violência, os juizados ampliaram a esfera de controle social do Estado e pouco contribuíram para minimizar as violências domésticas sofridas (CAMPOS e CARVALHO, 2006, p. 413). Wunderlich (2004, p. 35-48) aponta alguns fundamentos para explicar o fracasso da Lei n° 9.099, que aqui se faz importante frisar: impossibilidade de atendimento individualizado de cada caso, devido ao amplo número de conflitos e burocratização judicial; o despreparo dos juízes para atuarem como conciliadores, diante da falta de capacitação; a ausência da vítima nas audiências; a ausência de assistência estatal após o conflito, entre outros.

Ao classificar os casos de violência doméstica como delitos de menor potencial ofensivo, entendeu-se que a Lei estava retirando de tais situações a gravidade tão marcante entre elas (CAMPOS, 2003, p. 162). Assim, conduziu-se à discursos de confrontação aos juizados, com argumentos de que se estaria banalizando a violência sofrida pelas mulheres, caminhando-se para o retorno do direito penal e do processo penal tradicional no que tange à administração desses conflitos (ACHUTTI, 2014, p. 164), surgindo a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

A referida Lei, com amplo caráter protecionista e assistencialista, trouxe como inovação a responsabilidade do Estado de se utilizar de medidas integradas de prevenção à violência doméstica contra as mulheres. Ainda, facilitou o acesso à Justiça, possibilitou a utilização de medidas protetivas de urgência, além de ter previsto a criação de grupos multidisciplinares de apoio às vitimas e unidades de atendimento aos agressores. No entanto, por ter recebido o nome de uma mulher específica, fez com que todas as violências domésticas praticadas contra as mulheres fossem sempre associadas à violência sofrida por Maria da Penha, mais uma vez, assim como a Lei 9.099/95, não sendo possível tratar as diferenças, singularidades e particularidades de cada caso (MEDEIROS E MELLO, 2015, p. 215-216).

Apesar da importância da Lei 11.340 e das diversas medidas de natureza extrapenal nela previstas, não há como deixar de lado o fato de que houve um retorno ao uso do direito penal para o enfrentamento das

violências domésticas contra as mulheres, reafirmando o mito de que o sistema de justiça criminal é capaz de responder, além dos simbolismos, aos conflitos sociais (ACHUTTI, 2014, p. 170). E, talvez, o que temos de mais grave, em relação à referida Lei, seria a decisão do Supremo Tribunal Federal[2], em 9 de fevereiro de 2012, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei Maria da Penha, determinando que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher serão processados mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, a autonomia da mulher foi retirada nos seus próprios processos.

Ao longo dos anos, com as propostas de solução para os conflitos domésticos, percebe-se que não houve uma mudança estrutural, justamente pela forma como as mulheres são tratadas. O Sistema Penal confere à mulher o mesmo tratamento que a sociedade lhe confere: passiva, vítima, incapacitada de decidir sobre a própria vida, necessitada de tutela especial, coitada, não sujeito, de forma que, quando a mulher recorre ao Sistema Penal, acaba sendo duplamente vitimada, mantida em "seu lugar passivo".

Quando ocorre a apropriação do conflito pela instância pública, o sistema acaba por neutralizar a vítima, de modo que elas não podem mais decidir a respeito da via adequada para resolver a situação. A Lei, então, impõe às mulheres um regresso à época em que eram ignoradas e não tinham voz no espaço público (MEDEIROS e MELLO, 2015, p. 222). Talvez seja hora de superar os obstáculos, dando novos papéis às mulheres, de forma a compreender que todos somos responsáveis pela mecânica da violência e pela sua superação; que os homens e as mulheres são sujeitos nas relações de violência (ANDRADE, 2012, p. 157); que um conflito não poderá receber uma resposta única e nem ser considerado de forma objetiva (ACHUTTI, 2014, p. 183), e isso significa dizer que é momento de problematizar a violência contra as mulheres e suas formas de resolução.

3 Pensando a justiça restaurativa

Dentro da proposta de superar os obstáculos do controle patriarcal, objetivando retirar a mulher do papel unicamente disposto como "vítima", mas sem a pretensão de negar – aqui – o direito penal ou as normas previstas na Constituição, apresenta-se a Justiça Restaurativa. Tendo em vista que tanto a Lei 9.099/95, quanto a Lei 11.340/2006, foram ineficazes para combater estruturalmente as violências domésticas, especialmente porque suprimiram a visão das mulheres sobre os conflitos e não trataram os casos como problemas sociais que são: singulares e únicos.

Primeiramente, cumpre-se falar que não há um consenso acerca da definição da Justiça Restaurativa, sendo um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver na prática. No entanto, há um relativo consenso a partir do conceito de Tony Marshall: "justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma especifica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro" (MARSHALL, 1996 apud ACHUTTI, 2014, p. 63). Importante frisar que para que as práticas restaurativas sejam efetivas no contexto em que são inseridas, é essencial que se extinga das relações sociais o hábito de punir, pois, como já mencionado, não é sobre violação da norma, mas é sobre a relevância da abertura de espaços públicos que sejam capazes de suprir déficits de comunicação que são alimentados diariamente pela linguagem (COSTA, AQUINO e PORTO, 2011, p. 62).

Os valores restaurativos são divididos em: a) *não dominação* – as práticas restaurativas devem ser estruturadas para minimizar as desigualdades de poder; b) *empoderamento* – as partes devem atuar de forma livre e não devem ser impedidas de expressar o que realmente desejam, e a maneira pela qual acreditam que os danos podem ser reparados; c) *respeito aos limites* – as decisões das partes não podem causar degradação ou humilhação, ou ultrapassar os limites legais estabelecidos como sanção; d) *escuta respeitosa* - as partes devem escutar respeitosamente as falas dos outros, de forma a não exercer nenhuma espécie de dominação; e) *igualdade de preocupação pelos participantes* – o acordo deve ser fruto de um procedimento igualitário, sendo considerados todos os pontos apresentados pelas partes; f) *responsabilidade e possibilidade de recorrer ao sistema de justiça tradicional* – direito das partes de submeter o acordo restaurativo à análise de um Tribunal, ou de optar por um julgamento no sistema tradicional de justiça em vez da justiça restaurativa; g) *respeito aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder* (BRAITHWAIT, 2002 apud ACHUTTI, 2014, p. 68-69).

[2] Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143.

Ainda, nos ensina Achutti (2014, p. 69-82) que os possíveis objetivos da Justiça Restaurativa são a reparação dos danos materiais, a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção de novos delitos, entre outros. E, as práticas mais conhecidas atualmente são: Apoio à Vítima, Mediação Vítima-Ofensor, Conferência Restaurativa, Círculos de Sentença e Cura, Comitês de Paz, Conselhos de Cidadania e Serviço Comunitário, podendo ser aplicadas nas fases de *pré-acusação* (encaminhado pela polícia ou pelo Ministério Público), *pós-acusação* (antes do oferecimento de denúncia, a ser encaminhada pelo Ministério Público), *judicial* (a qualquer momento, com encaminhamento pelo juiz) e *pós-judicial* (quando da execução da pena privativa de liberdade, como complemento ou como alternativa à prisão).

A Justiça Restaurativa está na pretensão de atribuir aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito - os recursos suficientes para enfrentar o conflito. E, no que se refere às situações de violência doméstica, não é mais possível pretender saber melhor do que a mulher o que é bom para ela, portanto, se faz necessário despertar a competência particular, adormecida pelo paternalismo das instituições (ACHUTTI, 2014, p. 87).

Tal modelo de justiça torna-se uma alternativa pacificadora para que se resolvam os conflitos, podendo ser empregada em inúmeras situações, como na resolução dos conflitos domésticos. A proposta não é o restabelecimento do vínculo conjugal, mas a busca por alternativas que podem ser altamente eficientes, de acordo com a particularidade de cada caso. Sendo, através do diálogo, uma possibilidade de restaurar as marcas deixadas pela violência (COSTA, AQUINO e PORTO, 2011, p. 63), sem desconsiderar que as partes eram pessoas próximas, que compartilhavam afetividades. Contudo, a temática está inserida em um contexto de ampla divergência, merecendo atenção especial, não só no que tange os argumentos jurídicos, mas, principalmente, no que se refere aos interesses das mulheres vítimas.

3.1 As incertezas acerca da aplicação de práticas restaurativas

Quando mais houver desconhecimento acerca da justiça restaurativa, maiores serão as críticas e os medos em relação à sua aplicação. No entanto, não se pode ignorar a preocupação com os inconvenientes que podem surgir, devendo-se levar em conta qualquer ponto que limite a garantia da segurança e a erradicação da violência contra a mulher (LARRAURI, 2008, p. 226).

De fato ainda há certo receio acerca da mediação, pois entende-se que haveria a possibilidade da ocorrência de novas agressões, podendo a técnica não ser suficientemente intimidatória ou corretiva, gerando o risco de aproximação entre as partes - vítima e agressor (VALVERDE, 2008, p. 59). Outro argumento desfavorável é que a mulher ocupa posição de vulnerabilidade no marco das negociações, assim pode ocorrer uma vitimização secundária, em face do convívio com seu (ex)cônjuge, podendo, inclusive, traumatizar a vítima (GIONGO, 2011, p. 182). Autores entendem que a mediação deve ser evitada nos casos de violência doméstica, quando da presença de episódios violentos que comprometeram o equilíbrio de poder entre vítima e agressor, pois já interferiram na capacidade de uma das partes representar seus interesses (SOARES, 1999 apud GIONGO, 2011, p. 185).

Grandes grupos feministas se opõem à aplicação da justiça restaurativa no que tange os conflitos domésticos, por consideraram a possibilidade de redução da gravidade dos fatos. Argumenta-se que reconhecer os métodos alternativos de mediação significa dizer que a violência é negociável, no entanto, o ato violento não poderia ser tolerado pela vítima, tampouco pela sociedade (GIONGO, 2011, p. 187). Larrauri (2008, p. 226) destaca que, na maioria dos acordos, a reparação da vítima se dá mediante pedido de desculpas, reparação econômica ou simbólica, o que contribui para que a justiça restaurativa seja enxergada como branda, ou seja, menos punitiva.

Entende-se que em um simples encontro não é possível interromper ciclos de agressão e violências, tampouco modificar o comportamento do agressor (GIONGO, 2011, p. 188). No entanto, a mediação proposta por essa justiça alternativa é apenas uma forma de introduzir um processo de transformação que apenas se dará em longo prazo. A justiça restaurativa que aqui se propõe é uma etapa inicial de transmutação das relações violentas, considerando os reais desejos e necessidades da vítima, priorizando seu empoderamento enquanto mulher, sua proteção e fortalecimento de sua participação em espaços públicos de poder.

3.2 Possibilidades de aplicação da justiça restaurativa

Não são poucas as mulheres que apresentam dificuldade em denunciar seu agressor, sendo essa dificuldade marcada pelo fato de que estes, em regra, são seus companheiros, por quem elas ainda nutrem sentimento, porque são pais dos seus filhos e/ou porque, em grande maioria, são os que sustentam o lar. Imediatamente, a legislação penal vigente acaba dificultando o sucesso do processo de solução dos conflitos domésticos que envolvem violências contra a mulher, posto que não considera essas particularidades marcantes das relações conjugais. Contexto para problematizar se o direito penal consegue realmente solucionar os problemas que se propõe - erradicando a violência contra as mulheres, vítimas de violência doméstica, conjugal e familiar -, tendo em vista que, em grande parte, elas não desejam a persecução penal de seus agressores, apenas buscam um meio de cessar as violências sofridas (MEDEIROS e MELLO, 2015, p. 232).

Os conflitos domésticos já geram consequências devastadoras às mulheres vítimas de violência, resultados que são negativos não só para elas, mas para todo o núcleo familiar, sendo que não é cabível uma (re)vitimização feminina dentro dos procedimentos penais. Até porque a violência, acima de tudo, é um problema social bem demarcado pelo patriarcado e pelo machismo, devendo o rompimento desse ciclo se dar mediante processos emancipatórios, a fim de se resgatar a paz dos envolvidos e trazer, precisamente, a mulher para o espaço público de disputa de poder.

Responsavelmente, urge analisar os pontos favoráveis à aplicação da justiça restaurativa aos casos de violência doméstica, familiar e conjugal, contra a mulher, pensando em possibilidades de ser atendido o interesse da vítima dentro desse sistema de mediação e conciliação, considerado emancipador. Costa, Aquino e Porto (2011, p. 60-64) destacam a necessidade de se recorrer a mecanismos modernos capazes de efetivarem os direitos fundamentais das vítimas, tornando-as sujeitos dos processos de resolução de conflitos. Ainda, consideram que os espaços são constituídos por pessoas que possuem relações interativas, ricas em significados e significantes, motivo pelo qual o diálogo se torna essencial, e a justiça restaurativa se torna uma importante alternativa.

Nesse contexto, a abordagem restaurativa prioriza a pacificação dos conflitos, onde se constata que a voz da mulher vítima foi silenciada pela dor, e seus direitos foram retirados ou violados por ato violento, razão pela qual tal justiça toma para si o desafio de articular estratégias de diálogo, visando o restabelecimento da mulher como ser ativo, com voz e percepções (COSTA, AQUINO e PORTO, 2011, p. 62). A aplicação da mediação penal aos casos de violência doméstica pode ser extremamente útil aos delitos de natureza relacional, pois demonstra capacidade de reivindicar ou recuperar socialmente a mulher vítima, ao permitir que ela se expresse livremente dentro do campo do diálogo (GIONGO, 2009, p. 98).

Giongo (2009, p. 98) salienta que a aplicação deste procedimento aos casos de violência doméstica apresenta maiores probabilidades de obter-se resultados justos. A reflexão baseada na empatia, resultando em respostas mais flexíveis, possíveis e construtivas, considera aspectos que a aplicação das regras jurídicas, através do juízo tradicional, não releva. Não raramente, a vítima, mesmo após a representação, continua mantendo convívio com o agressor, por inúmeros motivos que vão desde ao afeto mantido, à guarda compartilhada dos filhos, assim, o sistema não pode simplesmente impor sua lógica sobre os conflitos relacionais, necessita-se atenção às necessidades reais dos envolvidos, garantindo o encaminhamento à resoluções pacificadoras que permitam a segurança e a autonomia da mulher.

Profissionais que trabalham com mediação nos casos de violência doméstica se manifestam no sentido de que as dinâmicas emocionais, propostas durante os encontros, podem auxiliar o agressor no que diz respeito ao reconhecimento de sua responsabilidade. Valverde (2008, p. 29) evidencia que as pessoas mais próximas do agressor, quando desaprovam a conduta praticada, são capazes de possibilitar a consciência do dano causado. De forma que, quando o infrator escuta a exposição da vítima, bem como o da comunidade que o cerca, há a possibilidade de maior comoção, onde se reinterpreta o ocorrido, a fim de iniciar o processo de tomada de consciência do sofrimento que causou ilegalmente, considerando que a justiça restaurativa se constitui em um processo, e não em um único encontro (LARRAURI, 2008, p. 235).

Pesquisas americanas, canadenses e europeias demonstraram que tanto as mulheres vítimas quando os agressores, que viveram as experiências dos processos de mediação, mostraram-se mais satisfeitos com a

justiça restaurativa do que com o sistema penal tradicional, verificando-se que as mulheres que abertamente dialogaram com os ofensores temeram menos a revitimização e o recebimento da reparação (SCHIFF, 2006 apud PALLAMOLLA, 2009, p. 80). Levando em conta, ainda, as mais variadas vantagens, tais como:

> (...) o menor custo econômico, comparado aos gastos do funcionamento de uma prisão; a constatação de resultados positivos com respeito à vitima, ao delinquente e à comunidade, relacionados à maior flexibilidade do processo e de intervenção das partes, destacando estudos de campo o alto nível de satisfação por parte das vítimas e do autor do delito com a mediação, e em geral, com a administração pública; a possibilidade de tratamento igualitário do autor, sendo ouvido pela vítima (CARRASCO ADRIANO, 1999 apud GIONGO, 2009, p. 104).

O modelo de restauração da justiça possibilita a reinserção da cidadania e da dignidade humana, calada pelo ciclo da violência, pelas desigualdades de gênero e pela dominação masculina. Ver tal alternativa como possibilidade é permitir alterações essenciais no comportamento social, transformando-se a prática da justiça e trazendo mudanças estruturais para as relações interpessoais (Costa, Aquino e Porto, 2011, p. 64). Contudo, para minimizar as chances de uma implementação malsucedida, a estruturação da justiça restaurativa deve se dar a partir das seguintes características, segundo Achutti (2014, p. 251): a) *regulamentação legal do sistema*; b) *autonomia dos núcleos ou serviços de justiça restaurativa* – instituídos sob uma nova linguagem; c) *percepção da singularidade de cada caso*; d) *participação ativa das partes* – tanto na decisão sobre o encaminhamento dos casos quanto na resolução dos conflitos, na condição de principais interessados; e) *refutação de estereótipos* – evitando os efeitos da revitimização e da estigmatização; f) *presença obrigatória de profissionais metajurídicos* na condução dos procedimentos, a fim de agregar benefícios interdisciplinares; g) *atenção à busca da satisfação das necessidades das partes*; h) *necessária ligação com a justiça criminal tradicional*, para que possa ser capaz de provocar a redução do uso deste sistema e não ser relegada a mero apêndice do controle penal.

A mediação deve ser um processo de fortalecimento, dissolvendo o desequilíbrio social. A mulher vítima deve ser colocada em papel capaz de exercer sua força pessoal, e atitudes internas e externas, para lidar com o outro e defender seus interesses, sendo imprescindível que sua participação seja voluntária (GIONGO, 2009, p. 112). É importante, portanto, que se reconheça novas estratégias para o enfrentamento da violência doméstica, conjugal e familiar praticada contra a mulher, rompendo com velhos paradigmas e abrindo espaço para novas justiças que sejam verdadeiras aliadas das mulheres vítimas, de forma a ultrapassar as barreiras da seletividade, do controle patriarcal e paternalista das instituições. Permitir-se viver novas experiências jurídicas pode configurar o caminho para micro e macrotransformações, com mudanças estruturais nas relações de gênero, onde não mais se legitimem – como nos ensina Vera Regina Pereira de Andrade – "desigualdades inferiorizadoras" nem "igualdades descaracterizadoras".

4 Considerações finais

O controle feminino no patriarcado legitimou inúmeras violências contra as mulheres, estas que se perpetuam até os dias atuais, em inúmeros desdobramentos. Tais violências não atingem apenas a dignidade da mulher, mas representam afronta aos direitos historicamente conquistados, mediante muita luta protagonizada por mulheres que desejavam romper com todos os tipos de opressão que caracterizam os papéis socialmente impostos. Apesar das conquistas atingidas até aqui, muito ainda tem-se que caminhar em relação ao combate à violência em todas as suas formas, sendo no presente trabalho analisadas aquelas cometidas dentro dos lares, no interior das vidas privadas.

De fato as violências domésticas, conjugais e familiares, devem ser combatidas, e seria irresponsabilidade não reconhecer o grande avanço no que se refere à inserção da temática no ordenamento jurídico– como as experiências da Lei 9.099/95 e da Lei 11.340/2006, onde se tornou visível os atos violentos cometidos contra as mulheres em âmbito doméstico, e garantiu determinados mecanismos de prevenção e combate às violências sofridas. No entanto, também não é sensato fechar os olhos para o controle realizado pelo sistema de justiça criminal, de forma que a revitimização feminina não pode ser endossada, devendo ser reconhecido o patriarcado como matriz histórica do sistema penal.

Ainda é notório que as mulheres que sofrem violências domésticas são tidas unicamente como vítimas, incapazes de decidir sobre o próprio conflito e necessitadas de tutela especial. Foi tirada a autonomia das

mulheres quando o sistema penal tomou para si o conflito, reforçando as práticas sociais de silenciamento feminino, e desconsiderando que as vítimas são sujeitos, com uma história, com desejos, com direito de fala e expressões. A justiça restaurativa surge, então, como um meio de resolução de conflito que leva em consideração as partes, se colocando como processo de empoderamento e de não dominação.

É importante a abertura para novas experiências jurídicas que podem ser capazes de romper com o ciclo da violência, e garantir alterações estruturais nas relações de gênero, produzindo mudanças fundamentais que colaborem para a cultura de paz na sociedade. Ao apresentarmos a justiça restaurativa como alternativa para resolução de conflitos que envolvam a violência doméstica contra a mulher, nos propormos a também enfrentar os desafios das estratégias baseadas em diálogos, levando em consideração as incertezas da aplicação da referida justiça, mas avaliando com responsabilidade as possibilidades capazes de trazer a mulher para os lugares públicos de disputa de poder.

A presente análise busca, então, contribuir para a configuração de um novo paradigma, alternativo e descriminalizante, que acima de tudo busca retirar as mulheres do papel único de vitima – a fim de evitar a revitimização pelas práticas do sistema penal -, concedendo à elas voz, recolocando em papéis de sujeitos. Construir sociedades mais justas, solidárias, livre do patriarcado e do paternalismo das instituições, condiz em romper com antigas estruturas e se permitir viver novas experiências jurídicas, com amplo esforço para não serem malsucedidas e sem medo de se reinventar. A ideia da mediação e da restauração ultrapassa o campo dos desejos punitivo, e chega às possibilidades de permitir que as mulheres se enxerguem como sujeitos da própria história, da própria vida, garantindo o processo de emancipação e a real mudança dos agressores. Contra todo o tipo de violência, por igualdade nos espaços públicos de poder e por ampliação de possibilidades, aqui nos colocamos, esse é o nosso lugar.

Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina,1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. Lei n° 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico**. Estudos Feministas, v. 11, nº 1, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol. 14, n° 2, p. 409-422, mai./ago., 2006.

CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.

CONVENÇÃO Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – "Convenção de Belém do Pará". 06 Junho 1994. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em 16 mai. 2017.

COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** São Paulo: Global, 1984.

GIONGO, R.C.P. **Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal**. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal. In: In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2008.

MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a "renúncia" e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica.** 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PALLAMOLLA, Raffaela da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria** à **pratica**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, (Monografias, 52).

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência.** 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

VALVERDE, Patrícia Esquinas. **Mediación entre victima y agressor em la violência de género: una oportunidade o um desatino?** Universidade de Granada: Valência, 2008.

WAISELFISZ, J. J. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Flacso Brasil. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei 9.099. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

A CONTRIBUIÇÃO DOS MODELOS DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMPREENDER OS DELINEAMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL HOJE

Carolyna de Lima Todente

Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

carolynatodente@gmail.com

Resumo: Este artigo tem por objetivo promover a análise das últimas políticas públicas de Justiça Restaurativa do país a partir do diálogo entre o campo do direito e o campo de públicas. Para tanto, tratamos de início do conceito de Justiça Restaurativa, a fim de compreender quais são os caminhos possíveis de construção de uma política pública restaurativa e quais são as suas possibilidades de alcance. Em um segundo momento, a partir da extração de dados da Plataforma Sucupira, apresenta-se levantamento das produções acadêmicas que tratam de justiça restaurativa e que utilizam o olhar do campo das políticas públicas para analisa-la. Por fim, a partir dos enunciados das principais correntes e literaturas do campo de públicas, propõme-se modos de analisar as políticas públicas restaurativas.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Políticas Públicas. Interdisciplinariedade.

1 Introdução

1. Datam de 2002 as primeiras iniciativas restaurativas no país, junto às varas judiciais (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, s/d). Nesse mesmo ano o Conselho Econômico e Social da ONU (2002) editou a Resolução 2002/12, que trouxe princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Logo após, em 2005, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, em parceria com o Pnud subsidiou três projetos-piloto em três cidades do Brasil: Porto Alegre, Brasília e São Caetano (LEÃO, 2016).

2. Novos delineamentos vão surgindo. O que antes era fruto de iniciativas isoladas, na última década, passa a fazer parte dos grandes debates das comunidades epistêmicas do campo do direito. Acadêmicos, especialistas, operadores do direito e gestores voltam seu olhar para as práticas restaurativas.

3. Na última década, tem-se percebido pelo Poder Judiciário brasileiro esforços na institucionalização de métodos autocompositivos dentro dos procedimentos judiciais. Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (2010) editou a Resolução nº 125, que ao dispor sobre a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, estabeleceu como ferramenta a oferta de mecanismos consensuais de solução de conflitos. A partir daí, mecanismos como mediação e conciliação entraram na pauta das discussões jurídicas, sendo absorvidas pela justiça tradicional, como pode se ver da redação da Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015a), que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e do Novo Código de Processo Civil, no sentido de se prever sua possibilidade em determinados procedimentos judiciais e da criação obrigatória dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – pelos tribunais (BRASIL, 2015b).

4. No entanto, somente no ano de 2016 é que o CNJ voltou sua atenção à regulamentação institucional da Justiça Restaurativa, caminhando no sentido de contemplar os objetivos da Resolução 2002/12

da Organização das Nações Unidas (2002), que estabeleceu princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Assim, a Resolução nº 225 (CNJ, 2016) estabelece diretrizes à implementação de práticas de justiça restaurativa no que diz respeito a conflitos que envolvam violência de menor potencial ofensivo, tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial. As práticas restaurativas passam a ser prioritárias frente a outras medidas aplicáveis. A Resolução refere que as diretrizes e normas dos programas devem versar sobre: a) as condições para o envio de casos aos programas; b) a gestão do caso depois do processo restaurativo; c) a administração dos programas de justiça restaurativa; d) normas de competência e éticas que conduzam o funcionamento dos programas (PALLAMOLLA, 2009).

5. A Resolução 225 do CNJ firma uma nova temporalidade das experiências em Justiça Restaurativa. Anteriormente, as experiências ocorriam isoladamente, eram suscetíveis à vigência e recursos de projetos e também à voluntariedade dos atores. O surgimento, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, do Protocolo passa a regular essas ações, orientando-as, institucionalizando essas experiências e fazendo um corte do que é ou não Justiça Restaurativa. É um marco de responsabilização do Estado. Tanto é que, a partir dela, governos estaduais passaram a fomentar e regulamentar a criação de políticas públicas locais, como se pode ver do pioneiro Protocolo de Cooperação para uma Política de Estado de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz no Rio Grande do Sul (Convênio 007/2016-DEC-TJRS), e das cidades de Vila Velha (ES), Garibaldi (RS), Barueri (SP), Bento Gonçalves (SP), Campo Grande (MS), Londrina (PR), Passo Fundo (RS), Petrópolis (RS), Ponta Grossa (PR) e Santos (SP)[1].

2 Afinal, o que é justiça restaurativa?

Há na literatura que trata sobre a teoria restaurativa uma larga discussão conceitual do que é justiça restaurativa, provindo daí uma gama de conceitos, definições e interpretações pelos autores. De fato, se levarmos em conta tudo a que ela se propõe, o termo *Justiça Restaurativa* parece não se demonstrar claro. Qual a amplitude do termo *justiça?* Compreende somente o que é relacionado ao Poder Judiciário? Ao sistema de justiça? Ou a tudo aquilo capaz de promover justiça, em um sentido amplo e abstrato da palavra? E quanto à palavra *restaurativo.* Restaurar o que exatamente?

Para alguns autores (PALAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2014) estaríamos diante de um conceito aberto, ou ainda de um conjunto de práticas em busca de uma teoria (SICA, 2007). Para Pallamolla (2009), as mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingiriam os objetivos deste modelo. Para Souza (2011), a dificuldade de conceituá-la pode ser vista justamente como o seu trunfo, refletindo a adaptabilidade de suas práticas, não havendo um modo mais ou menos correto.

Como ponto de partida, apresenta-se a definição dada pela Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com a Resolução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), entende-se por Justiça Restaurativa o conjunto de princípios, métodos e atividades que visam à conscientização dos fatores relacionais, institucionais e sociais que motivam os conflitos e a violência, buscando-se, a partir do paradigma não punitivo, solucioná-los ou preveni-los.

Pode ser entendida, então, além de um paradigma, como um conjunto de ferramentas, estratégias, tecnologias que promovem a solução pacífica de conflitos e o desenvolvimento de sistemas de justiça alternativos. Nesse sentido, critica o sistema judicial tradicional, que se pauta pelo autoritarismo, a coercibilidade e a punibilidade, sem que haja necessariamente uma reparação efetiva, uma satisfação dos envolvidos. Esses elementos refletem uma estrutura de poder e de controle que coloca muitos em uma posição de submissão às pessoas que demandam ou necessitam de uma providência do sistema de justiça. O sistema judicial tradicional, assim,

> se organiza e implementa suas práticas de forma a refletir e reafirmar os valores e "visões de mundo" relacionados a representações holistas e hierarquizadas da sociedade, orientando-se para a manutenção da ordem e a repressão dos conflitos, diferentemente do que faz a justiça restaurativa,

[1] Informações atualizadas até abril de 2018.

> que veicularia representações igualitárias acerca da sociedade, colocando o conflito como uma oportunidade para a construção de (nova) ordem social. (SOUZA & AZEVEDO, 2013, p. 17)

Nesse sentido, Brancher (2007) afirma que é um novo *modelo* de justiça que assume as relações prejudicadas por situações de violência como preocupação central e que se orienta pelas consequências e danos causados e não pela definição de culpados e punições. Tonche (2015) a define como um tipo alternativo de administração de conflitos e explica que muitos defensores do modelo dizem que não se trata apenas disso, mas sim de uma proposta efetiva de mudança de paradigma da sociedade. Nesse sentido, Braithwaite (2006) aponta que a ela não é uma atividade moralmente neutra como outros mecanismos de resolução pacífica de conflitos e tem como objetivo fazer justiça e se posicionar contrário ao sistema punitivista, autoritário e impessoal.

Em relação à Justiça Restaurativa ser contrária ao sistema de justiça tradicional, podemos dizer que, em um sentido amplo, há duas correntes: uma afirma que ela é um paradigma de ruptura do sistema judicial tradicional (SCHUCH, 2008); outros a compreendem como paralela ao sistema de justiça tradicional e sem pretensão de aboli-lo (ZEHR, 2012; LEÃO, 2016).

Para Zehr (2012), não lhe está claro que a Justiça Restaurativa deva substituir o sistema tradicional de justiça, tampouco as legislações que o compõe. Ela pode ser complementar à justiça retributiva (atual modelo de justiça no Brasil): a justiça restaurativa estaria relacionada à dimensão pessoal e a retributiva à dimensão pública de justiça. Leão (2016) explica que a influência do abolicionismo na formulação das primeiras teorias de Justiça Restaurativa não implica em defender a abolição do sistema de justiça tradicional.

Pallamolla (2009) define a Justiça Restaurativa em três momentos: encontro, reparação e transformação. No encontro, envolvidos em uma situação conflitiva (vítima, ofensor e comunidade) encontram-se em um ambiente longe da formalidade, da burocracia, da linguagem tecnicista e da autoridade oficial, onde cabe a eles decidir como o conflito será resolvido e qual será a reparação. Desloca-se o poder decisório da Justiça - representada pela figura de autoridades oficiais como, por exemplo, juiz, promotor, policial - e transfere-o aos reais envolvidos no conflito (vítima, ofensor, comunidade). Isso "*r*eforça a compreensão do crime como um assunto local que diz respeito a pessoas determinadas, cuja resposta deve ser dada por elas" em contraposição a uma visão baseada em "cominações genéricas tornadas específicas por um Estado distante do conflito" (SOUZA & AZEVEDO, 2013, p. 8).

No momento da reparação, o objetivo é o reparo do dano causado, ou a resolutividade do conflito, de forma satisfatória às partes envolvidas. Aqui incide a noção de responsabilidade, que na visão restaurativa é atribuição tanto da vítima, quanto do ofensor e da comunidade (VAES, 2002). Assim, vítima teria a responsabilidade de aceitar a reparação do ofensor, tal qual acordado entre eles. O ofensor, por sua vez, teria a responsabilidade de assumir seus atos e propor maneiras de reparação. A comunidade, por fim, acolheria vítima e ofensor, compreendendo as razões que deram origem ao conflito (ZEHR, 2008), sejam elas culturais ou socioeconômicas.

Em relação à transformação, fala-se na mudança do relacionamento entre os envolvidos, a comunidade e a sociedade. Ainda que para alguns autores esse não seja o fim da justiça restaurativa, outros entendem que a finalidade é transformar injustiças sociais e econômicas que deram origem ao conflito (PRANIS, 2010).

Para Zehr (2012), a Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico. Admite-se uma pluralidade, com desenhos e propostas diferentes. O que lhes une e identifica como programas e projetos restaurativos é a conformidade com os princípios restaurativos. Não há, de fato, como se falar em uma singular definição conceitual, pois a expansão e apropriação "depende muito dos contextos nacionais e suas tradições jurídicas, e o relacionamento entre essas tradições com organizações e entidades de âmbito transnacional, envolvidas na sua difusão e disseminação" (SCHUCH, 2008, p. 502). Além disso, "uma atenção aos modos e práticas de sua efetivação, assim como para os seus agentes implementadores, conduz a percepção de grandes diferenças entre suas formas de institucionalização, significados e efeitos." (SCHUCH, 2008, p. 502).

Considerando o contexto histórico e socioeconômico, há países que voltam seu olhar, por exemplo, para o campo judicial, e outros para o campo educacional. Dentro do Brasil também se percebe essa heterogeneidade no campo de implementação e disseminação:

> Tais aspectos apontam para um elemento fundamental: em suas apropriações e usos cotidianos, a diversidade de agentes e agências envolvidos com essa nova forma de fazer justiça no Brasil – professores, advogados, representantes de ONGs, agentes de execução das medidas socioeducativas, líderes comunitários etc. – acabam construindo práticas e significados distintos para a justiça restaurativa, que são, desta forma, dinâmicos no sentido de serem vias de passagem para mobilizações diversas, não restritas aos procedimentos restaurativos. Por outro lado, dão legitimidade ao próprio projeto da justiça restaurativa, uma vez que representam a comunidade, elemento fundamental no ideário dessa nova forma de resolução de conflitos. (SCHUCH, 2008, p. 517)

Schuch (2008) realiza uma diferenciação entre a matriz de valores de justificação da Justiça Restaurativa no Brasil em comparação com as de outros países. No Brasil, os discursos majoritários seriam no sentido de promoção de cultura de paz, autogestão de conflitos e de modernização da justiça. Fala-se de contribuir para a solução mais rápida e satisfatória de conflitos, promovendo a economia de recursos da máquina estatal. O desenvolvimento da racionalidade restaurativa relacionar-se-ia à constituição de sujeitos de direito e novas habilidades para a cidadania: mais do que uma simples transformação de princípios e procedimentos legais, tratar-se-ia de investir na promoção de dadas práticas de governo que trabalhem com o ideário de responsabilização e autonomia individual dos cidadãos.

Dentre as atividades que compõe iniciativas de implementação de Justiça Restaurativa nos países, podem ser citadas: resolução de conflitos contemplados pelo sistema judicial, palestras, simpósios, formação de servidores públicos para atendimento e identificação de situações em que a Justiça Restaurativa possa ser aplicada dentro das atividades institucionais, formação de facilitadores de justiça restaurativa, capacitação de lideranças comunitárias, sensibilização da sociedade, criação de central de práticas restaurativas e núcleos de atendimento, fórum de pesquisadores, produção normativa em âmbito administrativo e legislativo. Nesse sentido, Souza (2011) salienta a importância de um estudo prévio para que se conheçam as particularidades, as necessidades do local alvo de uma iniciativa de Justiça Restaurativa.

Ainda que por um lado a indefinição do conceito proporcione que as iniciativas de Justiça Restaurativa se adaptem ao contexto em que se inserem, alguns autores (PALLAMOLLA, 2009; ZEHR, 2012) alertam para o risco de que práticas que desrespeitam princípios e diretrizes do modelo sejam compreendidas como restaurativas. Além disso, Pallamolla (2009) explica que a indefinição conceitual dificulta a avaliação dos programas, já que muitas vezes não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles. Há que se ter um cuidado conceitual, pois como aponta Tonche (2015), as definições do modelo moldam posteriores práticas.

Importante também falar sobre a preocupação dos autores sobre a regulação e a própria absorção da Justiça Restaurativa pelas instituições tradicionais (SOUZA, 2008; ZEHR, 2012; PALLAMOLLA, 2009). Levando-se em conta que uma das suas vertentes mais radicais a defende como alternativa ao modelo de justiça tradicional, regular valores e fundamentos restaurativos por meio de normas seria incorrer no erro de uma absorção, pelo aparato normativo estatal, da Justiça Restaurativa. Daí, talvez, as iniciativas restaurativas poderiam servir mais a manter o *status quo* de um sistema de justiça tradicional, do que a efetivamente promover mudanças, desenhando-se um cenário semelhante ao que ocorreu com outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

> Existe uma tensão entre uma perspectiva de excesso de regulação e um horizonte de regulação nenhuma. No primeiro, o excesso asfixiaria as possibilidades de desenvolvimento da justiça restaurativa, limitando demais as respostas que esta poderia dar à complexidade do crime e dos demais conflitos, tal qual a justiça criminal tradicional, e que poderia ainda veicular concepções hegemônicas em um discurso que busca fundamentar-se em práticas não hegemônicas. Na ausência de regulação, toda e qualquer prática que se denomine restaurativa poderia tomar para si a identidade do movimento, o qual poderia ser associado a atitudes que em nada se relacionariam com suas propostas. (SOUZA, 2011, p. 479-480)

No Brasil, atualmente as iniciativas institucionais de Justiça Restaurativa, então, convivem com a estrutura tradicional das organizações e alimentam-se dessa estrutura. Em outras palavras, o movimento que é feito e que se deseja pelas instituições públicas é o de inserir dentro de suas estruturas tradicionais espaços em que se possa abrir mão do rigor procedimental, das convicções e valores.

3 O que dizem as pesquisas acadêmicas

O sistema tradicional de Justiça - imbuído em burocratização, falta de acesso, desigualdade de tratamento, insatisfação das partes e irresolução do conflito -, o reconhecimento da importância da Justiça Restaurativa, a crescente produção normativa e a sua inclusão na agenda atual de políticas públicas de justiça são fatores que evidenciam a necessidade de pesquisas acadêmicas que ofertem soluções para o cenário apresentado.

De fato, a Justiça Restaurativa tem sido objeto de estudos acadêmicos cada vez mais. A fim de compreender a quantidade de trabalhos que abordam o assunto e a que ramos do conhecimento/temáticas as pesquisas se propõe, foi realizado no Catálogo de Teses e Dissertações da Capes (Plataforma Sucupira) (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2018), o levantamento das teses e dissertações de mestrado profissional, mestrado e doutorado no Brasil nos últimos cinco anos (2013-2018). Realizada a pesquisa, constatou-se que nos últimos cinco anos foram registrados no Catálogo 126 trabalhos acadêmicos.

Tabela 2 – Produções Acadêmicas em Justiça Restaurativa no período 2013-2017

Produção Acadêmica em Justiça Restaurativa			
Ano	Mestrado Profissional	Mestrado	Doutorado
2013	1	23	4
2014	4	20	7
2015	2	15	6
2016	5	25	10
2017	0	4	0
Total	12	87	27
Total Geral	126		

Fonte: Catálogo de Teses e Dissertações da Capes (Plataforma Sucupira)

Na tabela a seguir, apresenta-se a categorização realizada dos trabalhos encontrados:

Tabela 3 – Produções Acadêmicas em Justiça Restaurativa por assunto

Produções Acadêmicas por Assunto	
Direito Penal	34
Psicologia	16
Infância e Juventude	13
Educação	11
Direitos de Gênero	10
Implementação de Políticas Públicas	9
Direito Ambiental	6
Direito do Trabalho	4
Direito de Família	4
Acesso à Justiça	4
Direito Constitucional	3
Análise do Discurso	3
Sociologia	1
Serviço Social	1
Linguística	1
Direitos do Idoso	1
Direito Tributário	1
Direito Internacional	1
Direito Administrativo	1

Ciências da Religião	1
Arbitragem	1

Fonte: Elaboração própria

A grande maioria dos trabalhos promove uma discussão conceitual da Justiça Restaurativa, estabelece comparações com o sistema atual de justiça ou realiza a análise *lato sensu* de diferentes metodologias de aplicação de Justiça Restaurativa.

Embora muitos trabalhos citem legislações e projetos de Justiça Restaurativa, apenas nove têm como um dos objetivos a análise de legislações e/ou iniciativas do Poder Público, a partir da perspectiva da implementação e gestão da política pública. É importante fazer uma ressalva de que o levantamento não reflete todas as produções acadêmicas em Justiça Restaurativa do país, mas sim somente aquelas cadastradas na Plataforma Sucupira. De fato, as produções mais recentes podem ainda não ter sido cadastradas na plataforma, em razão dos trâmites burocráticos. No entanto, os dados obtidos já permitem ver que o número de pesquisas sobre análise da Justiça Restaurativa como política pública pode ser considerado de pouca expressividade e mais ainda se atentarmos para o fato de que das nove produções, apenas três pesquisas foram realizadas por alunos de programas de pós-graduação em Políticas Públicas. Esse dado expressa a provável deficiência, nas produções acadêmicas brasileiras, de pesquisas que se utilizam da literatura e dos modelos de análise próprios das Políticas Públicas para falar de Justiça Restaurativa.

As produções da área do Direito detém-se principalmente à análise de legislações, seja descrevendo-as, seja realizando comparações legislativas, seja identificando institutos jurídicos e estabelecendo relações entre eles. Decorrente do formalismo, a política pública é vista como uma sucessão de atos administrativos e não como algo articulado e dinâmico, não linear e dependente de múltiplas interações (BUCCI, 2002). O trabalho jurídico de análise de uma política limita-se a uma visão maniqueísta, na qual se verifica somente o que está certo ou errado, o que pode ou não pode (COUTINHO, 2013), em uma tentativa de enquadramento em categorias próprias do Direito, sem que se proceda a uma análise além da sistematização.

Considerando também o lapso temporal recente em que as Políticas Públicas são reconhecidas como singular campo do saber, o que se pretende com essa pesquisa é que a política pública seja objeto fim da investigação e não meio. Ainda que as políticas públicas de Justiça Restaurativa relacionem-se intrinsicamente ao campo do direito, o levantamento realizado desvela a necessidade de pesquisas que estabeleçam o diálogo entre o campo jurídico e outras áreas do conhecimento. Esse diálogo se torna especialmente quando falamos em analisar uma política pública, tendo em vista que outros campos do saber possuem modelos teóricos capazes de enriquecer as análises jurídicas e o trabalho dos atores envolvidos com a implementação da política.

4 Diálogos com o campo das políticas públicas

O processo de elaboração de uma política pública pode ser entendido como um ciclo, entendido como a sistematização, de forma sequencial e interdependente, das fases de vida da política pública. Existem diversas versões cíclicas. Embora o ciclo não reflita a real dinâmica de uma política pública, adota-se o ciclo de Secchi (2015) para compreender as principais fases que as políticas restaurativas possuem. Assim, uma política pública passa pela: a) identificação do problema; b) formação da agenda; c) formulação de alternativas; d) tomada de decisão; e) implementação; f) avaliação; g) extinção. Essas fases podem se confundir umas nas outras e, em vista disso, nesse estudo, se dará uma atenção maior a algumas delas.

Para Secchi (2014), política pública é aquilo que é voltado para a resolução de um problema público. Ela é considerada uma diretriz porque provém de uma intencionalidade pública que tem como objetivo tratar ou resolver um problema coletivamente relevante. Foram apontadas nas seções acima os problemas a que a Justiça Restaurativa se propõe enfrentar. Os problemas são vários e diferem de acordo com os contextos sociais, culturais e econômicos no qual a política pública se insere. Pensando, então, na sua formulação, para entendermos os princípios e mesmo os objetivos de uma política, precisamos compreender qual é esse contexto.

Mais que isso, precisamos saber os passos anteriores à formulação. Qual foi o motivo, qual foi o impulso

que levou a Justiça Restaurativa Justiça à pauta da agenda nacional? Quem a formulou, quais as convicções dos formuladores e o que eles pretendem com a política pública?

Campbell (2002), afirma que as ideias – identificadas como teorias, modelos conceituais, normas, crenças, entre outros - possuem profunda influência na formulação de políticas públicas. O autor propõe que o olhar do especialista deve se voltar para esses fatores, na intenção de especificar melhor os mecanismos causais pelos quais as ideias afetam a formulação de políticas. A estrutura normativa de uma política pública é considerada como uma tipologia de ideia normativa, com papel importantíssimo porque consiste em representações de valores, atitudes, identidades e outras expectativas coletivamente compartilhadas. Nesse sentido, as políticas restaurativas estariam limitadas a arcabouços normativos prévios (Constituição Federal, Códigos Processuais, entre outros), que há décadas - tal qual afirma Campbell - traduzem valores sociojurídicos cristalizados na sociedade.

Pensando em quem são esses formuladores, lembra-se que Há mais de uma década, iniciativas isoladas despendiam esforços no convencimento e sensibilização do Poder Legislativo e Judiciário de que a implementação da Justiça Restaurativa seria método eficaz para alguns pontos críticos da justiça brasileira. A Resolução, então, representou o ponto culminante do trabalho de grupos de interesse que advogavam em prol de mudanças na justiça tradicional brasileira, sobretudo, no sistema penal. Mas hoje, quem faz parte desses grupos de interesse? Qual a adesão dos operadores do sistema de justiça? Quem fez parte da formulação das políticas que decorrerão da Resolução 225 do CNJ?

O conceito de *Coalizões de Defesa* (*Advocacy Coalition)* de Sabatier e Weible (2007) , traduz que a formulação da maioria das políticas públicas envolve diversos especialistas, autoridades, técnicos e ocorrem dentro de um subsistema político com contextos políticos e socioeconômicos próprios. A melhor maneira de lidar com essa multiplicidade de atores seria agregá-los em coalizões, cada qual com seu ideário preponderante e com suas dinâmicas específicas.

No caso da Justiça Restaurativa como política pública, em consonância com a ideia de Sabatier e Weible, podemos pensar em algumas coalizões: os defensores da justiça restaurativa x os defensores da justiça retributiva; os defensores da justiça restaurativa como substituto da justiça tradicional x os defensores da justiça restaurativa como atributo da justiça atual; os defensores da justiça restaurativa em todas as matérias de direito x os restritos à algumas searas, etc.

Por fim, frente às diversas coalizões, cabe pensar nos rumos dessa política pública e de outras, a partir da figura dos decisores políticos. Para Campbell (2002), os decisores políticos operariam de acordo com uma lógica que leva em conta a adequação moral ou social e não uma lógica de consequencialidade. Em outras palavras, poderíamos entender que os motivos levantados pelos grupos de coalizão ou pelas comunidades epistêmicas quando advogam suas causas influenciam as escolhas das autoridades detentoras do poder decisório na formulação de políticas públicas. Nesse sentido, as crenças normativas ultrapassariam os interesses próprios dos decisores políticos.

Recursos, objetivos, resultados, decisões e ações são elementos de política pública (MULLER & SUREL, 2002) e sua união conforma um quadro normativo de ação que funciona como estrutura de sentido (lógica + valores) que orienta a ação dos atores implementadores e também a análise das políticas públicas. Nessa linha, implementar políticas públicas, tal qual ensina Rua (1997) é sinônimo de ação. A implementação diz respeito a um conjunto de ações realizadas com vistas a atingir os objetivos estabelecidos no papel.

Outra reflexão para compreender principalmente as políticas públicas locais é perceber se as práticas em Justiça Restaurativa influenciaram na criação da política. Nesse sentido, formulação e implementação se comunicam. Se a política pública partiu de práticas já existentes no local, podemos utilizar a literatura Bottom Up para analisa-la. Se no local não havia nenhuma prática restaurativa e a criação normativa partiu apenas do campo das ideias, é melhor analisar a implementação da política pela perspectiva Top Down.

Para essa última corrente, a implementação da política deve ir ao encontro do que os formuladores desejavam quando a construíram. Não se admite desvirtuamentos dos objetivos e princípios originais. A medição e o sucesso da política pública estão intrinsicamente ligado à fase da formulação. Para analisar a política, então, precisamos voltar a atenção aos documentos que a formalizam, para então verificar falhas de

implementação (SECCHI, 2015). Para a abordagem, o processo de implementação segue uma sequencialidade, na qual estado é o formulador da política pública e a ação governamental, expressa em projetos e outras iniciativas, obedece a uma hierarquia organizacional e normativa (LIMA & D'ASCENZI, 2013).

Ademais, assumindo a perspectiva Top-Down de que a implementação de políticas públicas é reflexo do posicionamento político dos formuladores, podemos dizer que o modelo dá margem para que o processo de implementação, caso seja guiado por um processo de formulação autoritário, elitizado ou mesmo sem diálogo com público-alvo ou atores implementadores, haja somente em prol de parcos interesses, gerando, no caso de uma política pública estatal, possíveis incongruências entre a necessidade real dos destinatários da política e a vontade dos formuladores.

De se salientar que a abordagem Top Down é estadocêntrica, ou seja, assume que é o Estado que deve emanar tanto a normatização da política pública, quanto o modo como será executada e avaliada. Levando-se em conta tal dado, de se dizer que um governo, quando tem por intenção concentrar em seu poder o processo de implementação de políticas públicas, poderá se valer da perspectiva Top-Down a fim de que as análises da política pública implementada correspondam de forma mais alinhada com seus interesses e controlar a ação dos demais atores envolvidos no processo.

Se a política pública é moldada a partir da prática, o sucesso da política está condicionado à ação daqueles que a implementam no dia-a-dia (ELMORE, 1980). O processo pode ser constantemente revisto. A produção normativa pode sofrer alterações. Há, assim, constante negociação entre os atores da formulação e da implementação. A análise volta o olhar, portanto, para a prática dos atores implementadores, ou seja, operadores do campo do direito, quais são as suas estratégias, quais problemas enfrentados, de forma a perceber com mais clareza os motivos que levam à distância do que a política pública deveria ser e do que ela de fato é.

Não se pode negar que há um constante fluxo de comunicação, negociação e rearranjos de forças entre os diversos níveis de atores implementadores. Sabendo-se disso, a ação discricionária se justifica como elemento favorável porque os atores implementadores possuem um conhecimento mais aprofundado dos processos de implementação, de como outros atores agem, da realidade dos locais e público para os quais a política pública se direciona e, assim, podem adequar suas ações em prol do triunfo da política. Em outras palavras, uma vez que um ator implementador possui esse grau de conhecimento – que geralmente o formulador não possui -, ele é fonte de informação para a construção de um arcabouço normativo que sustente de forma mais satisfatória o caminho da implementação de uma política pública. A implementação, pois, é vista como um processo não-linear e interativo, onde se admite uma arena de conflitos e barganhas.

Outras ferramentas e modelos de análise da política pública poderiam ser aqui pontuadas. A ideia é do artigo é, de forma breve, provocar a reflexão para o estabelecimento de um diálogo interdisciplinar entre o campo de públicas e o campo do direito, interação capaz de auxiliar na criação e desenvolvimento de políticas públicas restaurativas. É importante compreender que os contextos de cada política pública devem condicionar a escolha da melhor ferramenta ou modelo de análise. E, em que pese tenham sido apenas pautadas as fases de formulação e implementação nesse artigo, uma política pública deve ser analisada por uma ótica sistêmica, em que todas suas etapas são consideradas.

5 Conclusão

Considerando as diferentes formas de manifestação da Justiça Restaurativa no Brasil e no mundo, dialogar com o campo de públicas é expandir as possibilidades de olhar do campo do direito, para que se entendam os motivos pelos quais somente nos últimos anos a Justiça Restaurativa tomou corpo de política pública no Brasil.

Mais que isso, a interdisciplinariedade – intrínseca à prática restaurativa -, uma vez adotada também para criação e análise das práticas, leva a uma discussão além do patamar conceitual. As investigações abrangem a verificação dos limites de atuação e alcance da Justiça Restaurativa, o que ela pode ou não fazer em determinados contextos, como está a aderência pelos gestores, operadores, público-alvo, entre outros fatores. Essa discussão permite que se investiguem as causas, consequências, meios, ferramentas para que as

políticas públicas de Justiça Restaurativa no Brasil não sejam reflexo de moda, não sejam como onda e que efetivamente façam parte constante das agendas, sendo flexíveis, de forma a se manter perenes independente de governos e decisores.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAITHWAITE, John. Accountability and Responsibility Through Restorative Justice. Em: DOWDLE, Michael. *Rethinking Public Accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível (on-line) em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/05/2006_Accountability-and-Responsibility-.pdf>. Acesso em março de 2018.

BRANCHER, Leoberto Narciso Brancher. *Justiça Restaurativa: Prêmio Innovare - Projeto Justiça para o Século 21.* Disponível em: http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-para-o-seculo-21-2721. Acesso em março de 2018.

BRASIL. Lei 13.140/15. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em março de 2018.

_____. Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em março de 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 34. n. 133. Jan/mar 1997.

CAMPBELL, JL. *Ideas, Politics, and Public Policy. Annual Review of Sociology*, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016 _02062016161414.pdf>. Acesso em março de 2018.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de Faria; MARQUES, Eduardo. (Orgs).*A política pública como campo multidisciplinar.* São Pualo: Editora Unesp; Rio de Janeiro Editora Fiocruz, 2013. p. 181-200.

ELMORE, R. (1980) Backward mapping: implementation research and policy decisions. *Political Science Quaterly*, v. 94, n.4.

FURQUIM, Saulo Ramos. A Justiça Restaurativa e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Jurídico Luso Brasileira*. Ano 1, nº 2.Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* v. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEÃO, Maria Augusta C. B. C. *Dez anos de justiça restaurativa no Brasil: uma perspectiva crítica dos projetos-piloto de Porto Alegre, de São Caetano do Sul e do Núcleo Bandeirante.* Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2016.167p.

LIMA, Luciana Leite; D'ASCENZI, Luciano. Implementação de Políticas Públicas: Perspectivas Analíticas. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 21. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000400006>. Curitiba, 2013. Acesso em março de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução 2002/12.* Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEAClturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em março de 2018.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: Da teoria à prática.* São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares.* São Paulo: Palas Athena, 2010.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. Brasília: ENAP, 1997.

SABATIER, P.; MAZMANIAN, D. The implementation of public policy: A framework of analysis. *Policy Studies Journal*, v. 8, n. 4, 1980.

_____, CM WEIBLE. *The advocacy coalition framework: innovation and clarifications.* In PA Sabatier (Ed.), Theories of the policy process, Cambridge, MA: Westview Press. 2007.

SCHUCH, Patrice. Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil:O caso da justiça restaurativa. *Revista Civitas*, v. 3, n.8. Porto Alegre, 2008.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos.* São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.**

SOUZA, Augusto G. D. Será que acaba em samba? Reflexões sobre possíveis implicações da cultura jurídica brasileira para a implementação da justiça restaurativa no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. v. 4, n. 3, Jul-Set, 2011.

SOUZA, Augusto G.D.; AZEVEDO, Rodrigo G. Que "Paz" é essa? Os significados do conflito na cultura jurídica brasileira e a justiça restaurativa no Brasil. Em: *Crime e Interdisciplinariedade – Estudos em homenagem a Ruth Maria Chittó Gauer.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Capes. *Catálogo de Teses e Dissertações.* Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em março de 2018.

MULLER, P.; SUREL, Y. *A análise das políticas públicas.* Pelotas: Educat, 2002.

TONCHE, Juliana. *A construção de um modelo "alternativo" de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no Estado de São Paulo.* Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. São Paulo: USP, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Documento do TJRS Programa Justiça restaurativa para o século 21.* Disponível em https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/J21_TJRS_cor.pdf. Acesso em março de 2018.

VAES, Tineke. *The Restorative Justice Model and its Corruption: An Outlook at the Canadian Experience.* Dissertação de mestrado. Bélgica: Katholieke Universiteit Leuve/ Simon Fraser University. Disponível em: http://www.sfu.ca/cfrj/fulltext/vaes.pdf. Acesso em março de 2018.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça.* **São Paulo, Palas Athena, 2008.**

____. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

JUSTIÇA RESTAURATIVA e VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: NECESSIDADE DE FORMAÇÃO CONTINUADA E ESPECIALIZADA

Jacqueline Padão

Mestranda em Direitos Humanos (UNIRITTER). Especialista em Processo Civil (PUCRS). Instrutora em Resolução de Conflitos. Mediadora Judicial (CNJ/TJRS). Mediadora Certificada pelo ICFML. Advogada

Carmen Hein de Campos

Doutora em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em Direito (UFSC) . Mestre em Direito (Universidade de Toronto), Professora no Mestrado em Direitos Humanos e do curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter/RS

Resumo: Este artigo discute a formação dos profissionais do campo do direito envolvidos na aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica. A partir de duas recentes pesquisas realizadas pelo CNJ, examina-se a percepção de magistrados sobre a justiça restaurativa e o seu conhecimento a respeito da aplicação nos casos de violência doméstica. Analisa-se, ainda, sob uma perspectiva feminista, os riscos e potencialidades para a aplicação da justiça restaurativa aos crimes de violência doméstica contra as mulheres. O estudo foi realizado a partir de análise crítica dos dados coletados nas pesquisas analisadas e revisão de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema. Conclui-se que o tema da aplicação da justiça restaurativa em casos envolvendo violência doméstica e familiar permanece aberto. Existem posições favoráveis à sua aplicação e outras desfavoráveis. Observa-se um interesse comum às duas posições no que se refere à segurança das práticas e à proteção das mulheres. Verificou-se, ainda que nem todos os profissionais do campo do direito que lidam com a justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher tem conhecimento das especificidades dessa forma de violência.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, Violência Doméstica, Formação Continuada, Possibilidades e Riscos

1 Introdução

As práticas de justiça restaurativa ganharam espaço junto ao Poder Judiciário, a partir de 2005, com a implantação de três projetos-piloto instaurados no Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal[1]. Tais projetos pilotos foram institucionalizados a partir das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 125/2010 e 225/2016) que implantaram a Política Nacional de Justiça Restaurativa e de Tratamento Adequado de Conflitos.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, o projeto-piloto "Projeto Justiça para o Século 21", existente desde 2005, foi institucionalizado em outubro de 2014 com a criação do "Programa de Justiça Restaurativa do Século 21" (Programa JR1') , tendo sua formulação concluída e sua execução iniciada em março de 2015. A partir de então, o Programa JR21, implantou 12 (doze) Unidades Jurisdicionais de Referência em Justiça Restaurativa, dentre elas nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

No que se refere à violência doméstica, a prática é mais recente, e vem sendo implantada nas varas/juizados de violência doméstica com o apoio do Conselho Nacional de Justiça. Recentemente, na XI Jornada da Lei Maria da Penha (2017), o CNJ recomendou a implementação das práticas de Justiça Restaurativa nos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher em todos os Tribunais do país.

Entretanto, estas determinações do Conselho Nacional de Justiça foram estratégias de implementação "de cima para baixo", não acompanhadas de uma política de formação e capacitação nas áreas afins, quais sejam: justiça restaurativa e violência doméstica, o que tende a: a) não preparar os profissionais envolvidos

[1] Os projetos-pilotos foram apoiados pelo Ministério da Justiça e PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, por meio do Projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça"

com uma formação adequada, continuada e efetiva para que compreendam o que é a justiça restaurativa na perspectiva feminista; b) adaptar práticas não restaurativas para "tratar" as questões de violência doméstica junto às vítimas e aos agressores; e, c) a desconsiderar as potencialidades e riscos de seu uso numa perspectiva feminista.

Este artigo discute a formação dos profissionais do campo do direito envolvidos na aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica. A partir das pesquisas do CNJ "Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário" (2018), e "Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário"(2018)[2], examina-se a percepção de magistrados sobre a justiça restaurativa e o seu conhecimento a respeito da aplicação nos casos de violência doméstica. Analisa-se, ainda, sob uma perspectiva feminista, os riscos e potencialidades para a aplicação da justiça restaurativa aos crimes de violência doméstica contra a mulher.

Para tanto, a partir de uma abordagem exploratória, análise crítica dos dados coletados nas pesquisas analisadas e revisão de bibliografia estrangeira e nacional sobre o tema, optou-se por estruturar o artigo em dois capítulos. No primeiro capítulo será abordada a (in)compreensão da justiça restaurativa por alguns profissionais do direito, principalmente magistrados/as, com a finalidade de demonstrar a necessidade de formação continuada e especializada na área da violência doméstica.

No segundo capítulo a discussão se voltará para o cenário das posições a respeito da aplicação da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica, na perspectiva feminista.

Espera-se, com o presente estudo, contribuir para o fortalecimento do debate acerca de um novo olhar sobre a formação e conhecimento na área da justiça restaurativa e sua aplicação nos casos de violência doméstica.

2 (In)compreensão da justiça restaurativa e a necessidade de formação continuada e especializada

O primeiro aspecto a mencionar sobre a relação entre a JR e a formação, é a existência de um "desconforto" dentre os profissionais entrevistados (magistrados e membros das equipes multidisciplinares), quanto à imposição da justiça restaurativa "de cima para baixo" pelo CNJ para conflitos envolvendo violência doméstica contra a mulher. Outro aspecto refere-se à própria compreensão da JR. Alguns magistrados e membros de equipes multidisciplinares dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher relatam que "já ouviram falar de justiça restaurativa, mas não possuem em regra uma compreensão clara do que vem a ser práticas de justiça restaurativa" (CNJ, 2018a).

Parte desse"desconforto" em ter que aplicar uma prática (des)conhecida pode estar relacionado à uma (in)compreensão sobre o desenvolvimento da justiça restaurativa, que nasceu em resposta à insatisfação com a "abordagem tradicional" do sistema de justiça criminal (CNJ, 2018a); ou ainda ao fato de que se o crime é um ato lesivo, a justiça deveria reparar a lesão e buscar a cura, a restauração da vítima (PALLAMOLLA, 2010, ZERH, 2008).

A (in)compreensão pode, ainda, advir da "confusão" que pode ser feita a respeito do que é justiça restaurativa e do que são as práticas restaurativas. Saber que a justiça restaurativa é um modelo de justiça, e não um programa; que as práticas são muitas e variadas e que usualmente são categorizadas em a) mediação vítima-opressor; b) conferências de família; e, c) círculos restaurativos (PALLAMOLLA, 2010) é de fundamental importância para discernir seu modo de utilização e sua oferta como um caminho para resolução de conflitos.

Outro aspecto mencionado como uma (in)compreensão refere-se ao crescente número de "grupos reflexivos de homens", que por muitos são considerados justiça restaurativa. Muitas equipes que trabalham com grupos reflexivos de homens não conseguem fazer distinção entre justiça restaurativa e práticas restaurativas (CNJ, 2018a).

Diante de tais considerações, salienta-se que é frequente o entendimento de que os grupos reflexivos de homens sejam justiça restaurativa. Entretanto, estes grupos, que foram criados em 2011, com o objetivo de

[2] Para fins deste artigo, utilizaremos os seguintes referenciais: Para a pesquisa"Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário" (2018), será utilizado a referência CNJ 2018a, e para "Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário"(2018) o referencial será CNJ 2018b.

atender a Lei Maria da Penha[3], tem como objetivo prevenção e combate à violência contra a mulher (VARGAS, 2014). O formato desses encontros não parece corresponder aos conceitos mais amplamente aceitos de Justiça Restaurativa[4]. Achutti (2009) argumenta que tais práticas são mais aproximadas à lógica da justiça terapêutica.

Ainda, a (in)compreensões dos/das profissionais que lidam com a justiça restaurativa reflete diretamente nos usuários da justiça restaurativa, que não sabem de sua existência. A pesquisa do CNJ (2018a) revela que as vítimas entrevistadas, de um modo geral, nunca ouviram falar sobre a possibilidade restaurativa, e conclui que em algumas cidades pesquisadas[5], "não existem projetos de justiça restaurativa para casos de violência doméstica já implementados e/ou em pleno funcionamento".

Esta distorção reflete a incompreensão sobre um dos pontos centrais da justiça restaurativa que é a participação das partes. Elizabeth Elliott (2011) argumenta que o potencial da justiça restaurativa pode ser visto sob os níveis micro e macro: na perspectiva micro, promovendo construções conjuntas com o objetivo de reparação de danos;do ponto de vista macro(segundo nível), para promover e fortalecer a democracia, a participação, o engajamento e a cidadania ativa. "A Justiça Restaurativa seria, então, uma reconsideração sobre o entendimento de justiça, ética, cidadania e democracia" (CNJ, 2018b).

Nesse sentido, o diálogo é parte fundamental da justiça restaurativa e apontado como a grande diferença com o sistema penal tradicional. No sistema penal tradicional há uma imposição de pena por parte de um juiz. A justiça restaurativa preconiza um diálogo entre as partes para saber qual o dano, o que fazer para repará-lo e quem é o responsável por reparar tal dano (LARRAURI, 2004; ZERH, 1990).

A justiça restaurativa aposta que por meio das práticas restaurativas oportuniza-se a compreensão da violência suportada, na medida em que a vítima expressa "o seu ponto de vista e os seus sentimentos acerca do crime: tem a oportunidade de confrontar o infrator com o impacto do seu acto, e este tem, por sua vez, a oportunidade de assumir perante aquela a culpa pela sua conduta e de compreender o mal que esta provocou" (ZEHR, 2002).

Por isso, são objetivos da justiça restaurativa: *o encontro*, onde as partes assumem posições ativas nas discussões e na tomada de decisão, enfatizando a liberdade de manifestação dos envolvidos para a resolução do conflito e *reparação* do dano; e, a *transformação* para a construção coletiva de justiça com forma de vida a ser adotada, podendo-se mencionar ainda, a responsabilização, a resolução do conflito, a prevenção e pacificação social.

Desta forma, entende-se a confusão e a incompreensão dos princípios básicos do processo restaurativo apontadas nas entrevistas com magistrados. Reforça essa percepção a resposta de magistrados sobre a necessidade da justiça restaurativa quando afirma "precisar precisamos da justiça restaurativa. E aí, quando a gente for fazer a justiça restaurativa, nós vamos restaurar o agressor [...] Porque este homem, que ele foi preso, foi punido ou que não foi preso, mas respondeu processo, respondeu um sursis... Ele vai voltar pra algum núcleo. Se não é aquela mulher, vai ser uma outra mulher. Se não é uma outra mulher, é para a família dele e ele passou por esse processo incólume de qualquer orientação" (CNJ, 2018a, 155).

Duas questões são aparecem nessa fala: uma sobre a (in)compreensão do que deve ser restaurado: a conduta do autor ou dano que foi causado? Outra, relativa à preocupação de que o crime não se repita, pois foca apenas no agressor, que precisa ser "salvo" e não o foi por passar "incólume de qualquer orientação" (ZEHR, 2010).

O modelo restaurativo preocupa-se com a reparação das ofensas decorrentes da conduta do autor, sem negligenciar o dano causado à vítima. Na compreensão deste novo enfoque, questionar o que precisa ser restaurado, remete à questão da responsabilidade, que não significa que o ofensor deva sofrer as consequências e sim "compreender as consequências humanas advindas de seus atos" e assumir a responsabilidade pelos resultados de suas ações (ZEHR, 2005).

---

[3] Lei 11.340/2006, artigo 45, o qual fala que o Juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

[4] O conceito de justiça restaurativa mais compartilhado entre os restaurativistas é o de Tony Marshall (1996, p. 37), segundo o qual a justiça restaurativa é "um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro".

[5] Belém/PA, Brasília/DF, João Pessoa/PB, Maceió/AL, Porto Alegre/RS, Recife/PE e São Paulo/SP.

Assim, observa-se que, com a imposição da JR, sem a devida formação de quem irá aplicá-la, corre risco de serem adotadas práticas que pouco tem a ver com a JR, levando-a a descrédito.

Quanto à formação dos magistrados nas questões de gênero e violência doméstica a mesma deficiência de formação foi apontada na pesquisa do CNJ (2018a) que diagnosticou que dentre 24 magistrados entrevistados em sete Estados brasileiros, apenas quatro declararam possuir algum tipo de formação na área de gênero ou em violência doméstica. "Quando o tema é gênero, a maioria dos juízes não se sentem confortáveis com a temática e alguns mencionam que a equipe multidisciplinar ajuda nessas questões."(CNJ 2018a, p. 144).

Essa é uma questão recorrente e pode gerar muitos prejuízos na individualização dos casos que chegam aos juizados de violência doméstica. A incompreensão do conceito e das relações de gênero é observada na aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans: "Eu ainda não me convenci que os transexuais e os travestis, não sei se é a mesma coisa, eu não sou muito da minha área, mas eu acho que travesti tem uma diferença para a transexual [...]"; "Não, porque não é pelo gênero. A lei fala de homem e mulher. O critério é biológico. O homem que é transformado é um homem. E se ele disser que é uma samambaia?" (CNJ, 2018, p. 146)

Especificamente sobre a formação de magistrado/as em justiça restaurativa para tratar especialmente de violência doméstica, a referida pesquisa não indagou. O que se percebe é que alguns magistrados entrevistados acreditam que a justiça restaurativa possa ser compatível com os conflitos domésticos e que há uma formação frágil sobre o tema: "O que eu ouvi falar foi assim, foram informações aqui, dentro de um curso, um item, um tema sobre justiça restaurativa, certo? Mas me empolguei, eu achei que seria uma forma de, de [...] ajudar no judicial não apenas nessa parte de violência doméstica, mas em outros, em outros âmbitos porque na violência doméstica especificamente, a gente vê que a questão excede os limites né? Do judicial, então, talvez, a justiça restaurativa ajudasse, não para restabelecer relacionamentos, mas para restabelecer relações familiares que continuam". (CNJ, 2018a, p. 155.)

Mas há também posicionamentos contrários à aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher, conforme depoimentos de magistrados/as: "Mas pelo que eu li, pelo o que eu vi da justiça restaurativa, eu creio que agora não vai se enquadrar. A gente não vai se enquadrar". Esse juiz/juíza justifica sua afirmação por entender que o homem violento precisa encontrar uma "barreira dura", não podendo os juízes, principalmente juízas serem maleáveis: "aqui, por exemplo, como a juíza é mulher; então se a gente for mais maleável, o homem endurece". Em outro depoimento, um/a magistrado/a relata que já fez vários cursos de justiça restaurativa, mas não consegue vislumbrar que esta se enquadre na vara de violência doméstica, por entender que não há como restaurar relações que estão desequilibradas.

A ausência de formação em justiça restaurativa, em outra entrevista, é a razão apontada para não aplicar no juizado a justiça restaurativa: "... não existem práticas restaurativas até porque eu acho que a gente não tá aparelhado para isso, não tem estrutura para isso, não tem formação para isso, então falta muito prá gente conseguir alcançar. Mas eu entendo que a justiça restaurativa é realmente um instrumento que a gente deve utilizar".

As duas pesquisas analisadas apontam que a formação sobre justiça restaurativa e violência doméstica (gênero) é ainda incipiente, sendo que alguns se consideram autodidatas na área: "Olha, eu não tive nenhum curso em formação de gênero. Eu diria a você que eu sou autodidata". "Curso, curso, não. Nós temos eventualmente algumas palestras, feitas por alguns outros doutos juízes ou outras pessoas da área, que a gente até assiste e acompanha, mas curso especificamente, de violência doméstica, eu nunca fiz e nunca participei."

A ausência de formação incentiva o "achismo" pessoalizado e preconceituoso de alguns profissionais do campo do direito. A ausência de formação em gênero dos principais atores faz com que o machismo seja declarado pelos entrevistados, conforme relato da equipe de pesquisa (CNJ, 2018a p. 209) que afirma ter presenciado uma sucessão de piadas machistas desferidas pelo promotor, na presença da vítima, enquanto aguardava o início de uma audiência que acabou não acontecendo. Posteriormente a vítima foi entrevistada e demonstrou não apenas sua indignação, mas o sua percepção de uma justiça machista. Disse ela:

> "como é que uma pessoa que pensa o que pensa a respeito de mulheres vai julgar um caso de violência contra mulher? Que condições ele tem? Porque é óbvio que o que vai prevalecer não é a imparcialidade, ele vai falar o que ele pensa, ele vai escrever o que ele pensa, e o que ele pensa é que mulher é isso, que mulher é pra ficar bonita o tempo todo, maquiada, bem vestida...né? Que é pra ser o objeto de sedução, um objeto sexual pro homem." (CNJ, 2018, a p. 177)

A falta de formação e necessidade de capacitação especializada dos profissionais que atuam nos juizados de violência doméstica contra a mulher é apontada pelos próprios profissionais do direito:

> "[...] acho que poderia se acrescentar a obrigatoriedade dos juízes serem capacitados antes de virem pra uma vara de violência doméstica, ser obrigatório o juiz ser altamente qualificado na matéria. Não só na questão da Maria da Penha, mas pra vara da infância e juventude, todas aquelas varas que são mais sensíveis, que têm obrigatoriamente que ter um projeto de política pública criminal". (CNJ, 2018a, p. 133)

Os relatos dos/as profissionais entrevistados aponta para a necessidade de formação de magistrados, membros de equipes multidisciplinares e facilitadores que permita um desenvolvimento progressivo em suas competências, combinando dinâmicas de conhecimento, compreensão, habilidades, atitudes e aptidões. Não basta, para o exercício da condução de práticas restaurativas, uma única e instantânea formação. Os facilitadores necessitam de formação continuada, tanto formal como informal, com trocas de experiências e exercício de muitas horas de práticas (PADÃO, 2017; CNJ, 2018a).

A constatação da ausência de formação e a compreensão de sua necessidade tem feito com que alguns membros de equipes multidisciplinares e facilitadores procurem, por iniciativa própria, a continuidade de sua formação na área, mesmo que não sejam oferecidos pelos Tribunais, como é o caso da equipe de Maceió/AL (CNJ, 2018a).

Essas constatações desafiam as diretrizes da Resolução n. 225/2016 do CNJ que atribui ao próprio Conselho a organização de programas para promover ações que incentivem a justiça restaurativa, tendo como uma das pautas programáticas o caráter formativo de multiplicadores de facilitadores em Justiça Restaurativa; soma-se a isso, as atribuições da Resolução aos Tribunais para o incentivo ou promoção de capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e métodos.

Nesse sentido, a uma imposição vertical do CNJ, de "cima para baixo" contradiz o elemento da voluntariedade da JR, o que pode levar a práticas distantes da JR ou que sejam convenientes a quem as aplica.

Além da formação adequada básica, é necessário uma formação especializada sobre o uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, com conhecimento de questões em torno da desigualdade de gênero e dos riscos e potencialidades, tema que discutimos a seguir.

3 Justiça restaurativa e crimes de violência doméstica contra mulheres: entre riscos e potencialidades

A justiça restaurativa, enquanto movimento social plural, foi influenciada por diversos movimentos sociais, como por exemplo o movimento pelos direitos humanos das pessoas presas para a redução de encarceramento e alternativas às prisões; o movimento de defesa dos direitos das vítimas; o movimento pela emancipação indígena; as iniciativas restaurativas como resoluções de conflitos, mediação vítima-ofensor; círculos de sentença; assim como, os movimentos feministas e de mulheres, que denunciavam o sexismo e a chamada "vitimização secundária" (CNJ, 2018b).

Embora o movimento social restaurativo tenha sofrido influências dos movimentos feministas, a sua construção teórico-prática não considerou a variável de gênero. Essa falta tem sido suprida pelos estudos feministas que são favoráveis à sua aplicação, na medida em que avaliam a capacidade da justiça restaurativa em oferecer proteção às mulheres, reforçar sua autonomia e erradicar a violência (LARRAURI, 2010; FREDERICK-LIZDA, 2003).

A cautela e o olhar crítico para a aplicação da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica é uma preocupação comum tanto dos autores restaurativistas como das feministas. Muitas autoras feministas enfrentam dilemas ao abordar a adequação da justiça restaurativa à violência doméstica uma vez que não tem certeza de como as práticas restaurativas são capazes de responder efetivamente à segurança da vítima (ZEHR, 2012, p.21).

Riscos potenciais foram identificados por feministas como Stubbs (2004), Coker (2002), Busch (2002), Curtis-Fawley/Daly (2005), Lewis et al. (2001), Acorn (2004), Hopkins et al. (2004), Frederick/Lizdas

(2010) e Drost, at al (2015). Da mesma forma, potenciais benefícios foram assinalados por Brathwaite e Daly (1994), Hudson (1998, 2002), Martin (1998), Morris e Gelsthorpe (2000), Morris (2002), Larrauri (2010), Rosenblat (2014), Oliveira (2016).

Um dos problemas comuns identificados refere-se à segurança da vítima que podem ser expostas a riscos contínuos de violência no decorrer do processo, a medida em que os infratores exerçam controle sobre as elas e manipulem o encontro restaurativo. (CNJ, 2018a; DROST et al, 2015). A resposta a estes riscos indica que eles podem e devem ser identificados pelo facilitador que, por sua vez, deve estar preparado para reagir moderadamente, não exagerando em suas percepções sobre o risco, nem negar o risco rapidamente. A avaliação do risco como processo contínuo e flexível, tende a verificar sua probabilidade de acontecimento e não sua possibilidade, já que sua ingerência é para minimizar tais riscos ou mesmo excluí-los. (OLIVEIRA, 2016)

Pesquisas revelam que a violência pode se agravar durante o processo restaurativo, e o risco de desequilíbrio de poder permanecer invisível e latente, o que aumentaria a insegurança para a vítima. O desequilíbrio de poder tenderia a revitimizar a vítima que, quando confrontada com o agressor, poderia sentir-se intimidada a ponto de não discordar do que é dito e ter medo de dizer suas verdades. A esse questionamento, a JR afirma que os padrões de violência e tipos de agressores irão determinar a intensidade do risco, porém, o "lugar da vítima" é que permite que sejam identificados estes elementos. Por isso, a importância da "voz da vítima", o que gera empoderamento e a compensação de desequilíbrios de poder existentes. (DALY E STUBS, 2006)

O empoderamento da vítima é um dos pontos principais dos potenciais benefícios trazidos pela justiça restaurativa segundo os restaurativistas. A justiça penal tradicional tende a silenciar a vítima, enquanto a justiça restaurativa dá voz à vítima, a escuta, abre espaço para o diálogo. Os defensores da justiça restaurativa argumentam que, por propagar o diálogo, este seria o "lugar seguro" para o encontro, no qual se oportunizaria à vítima, ao ofensor e a outros interessados no caso, discutir ativamente sobre o dano, sobre o que pode ser feito para repará-lo e ofensor ser responsabilizado.

Outro aspecto levantado pelas feministas contrárias à aplicação da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica é a revitimização.

Entretanto, restaurativistas apontam que tais riscos podem ser encontrados no sistema penal tradicional. A pesquisa do CNJ (2018a) exemplifica com o caso de uma vítima de Belém do Pará, que relatou que ao buscar a delegacia da mulher após ser agredida por seu companheiro, falou do seu caso para várias pessoas, retornou cerca de cinco vezes para ser atendida e que quando conseguiu narrar o caso integralmente para a delegada, esta fez "piadinhas" com sua história por conter situação íntima. Menciona a vítima: "tudo isto foi muito, muito exaustivo, foi torturante, porque eu me senti absolutamente abandonada" (CNJ, 2018a, p.177)

Pesquisa do CNJ (2018a) aponta que "foram muitas as narrativas de revitimização atreladas à falta de sensibilidade (machismo) dos atores do sistema de justiça criminal no trato dessas mulheres". A mulher vítima de violência doméstica começa ter seu processo de revitimização, muitas vezes, antes mesmo de chegar ao fórum, ou até mesmo antes de procurar a delegacia. Na narrativa de uma vítima do Recife que participou da pesquisa do CNJ, há o relato de que foi mal tratada quando ligou para o 190: "Segure o agressor aí. Minha gente isso é um absurdo, até uma pessoa leiga não vai me dizer uma coisa dessa. Como vou conseguir segurar uma pessoa que tá ali quase me matando".(CNJ, 2018a)

Na descrição do caso acima, denota-se, também, a banalização do caso trazido pela vítima. Além disso, as feministas questionam o ponto de vista do agressor e o ponto de vista da comunidade[6].

Estudos comprovam que os homens tendem a racionalizar e banalizar sua própria violência. A visão dominante, de quem trabalha diretamente com autores de violência doméstica, é que falta empatia, há negação de responsabilidades, há minimização de danos e desvio da culpa para a mulher (LEWIS-DOBASH-DOBASCH-CAVANAGHA, 2001). Por sua vez, a comunidade pode contribuir para banalizar ou minimizar

[6] Comunidade na justiça restaurativa é a rede de afeto (familiares, pessoas de confiança) das partes envolvidas e pessoas representantes de instituições públicas ou privadas ligadas ao caso.

a violência. As normas comunitárias podem reforçar a violência contra a mulher, até mesma culpando-a sobre o ocorrido, a medida em que preservam a dominância masculina. (FREDERICK & LIZDAS, 2010).

Sem dúvida, o aspecto mais confuso e problemático do envolvimento da comunidade é a prevalência de normas sociais que apoiam a violência contra a mulher, desculpando tal violência e tratando-a como privada ou merecida pela vítima. Pesquisas nos Estados Unidos (FREDERICK e LIZDAS, 2003) apontam que nas últimas décadas, ativistas de mulheres agredidas documentaram a propensão da sociedade para culpar as vítimas de violência doméstica pelo abuso que sofrem. A pergunta não é feita no sentido de "porque ele a machucou?" e sim "porque você não sai?"

A essa objeção respondem os defensores da JR, que isto não é um acontece somente na comunidade norte-americana. Recente pesquisa brasileira sobre riscos de adoção de prática restaurativa (CNJ, 2018a), ao tratar do tema da banalização, aponta que "o envolvimento da vítima e do agressor numa discussão cria um ambiente que facilmente confunde as mensagens de que o agressor é responsável pela violência com insinuações de que ambos têm um papel na criação do problema". (CNJ 2018a; FREDERICK & LIZDAS, 2010).

Por outro lado, as posições favoráveis à participação da comunidade afirmam que isto permitiria o monitoramento e acompanhamento dos acordos no ambiente privado, onde a família e os amigos do infrator funcionariam como repressores e denunciadores do abuso "transmitindo uma mensagem alta e clara àqueles com que o infrator mais se importa" (STUBBS, 2002; HUDSON, 2002; MORRIS, 2002; CAMPOS e PADÃO, 2018). Outro problema apontado como risco na adoção de práticas de justiça restaurativa em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é a reparação ou restauração do dano. O foco na reparação ou restauração do dano é dito como fator "complicado" em casos de violência doméstica. (CNJ, 2018a) E porque isto acontece? Pesquisas de campo realizadas nos Estados Unidos em 2015 alertam que a reparação do dano nestes casos não pode se limitar a pedidos de desculpas, nem muito menos funcionar como via de aproximação entre vítima e agressor (STUBBS, 2002).

Pedido de desculpas pode ser o que mais a mulher, vítima de violência doméstica, ouve de seu agressor. Reiterados pedidos de desculpa consolidam o ciclo de violência e não trazem segurança à vítima. O maior desejo da mulher é que cesse a violência, que não lhe seja negada sua condição de sujeito de direitos, que lhe retire da subjugação feminina, já que sua busca por "socorro" lhe retirou do conformismo de passar uma vida toda sendo agredida numa relação fortemente desequilibrada e hierarquizada. (CAMPOS, 2015)

Pesquisas apontam que o que as mulheres mais desejam, ao procurar os Juizados (ou Varas) de violência doméstica contra a mulher, é a medida protetiva. A pena privativa de liberdade não foi a resposta mais frequente. Desta forma, muitas não querem o processo, porém, querem que "o homem não chegue toda noite embriagado em casa e vá bater nela…"; a maioria diz: "Só quero a medida". "Elas acham que a medida é a verdadeira proteção delas" A mulher vítima de violência doméstica tem urgência na busca de proteção e de fazer cessar o ciclo de violência (CNJ, 2018a, p. 149/150).

Por tanto, enquanto defensoras da aplicação da justiça restaurativa acreditam que é necessário restaurar a segurança das mulheres vítimas de violência doméstica, privadas de sua autonomia e liberdade. As opositoras preocupam-se, em geral, com o empoderamento, voz ativa no processo e banalização da violência.

A articulação entre o modelo de justiça restaurativa e as reivindicações feministas provocam debates que precisam ser aprofundados com pesquisas nacionais que apontem os casos e condições de um bom resultado restaurativo e os limites e riscos em situações que a prática restaurativa pode não ser indicada .

4 Considerações finais

O presente artigo pretendeu demonstrar que, a complexidade dos temas justiça restaurativa e violência doméstica é desconhecida para muitos profissionais do direito que lidam diariamente com violência doméstica e familiar contra mulheres. Nesse sentido, é necessário um aprofundamento teórico sobre questões como gênero e a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica

contra as mulheres.

A análise das pesquisas revelou que há desconhecimento sobre as práticas restaurativas e sobre gênero. Além disso, a imposição por parte do Conselho Nacional de Justiça para aplicação da justiça restaurativa aparece como um elemento que pode atuar negativamente à sua implementação. Esses dois elementos conjugados podem atuar como fator limitador para a sua implementação.

Referências

CAMPOS, C. H. D. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 391–406, 2015.

CHRISTIE, N. **Conflicts as property**. The British Journal of Criminology, Vol. 17, 1977

COKER, Donna. **Transformative Justice**: Anti-Subordination Processes in Cases of Domestic Violence *in* Restorative Justice and Family Violence (Heather Strang and John Braithwaite Eds. 2002) Cambridge University Press. 2015

CNJ. **Entre Práticas Retributivas e Restaurativas**: A Lei Maria da Penha e os Avanços e Desafios do Poder Judiciário, 2017.

CNJ. **Pilotando a Justiça Restaurativa**: O Papel do Poder Judiciário, 2018

DALY, K. **Sexual Assault and Restorative Justice**. Ins Strang/ Braithwaite, 2002.

DALY, K., STUBBS, J.. **Envolvimento feminista com justiça restaurativa**. Theortical Criminology, 2006

DIRETIVA 2012/19/UE do **Parlamento Europeu e do Conselho Europeu**, 2012

DROST, L. **Comparative Report, Restorative Justice in Cases of Domestic Violence,** 2015.ELLIOTT, E. M. **Security with care: restorative justice and healthy societies**. Traducao . [s.l.] Fernwood Publ., 2011.

DROST, L.; HALLER, B.; HOFINGER, V.; VAN DER KOOIJ, T.; LÜNNEMANN, K.; WOLTHUIS, A..**Restorative justice in case of domestic violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs**. Criminal Justice Programme 201 with the European Commission Directorate-General Justice, Directorate B: Criminal Justice, 2015.

FREDERICK & LIZDAS, **The Role of Restorative Justice in the Battered Women's Movement** 2010.

HOOPER & BUSCH. **Domestic violence and the restorative justice initiatives**: The risks of a new panacea Waikato Law Review. Disponível em http://www.justiciarestaurativa.org. Acesso em Jan. 2018

HUDSON. B. **Restorative Justice and Gendered Violence.** 2002. In British Journal of Criminology.

LARRAURI, E. **Justicia Restauradora y violencia doméstica**. Disponível em http://www.susepe.rs.gov.br Acesso em Out. 2017

LEWIS-DOBASH-DOBASCH-CAVANAGH, **Law´s Progressive Potential**: The Volue of Engagemente with the law for Domestic Violence. 2001. In Social & Legal Studies.

MORRIS, A..**Criticando os críticos** uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa. Disponivel em: http// justiça21.org.br, Acesso em set. 2016

OLIVEIRA, C. **Justiça Restaurativa e mobilização do direito pelas/para mulheres vítimas de violência doméstica**: uma possível articulação em âmbito jurídico-criminal? RBCRIM vol.124, Out. 2016

CAMPOS, C.H; PADÃO, J..**Justiça Restaurativa e Violência Doméstica**: Oportunidades e Riscos. in Coleção "O Movimento entre os Saberes, v7, 2018

PADÃO, J..**Formação, capacitação, competências e a necessidade do autoconhecimento do mediador**, 2017

Disponível em <http://lusocursos.com/moodle/course/view.php?id=24>

PADÃO, J., ZUGNO, G., BRUCH, K., ARAÚJO, M. **Satisfação de Usuários(as) na Mediação Judicial**: Um Estudo de

Caso no CEJUSC do Foro Regional do Partenon".Iuris Dicere - Revista de Direito das Faculdades João Paulo II, 2018

ROSENBLAT, F.**. Em Busca das Respostas Perdidas: Uma perspectiva crítica sobre a Justiça Restaurativa.** In: CARVALHO, G. M.; DEODATO, F. A. F. N.; ARAUJO NETO, F. (Orgs.). Criminologias e Política Criminal II. Florianópolis: CONPEDI, p. 443-467, 2014.

PALLAMOLLA, R. D. A. P.; INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS (SÃO PAULO) . **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. Traducao . [s.l.] IBCCRIM, 2009.

STUBBS, J. **Domestic Violence and Women's Safety: feminist challenges to restorative Justic**e. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). Restorative justice and family violence. Cambrigde: Cambridge, 2002, p. 42-61.

ZEHR, H. **The little book of restorative justice**. Traducao . [s.l.] Langara College, 2016

ZEHR, H. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008 .

ZEHR, H.; ACKER TÔNIA VAN. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução . [s.l.] Palas Athena, 2018.

GT07: ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

OBJEÇÕES DO TRANSEXUAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Marcela Fernandes Dornelles

Aluna do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade LaSalle – Canoas, RS.

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade LaSalle – Canoas, RS

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a efetividade do direito ao acesso à justiça de transexuais focando-se quanto aos óbices que encontram esta população em caso de judicialização de conflitos. Os padrões relacionados ao gênero e a sexualidade humana vêm sendo constantemente discutidos. Novas identidades sexuais se consolidam e acabam por criar um novo cenário social e cultural, descontruindo os comportamentos hegemônicos e imposições normativas, como a dualidade biológica de gênero e a normatividade do desejo, revelando novas maneiras dos indivíduos vivenciarem sua sexualidade, assim como as combinações entre anatomia, identidade e desejos. Este é o caso da transexualidade, que se caracteriza por uma necessidade do indivíduo de viver, ser aceito e reconhecido como um membro do sexo oposto, havendo desconformidade do indivíduo que não se identifica psicologicamente com o sexo morfológico com o qual nasceu. Através, inicialmente, de uma pesquisa bibliográfica, buscou-se compreender sobre a formação do conceito de gênero, sexo, orientação sexual e transexualidade; e as perspectivas jurídicas, no âmbito da autonomia privada. Portanto, como técnica de pesquisa foi utilizada a bibliográfica e documental. O estudo concluiu que apesar de existirem instituições que oferecem gratuitamente serviços à população transexual, como assistência judiciária e a saúde, outros fatores interferem na efetividade de acesso à justiça desta população, como a marginalização, violências simbólicas e o estado de vulnerabilidade e precariedade em que vivem.

Palavras-chaves: Gênero. Transexualidade. Acesso à Justiça.

Abstract: The present research aims to analyze the effectiveness of the right to access to justice of transsexuals focusing on the obstacles that find this population in the case of conflict judicialization. Patterns related to gender and human sexuality have been constantly discussed. New sexual identities consolidate and end up creating a new social and cultural scenario, disrupting hegemonic behaviors and normative impositions, such as the biological duality of gender and the normativity of desire, revealing new ways of individuals to experience their sexuality, as well as the combinations between anatomy, identity and desires. This is the case of transsexuality, which is characterized by an individual's need to live, be accepted and recognized as a member of the opposite sex, and there is disconformity of the individual who does not identify psychologically with the morphological sex with which he was born. Initially, through a bibliographical research, we sought to understand the formation of the concept of gender, sex, sexual orientation and transsexuality; and legal perspectives, within the scope of private autonomy. Therefore, as a research technique, bibliographical and data analysis were used. The study found that although there are institutions that offer free transgender services, such as legal aid and health care, other factors interfere with the effectiveness of access to justice for transgender people, such as marginalization, symbolic violence and the state of vulnerability and precariousness in who live.

Keywords: Gender. Transsexuality. Access to justice.

1 Introdução

O campo de ação do presente trabalho refere-se à assecuração do acesso à justiça pela população transexual, reconhecidamente um dos instrumentos existentes em nosso ordenamento jurídico para a proteção integral destes, buscando tecer considerações acerca da efetividade do modelo tal qual como existente hoje no Brasil.

Para tanto, neste artigo, através, inicialmente, de uma pesquisa bibliográfica, buscou-se compreender sobre gênero, sexo e orientação sexual e sua contribuição para a construção do fenômeno da transexualidade.

A metodologia utilizada será a analise bibliográfica e documental. O problema a ser respondido no presente artigo será: Quais as objeções que a população transexual enfrenta no acesso à justiça?

Cada um(a) de nós é uma pessoa única, que porém tem características comuns a toda a humanidade. Elas nos identificam com alguns e nos tornam diferentes de outros, como a região em que nascemos e crescemos, nossa raça, classe social, se temos ou não uma religião, idade, nossas habilidades físicas, entre outras que marcam a diversidade humana (BENTO, 2004). Dentre essas dimensões, este artigo se foca na do gênero para refletir sobre a discriminação da transexualidade e como isso pode influenciar na busca pela efetivação do acesso à justiça.

Cabe lembrar que a população transexual depende do poder judiciário para adquirir uma maior inteligibilidade social, uma vez que não há qualquer regulamentação jurídica sob a identidade transexual, gerando uma série de constrangimentos que atuam em uma maior estigmatização e abjeção desse público.

O objetivo principal é examinar, através dos dados colhidos, o acesso à justiça das pessoas transexuais. Como objetivos secundários, serão estudados alguns conceitos concernentes ao gênero e à heterossexualidade compulsória. Além disso, objetiva-se examinar a eficácia do direito ao acesso à justiça da população transexual. Assim, almeja-se estabelecer, ao final, se, o acesso à justiça, na forma como previsto, realmente alcança o seu papel, viabilizando a concretização dos direitos dessas pessoas.

2 Conceito de gênero, sexo e orientação sexual

> Quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: - só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente ainda hoje, a enormidade desse erro. De igual modo o homem atribuiu a tudo o que existe uma relação moral, jogando sobre os ombros do mundo o manto de uma significação ética. Um dia, tudo isso não terá nem mais nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol. Friedrich Nietzsche. Aurora, p. 27 (São Paulo: Escala, 2008)

A perspectiva de gênero é sempre relacional, baseada em uma categoria social construída historicamente, na qual se inserem as relações entre homens e mulheres em espaços e momentos temporais concretos. Transcende as características naturais que definem os sexos, envolvendo uma visão de mundo, a qual sintetiza idealmente as diferenças, os contrastes e as especificidades concretas do fenômeno estudado. (Flores, 2008).

O conceito de gênero da Organização Mundial da Saúde corresponde aos comportamentos, aos papéis, às atividades e às atribuições socialmente construídas e que uma sociedade determinada considera adequados para homens e para mulheres, sendo a diferenciação sexual masculino e feminino categorias de gênero. (Magar, 2015)

O termo gênero remete ao conjunto das representações culturais construídas a partir da diferenciação biológica dos sexos. No conceito de gênero tem-se como premissa o desenvolvimento das noções de masculino e feminino como construção social. Já o termo sexo, pode-se dizer que corresponde ao atributo anatômico, "refere-se às diferenças anatômicas entre homens e mulheres, a corpos marcadamente diferenciados e ao que nos divide e não ao que nos une". (Weeks, 2000)

Mulheres de países nórdicos têm características que, para nossa cultura, são tidas como masculinas. Ser masculino no Brasil é diferente do que é ser masculino no Japão ou mesmo na Argentina. Há culturas para as quais não é o órgão genital que define o sexo. Ser masculino ou feminino, homem ou mulher, é uma questão de gênero. Logo, o conceito básico para entendermos homens e mulheres é o de gênero.

Sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto-percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.

O conceito de sexo contempla as características corporais, como cromossomos, hormônios, genitais e órgãos reprodutivos internos que definem homens e mulheres ao nascer. Corresponde a "um termo descritivo para as diferenças anatômicas básicas, internas e externas ao corpo, diferenciando homens e mulheres. (Week, 2000)

Nas palavras de Scott (1995, p.75), gênero corresponde a uma categoria imposta socialmente sobre um corpo sexuado:

> O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as 'construções sociais' – a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado.

Guacira Lopes Louro (2003, p.24) expressa a ideia de gênero como constituinte da identidade dos sujeitos. A autora compreende [...] os sujeitos como tendo identidades plurais, múltiplas; identidades que se transformam, que não são fixas ou permanentes, que podem, até mesmo, ser contraditórias. Por fim, arremata a professora que

> [...] Ao afirmar que o gênero institui a identidade do sujeito (assim como a etnia, a classe, ou a nacionalidade, por exemplo) pretende-se referir, portanto, a algo que transcende o mero desempenho de papéis, a ideia é perceber o gênero fazendo parte do sujeito, constituindo-o. (Louro, 2003, p.25).

A filósofa Judith Butler (2003) desconstruiu o conceito de gênero cerne da política feminista, que adota como pressuposto a ideia de que o sexo é natural e o gênero é socialmente construído. O conceito de gênero como culturalmente construído, diferentemente do de sexo, como naturalmente adquirido, formaram o par sobre o qual as teorias feministas se fundamentaram até meados da década de 1980, quando começaram a ser questionadas, servindo ainda nos dias atuais para justificar preconceitos.

Atualmente as categorias sociais se multiplicam, ultrapassam fronteiras e, para aqueles que se prendem a dicotomias e demarcações bem definidas, essa pluralidade abre várias possibilidades de configurações de gênero e sexo.

A identidade de gênero refere-se ao senso interno, pessoal de ser um homem ou uma mulher, um menino ou uma menina. (Glaad, 2015). É a maneira como a pessoa se enxerga ou se autodetermina, independentemente do sexo, ou seja, como homem, como mulher, como ambos ou mesmo como nenhum dos dois gêneros, independentemente da anatomia. A identidade de gênero, portanto, relaciona-se à maneira de se perceber, de se notar e de compreender a masculinidade ou feminilidade. Louro (2000) destaca que:

> Reconhecer-se numa identidade, supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência. Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. Somos sujeitos de muitas identidades. Essas múltiplas identidades sociais podem ser, também, provisoriamente atraentes e, depois, nos parecerem descartáveis; elas podem ser, então, rejeitadas e abandonadas. Somos sujeitos de identidades transitórias e contingentes. Portanto, as identidades sexuais e de gênero (como todas as identidades sociais) têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural, afirmado pelos teóricos e teóricas culturais.

No que diz respeito aos tipos de orientação sexual, verifica-se o desejo ou a conduta sexual de um indivíduo por determinado gênero, mostra-se para que direção sua sexualidade (Nas palavras de Louro (2007, p. 18) "a construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações [...]. É um processo minucioso, sutil, sempre inacabado".) está orientada, indica-se por quem a pessoa sente atração, mostra-se a inclinação da pessoa sob o aspecto afetivo, amoroso e sexual.

Portanto, os estudos sobre gênero evidenciam que a diferenciação sexual masculino e feminino são resultados de padrões sociais construídos. Não é o órgão genital que determina as expressões, os gestos, os movimentos e o vestuário adequado da pessoa humana.

3 Conceito de transexualidade

> Descobre, desvenda. Há sempre mais por trás. Que não te baste nunca uma aparência do real. (ABREU, 2011, p. 23)

Segundo Colette Chiland (2008), transexuais são pessoas que acreditam estarem aprisionadas em um

corpo do qual não pertencem e que desejam transitar entre os sexos.

Dentro dos estudos sobre a transexualidade, umas das referências que se tem, é o autor Harry Benjamin, que trouxe em sua teoria, publicada em 1966, certas características para se verificar o "verdadeiro transexual". Seus conceitos se tornaram parâmetro para diagnosticar as pessoas que chegavam às clínicas requerendo a cirurgia de transgenitalização. Ainda, Harry Benjamim indicou que o único tratamento possível para os transexuais era a cirurgia de transgenitalização.

Consequentemente por conta dos estudos de Harry Benjamin e outros estudiosos, em 1980, a transexualidade é oficialmente vista como patologia ao ser inserida no Código Internacional de Doenças, sendo então um símbolo no desenvolvimento da patologização do gênero. (Veiga, 2016)

Dessa forma, o termo "transexualismo", apesar de um grande movimento contra, está situado na Classificação Internacional de Doenças (CID-10 F 64.0), como Transtorno de Identidade Sexual, com o seguinte conceito:

> Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.[1]

Veja-se que a CID conceitua o transexual como alguém que "deseja" ser o sexo oposto. Porém, Colette Chiland (2008), traz em seu livro experiências de trabalho com transexuais que demonstram que para eles, não se trata de um desejo de pertencer ou um simples mal-estar, mas da evidencia de que eles são.

Gerald Ramsey (1998), diz que o fato de haver um diagnóstico para os transexuais não deve ser visto como algo negativo, pois a ausência de um diagnóstico levaria o transexual a ser tratado como esquizofrênico ou enquadrado em outras categorias de comportamento sexual desviante, haja vista, segundo o autor, ser o transexual um desviante da norma biológica e psicológica, portanto, anormal.

Robert J. Stoller (1982), traz em sua teoria (livro originalmente de 1975) sobre o transexualismo masculino (homem para mulher – o que hoje seria chamado de mulher transexual), que essa transexualidade tem origem especialmente no comportamento da mãe, que na infância desenvolveu características masculinas que se mesclaram com as suas características femininas, se tornando uma mulher cronicamente deprimida, pois na infância acreditara pertencer ao mundo dos meninos, mas que abandonou a ideia após ver que seu corpo estava se desenvolvendo com características de mulher e que ainda possuía uma mãe extremante fria.

Alega o autor, que o conjunto da bissexualidade (o que a época ele usava para definir a presença dessas características masculinas e femininas) e da depressão, levam a mãe do transexual a ter uma relação forçosa e continua com seu filho, uma inveja e admiração temerosa do pênis do mesmo, que é só em relação ao seu filho e não em relação aos outros homens, e consequentemente, essas mães, desencorajam as características masculinas que venham a surgir e encorajam as consideradas femininas.

De acordo com a teoria de Robert J. Stoller (1982), a transexualidade feminina (menino para menina) infantil é causada pelo comportamento da mãe, mas é passível de cura por meio de tratamento terapêutico que consiste em fazer a criança reconhecer o pênis como fator diferenciador entre ele e as mulheres, e da mesma forma de sua condição de superioridade em relação a elas. Da mesma forma, a terapia encoraja sentimentos hostis e faz com que a criança rejeite tudo que seja de menina. (Bento, 2006)

No entanto, Berenice Bento (2006) expõe que sua pesquisa com transexuais demonstrou uma realidade de contato entre eles e suas mães e famílias, totalmente diversa do que apresenta Robert J. Stoller., pois em muitos casos, o que se constatava dessa relação era abandono materno, conflitos por preconceito e não uma superproteção como afirma o autor.

O que se vê da Teoria de Robert J. Stoller é tentar justificar a identidade de gênero que não advém do sexo, pois este acontecimento não poderia ser visto como normal, tendo em vista, como exposto no primeiro título, que o gênero por muito tempo foi estabelecido como uma extensão natural do sexo.

[1] Disponível em <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>. Acesso em 27 jul.2017

Para Letícia Lanz (2014), classificar o transexual como possuidor de um distúrbio, faz com que ele seja tratado como um "bom desvio", trazendo um abismo ainda maior entre a diferença deste para o travesti, que é considerado o "mau desvio", o "pervertido". E, mesmo que a condição de doente mental seja estigmatizante, é melhor aceito socialmente, do que a condição de "delinquente".

Atualmente, tenta-se desconstruir essa ideia patológica que se tem do transexual ao ver que na verdade, só há pessoas consideradas "anormais", "confusas", porque existe um binarismo sexual compulsório que faz com que certos indivíduos não se encaixem nos padrões regulados por esse sistema. (Veiga, 2016)

Assim, explica Hélio Veiga Jr (2016, p.21-22):

> Ainda, no que tange à transexualidade e como a sociedade reage a ela, verifica-se que um padrão normativo de comportamento e de aceitabilidade sexual foi construído ao longo dos anos, chegando à conclusão discriminante de que a normalidade e aceitabilidade social se vincularia exclusivamente ao indivíduo que possuísse o sexo físico em sincronismo com o sexo psíquico cuja sexualidade se desperta para o sexo oposto, ou seja, um indivíduo cisgênero e heterossexual.

Em razão desse sistema heteronormativo, constrói-se a ideia de um gênero natural; e o que não é normal, é patológico. Criando dessa forma, a exclusão e a marginalização de algumas pessoas que não condizem com a heterossexualidade (Veiga, 2016). A patologização foi a maneira de explicar o transexual, pois a final, para a nossa sociedade, o "natural" é que o corpo que nasce ostentando uma vagina seja uma mulher ou o corpo que nasce com um pênis seja um homem, e consequentemente, que o desejo erótico afetivo do homem esteja voltado para mulher e o da mulher esteja voltado para o homem.

Importante destacar, que apesar da transexualidade estar classificada num rol de doenças, até agora nunca foi encontrada nenhuma anomalia genética nos transexuais e mesmo outras suposições como testosterona ou estrogênio desregulados nunca foram provados, o que se faz questionar do porquê de ainda ser considerado uma patologia. (Veiga, 2016)

Juliana Gongaza (2010) diz que: "a transexual é aquela que fez (ou deseja fazer) a cirurgia de transgenitalização". No entanto, assim como para a travesti, há um problema nessa definição rígida, tendo em vista que nem todo transexual deseja uma intervenção cirúrgica. (Lanz, 2014) E, se o gênero é uma construção social, seria correto dizer que esta pessoa que não necessita de cirurgia, não se identifica com o gênero do sexo oposto?

Nesse sentido, cabe destacar as palavras de Berenice Bento (2006, p.44-45):

> O trabalho de campo revelou que há uma pluralidade de interpretações e de construções de sentidos para os conflitos entre o corpo e a subjetividade nessa experiência. O que faz um sujeito afirmar que pertence a outro gênero é um sentimento; para muitos transexuais, a transformação do corpo por meio de hormônios já é suficiente para lhes garantir um sentido de identidade, e eles não reivindicam, portanto, as cirurgias de transgenitalização.

A autora, faz uma crítica às características impostas pela medicina para verificar o verdadeiro transexual. Segundo à autora, ao estabelecer padrões, desconsidera-se a pluralidade de sentidos sobre o corpo e a subjetividade e obriga os/as transexuais a seguir certos padrões para que possam ser reconhecidos como tal, gerando assim, uma estrutura de hierarquia e exclusão.

Da mesma forma, Hélio Veiga Jr.(2016) explica que um dos problemas da patologização é que esta cria um diagnóstico que condiciona os transexuais às mesmas características, mundializando-as e consequentemente desconsiderando suas cargas históricas e seus fenômenos emocionais que são próprios de cada um.

Cria-se assim, outro conflito, o de não se encaixar novamente e dessa forma, não ter sua identidade reconhecida, hierarquizando os indivíduos como transexuais "de verdade" e o que estão à margem dessa concepção.

Claro que, considerando a ordem binária de gênero, é mais fácil entender quando o conceito de transexual diz que este é aquele que entende ter nascido no corpo errado, rejeitando seu órgão sexual, requerendo, portanto, a cirurgia de transgenitalização, para haver coerência entre o sexo e gênero. E de fato,

muitos recorrem para a interferência cirúrgica.

No entanto, não é correto que se estabeleça a cirurgia de transgenitalização como requisito para reconhecer uma pessoa como transexual. Primeiro porque alguns transexuais se sentem realizados apenas com o tratamento hormonal; segundo, porque essa ideia pressupõe que quem não realizou a cirurgia não pertence ao gênero que ostenta. (Veiga, 2016)

Ademais, Berenice Bento constatou em sua pesquisa com transexuais que muitas vezes a vontade de fazer a cirurgia de transgenitalização não está atrelada a vontade de ter uma vagina, no caso das mulheres transexuais, mas em querer que a sociedade a reconheça como um ser feminino, tendo em vista que a presença do pênis prejudica esse reconhecimento. Ou seja, a cirurgia, em alguns casos, é vista apenas como um facilitador de conflitos e um modo de ser melhor recebido na sociedade binária e heteronormativa.

Ainda, deve-se lembrar, conforme exposto até aqui, que o corpo não reflete o gênero, apenas é usado como forma de diferenciá-los. Assim, o transexual expõe seu gênero através de características vistas como sendo de homem ou de mulher. Mas, não como cópias de um modelo original, visto que a ideia de uma essência masculina ou feminina perde seu sentindo quando se percebe que o "modelo original" também tem que incorporar o gênero da mesma forma que o transexual, ou seja, através de repetição de atos. (Bento, 2006)

Colette Chiland (2008, p.117-118) diz que "precisamos manter pontos de referência sólidos e apesar, apesar da compaixão, não perder a "bússola do sexo", isto é, o pleno reconhecimento da diferença sexual, que constitui um dos aspectos da finitude humana, sua aceitação e a capacidade de dar a esse fato biológico "bruto" uma significação na vida".

Para a autora, o tratamento hormonal ou a cirurgia de transgenitalização é dado por compaixão pelos profissionais da saúde, como forma de diminuir o sofrimento, mas não extingui-lo, visto que permanece o conflito de nunca poderem ser homens/mulheres nascidos e que a cirurgia não tem a capacidade de modificar os cromossomos e os órgãos internos, muito menos sua bagagem de vida.

O que se percebe dessa narrativa é a incessante tentativa do saber médico de proteger a ideia de que o corpo reflete o sexo e, por sua vez, o gênero é consequência dessa relação. Tentando convencer que quem "foge" dessa lógica retrata uma identidade transtornada. Ao mesmo tempo que se tenta naturalizar as identidades, na mesma direção caminha a patologização de forma a marginalizar os seres "desviantes". Porque nitidamente os transexuais rompem com toda a "lógica" do sistema binário heteronormativo que tanto se tenta proteger. (Bento, 2012)

Dessa forma, Berenice Bento (2006, p.103) questiona: "O que é um homem e uma mulher de verdade? O que é ter sentimentos femininos e masculinos? Como concluir que este ou aquele sentimento é mais ou menos feminino/masculino? Como reconhecer um homem/uma mulher "de verdade"? "

Cabe se reportar ao pensamento de Judith Butler (2017) de que não existe uma identidade preexistente, nem masculinidade e feminilidade verdadeiras. Consequentemente, a feminilidade não está no nascimento com vagina, mas na forma como esse corpo se reproduz na sociedade, nas suas atitudes, na aparência, na repetição de atos estabelecidos pela sociedade como sendo de mulher. (Lanz, 2014).

O que tentou se demonstrar com esse primeiro capítulo foi a evolução da concepção sobre o gênero e as constantes críticas sobre a atual ordem binária e heteronormativa estabelecida culturalmente.

Conforme se expos, o gênero deixou de ser visto como algo que decorre naturalmente do sexo para ser reconhecido como produto de imposição política e cultural. Da mesma forma, os gêneros feminino e masculino não se tratam de conceitos estáveis, havendo várias formas de manifestação das identidades. Outrossim, trata-se de equívoco chamar pessoas do sexo macho que se consideram mulheres como indivíduos gênero-divergentes, pois tal concepção só existe dentro da ultrapassada ordem binária de gênero, onde o sexo define a identidade.

Por conseguinte, o/a transexual não pode ser visto como um ser patológico, considerando que constrói e manifesta seu gênero como qualquer outro indivíduo e merece o reconhecimento da sua identidade independentemente de intervenção cirúrgica.

As demandas propostas por esta população: retificação de dados no registro civil e indenizações por

danos morais sofridos é uma busca por uma maior inteligibilidade social e, portanto, uma procura por um estado de menor precariedade. É uma luta pela manutenção da própria vida; não somente da vida enquanto expressão do estar-vivo, mas do gozo de uma maior liberdade de trânsito sem que esses corpos estejam sujeitos a qualquer tipo de violência.

4 Objeções do transexual no acesso à justiça

> Sempre acrescentei nas minhas palestras que não dava à arquitetura maior importância e não havia nada de desprezível nessas palavras. Comparava-a a outras coisas ligadas à vida e ao homem, referia-me à luta política, à colaboração que todos nós devemos à sociedade, aos nossos irmãos mais desfavorecidos. O que se compara à luta por um mundo melhor, sem classes, todos iguais? Oscar Niemeyer.

O direito de acesso à justiça é abundantemente reconhecido e insuficientemente satisfeito. O debate em torno ao acesso à justiça se justifica onde haja alguma forma de injustiça para alguma pessoa ou grupos de pessoas, qualquer que seja o tipo de intensidade da mesma. (Cappelletti, 1988).

Por todo o exposto nos títulos anteriores, de que tudo que foge à heteronormatividade é excluído, por fugir da normalidade das regras sociais, a população transexual fica a margem social, sem reconhecimento de sua identidade, de direitos e, por conseguinte, de proteção estatal. Assim, necessário refletir sobre o acesso a jurisdição, pois o debate sobre o acesso à justiça, neste aspecto, é um debate sobre igualdade/desigualdade de distintas categorias sociais de pessoas.

Isso porque, analisar o acesso à justiça das minorias, como a minoria transexual, resulta em uma analise de igualdade ou não de oportunidade (Dubet, 2001. p. 12), que consiste na promessa e oferecimento de que todas as pessoas, qualquer que seja sua situação social, tenha iguais oportunidade de ascender a melhores posições sociais.

Autores como Silvana Begala e Carlos Lista (2002, p. 23) construíram uma tese sobre a existência de obstáculos objetivos e subjetivos ao acesso à justiça, os quais forma parte ou são consequência da situação de marginalidade de pessoas inseridas em grupos historicamente marginalizados.

Assim, os obstáculos objetivos, são aqueles que se derivam da posição desvantajosa que ocupam as pessoas dentro do sistema de desigualdades sociais, como por exemplo, a falta de recursos econômicos, deficiências educativas, distância geográfica entre quem necessita de serviços jurídicos e aqueles que os proveem (advogados, juízes e tribunais etc), o que resulta em maiores custos e menor acessibilidade. Essas assimetrias apresentam situações desvantajosas e obstáculos objetivos, como são, entre outros o custo do litígio, que inclui os honorários dos advogados e os gastos de tribunais e também a lentidão judicial, que afeta não somente os pobres e marginalizados, como também tem custos adicionais sobre as partes de forma social e econômica mais debilitadas e/ou sobre as controvérsias de menor quantia. (Sá Neto,2015).

Por sua vez, os obstáculos subjetivos constituem determinantes próprios de uma categoria de pessoas que dificultam a efetivação de comportamentos que fazem possível a defesa e promoção dos direitos pessoais. Entre outros, formam parte desse tipo de obstáculos, o desconhecimento do direito e a incompatibilidade do discurso jurídico; a dificuldade para reconhecer os próprios direitos e utilizar os mecanismos jurídicos e judiciais para fazê-los valer; as atitudes e representações negativas e a desconfiança ante os juízes, ante os advogados e também ante a órgãos administrativos como é o caso da polícia; a percepção de não universalidade e de não neutralidade da lei etc. (Sá Neto, 2015).

Neste sentido, em artigo publicado sobre as transidentidades e o acesso à justiça no Estado do Maranhão, de Tuanny Soeiro Sousa (2016), a pesquisadora ressaltou que mesmo com as ferramentas oferecidas pela OAB-MA e pela DPE- MA, só foram encontrados três processos sobre a retificação de nome e sexo de sujeitos travestis e transexuais sentenciados em primeiro grau, e um em segundo grau. Concluindo que os óbices existentes ao acesso à justiça, não se resumem somente à disponibilidade, pelo Estado, das ferramentas necessárias para que os direitos sejam pleiteados frente ao poder judiciário.

Vale ressaltar que um nome não condizente com a aparência de gênero é uma das principais causas

de constrangimentos vividos por pessoas transexuais e travestis em seu dia-a-dia. Por esse motivo, o direito à mudança de nome se tornou uma das grandes bandeiras de luta do movimento transexual, sendo que muitas militantes acreditam que a partir da mudança do nome, se começa a conquistar outros espaços de cidadania[2].

Para Cappelletti et al (1988), a expressão "acesso à justiça" serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiramente, deve ser igualmente acessível a todos; depois, deve produzir resultados socialmente e individualmente justos.

Assim, cabe a reflexão: Será que pessoas transexuais, excluídas da sociedade por preconceito de uma identidade diferente, que não conseguem circular em espaços públicos, para atividades simples, como utilizar um transporte coletivo, fazer compras ou mesmo vivenciar lazer, sem sofrer preconceito, da mesma forma e pela mesma razão, desistem de frequentar escola, não conseguem emprego formal, muitas vezes também não conseguem atendimento de saúde adequado, será que esta população possui igualdade de oportunidade com qualquer outro cidadão que vive sua sexualidade e gênero dentro dos padrões sociais? Será que para esta população o acesso à justiça é efetivo? A resposta parece ser negativa, principalmente quando se observa pesquisas como a citada, no Estado do Maranhão.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido transformações ao longo da história. No século XVIII, os procedimentos adotados para resolução de litígios civis refletiam uma filosofia individualista dos Direitos. Assim, o acesso à justiça era considerado um direito natural, anterior ao Estado; este tinha somente a obrigação de impedir que fosse infringida a igualdade formal de um indivíduo por outros. "O Estado, portanto, permanece passivo, com relação a problemas tais como aptidão para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática". (Cappelletti et al, 1988, p. 9). Logo, o acesso correspondia apenas à igualdade formal, sem ser, contudo, efetiva, em decorrência da incapacidade de muitos sujeitos em conseguir utilizar plenamente a justiça e suas instituições.

Diferentes mudanças sociais, econômicas e culturais ocorridas nas últimas décadas e os novos conflitos sociais derivados dessas mudanças levaram a uma profunda reformulação da temática sobre o acesso à justiça. As demandas por uma maior igualdade crescem e nessa medida surgem novos atores sociais e formas de mobilização do direito. Esse é o caso das minorias de gênero ou sexualidade, protagonistas que têm politizado o acesso à justiça na procura do reconhecimento de seus direitos e o tratamento mais igualitário e equitativo da diversidade, em suas distintas expressões.

O direito à justiça articula conflitos sociais com necessidades jurídicas e estratégias de solução das mais diversas índoles, e isso é assim pois se centra em uma tensão particular que surge, por um lado, do reconhecimento jurídico da igualdade ante a lei e, por outro, de estruturas e relações sociais intrinsecamente desiguais. Segundo Carlos Lista (2010, p. 13), "Dito de forma sensível, ali onde há desigualdade social, haverá desigualdade de direitos e as possibilidades de sua defesa também serão desiguais".

Desta forma, a partir do momento que as ações passam a ter caráter mais coletivo que individual, as sociedades também integram visões mais coletivas de direito. Assim, fez-se o reconhecimento de direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Nesse contexto, o direito ao acesso à justiça ganha grande importância, uma vez que a titularidade de direitos perde sentido na ausência de mecanismos de efetivação. "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar o direito de todos". (Cappelletti et al, 1988, p. 12).

A falta de reconhecimento de direitos e a injustiça estão disseminadas ao largo de todo o campo social, pelo que os conflitos em torno do acesso à justiça compreendem múltiplas situações. Em consequência, na atualidade, o estudo desse fenômeno abarca um amplo espectro de circunstâncias sociojurídicas específicas, referidas ao reconhecimento de distintos direitos, por parte de (ainda que não exclusivamente) os órgãos estatais, a partir de reivindicações realizadas por diversos grupos sociais.

Dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", porém a efetividade do processo como garantia de direitos fundamentais não se exprime somente pelo direito de petição aos órgãos judicantes, mas também à tutela jurisdicional

[2] Disponível em: http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2011/01/com-cirurgia-liberada-transexuaistem-batalha-para-trocar-nome-oficial.html. Acesso em: 23/10/2017.

efetiva, adequada e tempestiva. (Cappelletti, 1988). Contudo, como lembra o mesmo autor, a efetividade, no que tange à igualdade de afirmação e reinvindicações de direitos, é utópica, e as diferenças não podem ser jamais erradicadas, mas seus obstáculos podem ser atacados, resta só identifica-los.

A própria rotina de discriminação e violência afasta uma grande parcela da população transexual de baixa renda do direito de livre trânsito pela cidade. Tais violências físicas e simbólicas transformam-se em verdadeiros óbices não somente ao acesso à justiça, mas a tantos outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade sexual e o direito à não discriminação. Cidadãos que possuem recursos financeiros para propor ou defender demandas têm mais vantagens, como contratação de profissionais mais qualificados, conseguem suportar os custos de processos demorados..

Além disso, os indivíduos têm limitado conhecimento acerca de como ajuizar uma demanda. Portanto, a informação é uma necessidade primordial e necessária, mas esbarra em outra barreira: a disposição psicológica para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que têm como se aconselhar com um jurista qualificado podem não buscá-lo. Também é apontado como óbice: "procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho" (Cappelletti at al, 1988, p. 24). E quanto mais não-tradicional o direito é, mais difícil se torna a busca por resolução via sistema judiciário.

5 Considerações finais

As sociedades concebem muitas de suas construções como se fossem naturais, como no caso do gênero e da sexualidade. Mas, apesar de consolidadas, muitas verdades são vulneráveis, pois são construídas a partir de pontos de vista e de interesses específicos, muitos dos quais, políticos. As verdades são construídas a partir da ideia de inteligibilidade, do que é compreensível diante dos próprios signos da linguagem.

Em se tratando de identidade de gênero, compartilhamos um sistema linguístico que, de forma notória ou sutil, reitera cotidianamente o binarismo sexual. Não há como se constituir fora dos referencias sociais de que se é masculino ou feminino, não existe uma terceira, quarta ou quinta opção, "e nem vai existir, pois a natureza criou apenas o homem e a mulher", diriam os defensores das normas de gênero.

Porém, se é o discurso que produz as verdades e os sujeitos, o próprio discurso é contextual. Assim, o ser humano tal qual o concebemos, é todo social, pois as próprias definições do que é "ser" humano são sociais. Na impossibilidade de recorrermos a uma instância ou entidade exógena que nos diga o que é o mundo e quem somos, temos de nos contentar com as nossas próprias respostas a essas questões, de forma que as verdades nas quais acreditamos são produzidas por nós mesmos.

Entretanto, ao analisarmos a questão de gênero e a transexualidade a partir de um processo de construção de novas verdades, são produzidos termos e concepções que entram em conflito com o saber hegemônico, mas que nas interações políticas e sociais, podem suscitar negociações e concessões que resultarão em novas contingências, em novas configurações da ordem social em relação ao gênero.

O acesso à justiça é exercício da cidadania. Um Estado, que tem por fundamento a cidadania, há de estabelecer mecanismos de isonomia material no processo para os despossuídos, para que a desproporção de poder econômico em relação à parte contrária seja equalizada. Segundo Capelletti (1988), o movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do moderno Estado Social, ou welfare State.

Acredita-se transexuais têm seus direitos de acesso à justiça limitados por questões que perpassam desde o não reconhecimento de direitos que possuem, até mesmo fatores ligados às transfobias cotidianas. Como a sociedade pode exigir que, diante das exclusões sociais que sofrem, os transexuais tenham disposição psicológica para demandar seus direitos em espaços onde as violências invisíveis podem ser reiteradas?

A necessidade de concretizar o direito de acesso à justiça não deve, porém, vacilar ante as dificuldades próprias da empreita, sob pena de amanhã lamentar-se a inércia.

Mostra-se imperioso, pois, que o acesso de pessoas transexuais à Justiça seja uma meta, de forma que se possa realmente oferecer a estes sujeitos de direito a realização de seus direitos fundamentais, iniciando um novo capítulo na história do país, onde a violação não seja uma regra, mas, sim, uma exceção.

Referências

BENJAMIN, Harry. The Transsexual Phenomenon. – Dusseldorf: Symposium Publishing, 1999.

BENTO, Berenice. Sexualidade e experiências trans: do hospital à alcova. Ciência e saúde coletiva, Rio de Janeiro, vol.17 no.10, out. 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n10/15.pdf>.

_____. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. Desdiagnosticando o gênero. Physis. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHILAND, Colette. Transexualismo. São Paulo: Loloya, 2008.

DUBET, François. Repensar a Justiça Social. Contra o mito da igualdade de oportunidades. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

FLORES. Joaquín Herrera Flores. La construcción De Las Garantías. Hacia Una Concepción Antipatriarcal De La Libertad Y La Igualdad. In Sarmento, Daniel, Ikawa, Daniela e Piovesan, Flavia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GLAAD Media Reference Guide. Transgender Issues (em inglês). 2015. Disponível em: < http://www.glaad.org/reference/transgender> Acesso em: 09 jun. 2016.

JAYME, Juliana Gonzaga. Travestis, transformistas, drag queens, transexuais: montando corpo, pessoa, identidade e gênero. In: CASTRO, Ana Lucia (Coord). Cultura contemporânea, identidades e sociabilidades: olhares sobre corpo, mídia e novas tecnologias [online]. São Paulo: UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 169. Disponível em <https://static.scielo.org/scielobooks/js9g6/pdf/castro-9788579830952.pdf>. Acesso em 20 ago.2017.

LANZ, Letícia. O corpo da Roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. 2014. 342 f. Dissertação (Mestrado) – UFPR, Curso de pós-graduação em sociologia, Curitiba, 2014. p. 161. Disponível em <http://hdl.handle.net/1884/36800> Acesso em 30 jun.2017

LISTA, Carlos. El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países Latinoamericanos. Madrid: Dykinson, 2010.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

MAGAR, Veronica. Gender, health and the Sustainable Development Goals (em inglês). WHO. 2015. Disponível em: < http://www.who.int/gender-equity-rights/news/gender-health-sdgs/en/> Acesso em: 09 jun. 2016.

RANSEY, Gerald. Transexuais: perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. O acesso à justiça e o direito à diversidade sexual, de gênero e sexualidade: da Argentina ao Brasil. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7dd6af0d70340195.

SCOTT, Jean. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade, v.20, n.2, 1995.

SOUSA, Tuanny Soeiro. Acesso negado: Transidentidades e acesso à justiça no Estado do Maranhão. Revista Cidadania e Acesso à Justiça 2016. Brasília, v.1. n.2, p.966-984, Jan/Jul.2016.

STOLLER, Robert J. A experiência transexual. Rio de Janeiro: Imago, 1982.

VEIGA JÚNIO, Hélio. O direito de pertencer a si mesmo: a despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: (Org.) LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LIBERALISMO BRASILEIRO: FATOR IMPEDITIVO DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL? BRAZILIAN LIBERALISM: IMPEDIMENT OF CONCILIATION IN CIVIL PROCEEDINGS?

Michelle Fernanda Martins

Mestre em Direito e Sociedade pela Unilasalle. Professora Universitária da ULBRA. Professora convidada da UNILASALLE. Advogada.

michelle@malgarinemartins.adv.br

Resumo: O presente trabalho aborda como ocorreu o movimento do "liberalismo" brasileiro, assim como ocorreu o movimento da independência política no Brasil, abordando a contraposição entre os interesses da elite e do povo. Aborda ainda se as peculiariedades do liberalismo brasileiro não podem ainda hoje representar um fator impeditivo da conciliação no processo civil. Este questionamento surge, pois a conciliação foi alçada a status constitucional com a Constituição Imperial de 1824, onde se procurava limitar a participação política dos indivíduos menos favorecidos e, por consequência, os seus direitos. Ou seja, questiona-se a conciliação não poderia, naquela época, representar uma limitação do acesso à justiça dos cidadãos. Ainda, estuda-se a conciliação nos dias atuais, assim como a forte resistência que há ao instituto, questionando se não seria importante analisar o contexto sócio-histórico brasileiro atual, para que se garanta que este instituto represente o acesso à justiça e não o seu impedimento.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conciliação. Liberalismo Brasileiro.

Abstract: The working approach gift how did the movement to "liberalism" Brazilian, as the policy Independence Movement took place in Brazil, addressing a contrast between the interests of the elite and the people. Still addresses itself as peculiarities make Brazilian liberalism cannot even today hum represent the Conciliation deterrent factor in Civil Procedure. This wave questioning because one Conciliation was jurisdiction a constitutional status to the Imperial Constitution of 1824, where it sought to limit the Political Participation of individuals less favored and, result in, your rights. Still ask was a Conciliation could not, that season; represent a limitation of access to justice citizens. Further studies yourself a conciliation in current days, as a strong resistance que no when the institute, questioning whether it would not be important to analyze the current Brazilian socio-historical context, in order to guarantee that this institute represents the access to justice and not his absence.

Keywords: Access to Justice. Conciliation. Brazilian Liberalism.

1 Introdução

Atualmente, ao se analisar o direito brasileiro, verifica-se um Judiciário abarrotado de inúmeros processos, em que as demandas tramitam lentamente, levando um certo tempo até chegar a efetiva solução dos litígios.

Dessa forma, procurando reduzir esta morosidade processual, o CNJ tem promovido diversas ações. Uma delas é incentivar a conciliação, procurando assim desafogar o Poder Judiciário. No ano de 2006, o CNJ lançou o projeto "Semana Nacional da Conciliação", evento anual que abrange todos os tribunais do país. O CNJ ainda lançou diversas Resoluções que estabelecem políticas de conciliação: Resolução n° 125/2010, Recomendação n° 50/2014 e Resolução n° 198/2014. Ainda, no novo Código de Processo Civil, que foi publicado em 2015 e entrou em vigor no ano de 2016, se estabelece audiência de conciliação como procedimento obrigatório do processo civil brasileiro.

Contudo, embora haja todo este esforço em estabelecer uma postura conciliatória nas demandas judiciais,

há notória resistência dos indivíduos e dos operadores do direito em abandonar a *"cultura da sentença"*[1] e passar a adotar uma *"cultura da pacificação social"*. Essa resistência pode ser observada através do procedimento da audiência preliminar, que foi instituída por uma reforma legislativa em 2002, no Código de Processo Civil de 1973. Embora o procedimento fosse obrigatório, os julgadores passaram a entender que o procedimento era facultativo e dispensá-la.

No entanto, ao se estudar a história do direito no Brasil, verifica-se que a conciliação, com *status* constitucional, remonta a Constituição Imperial de 1824, onde já era prevista, sendo preconizado que nenhum processo seria iniciado sem que antes se tentasse a conciliação. Assim, verifica-se que a conciliação tem tentado ser introduzida no nosso sistema jurídico há muito tempo; no entanto, ainda não logrou êxito.

Observando o longo processo histórico em que a conciliação tem tentado ser introduzida no Brasil, questiona-se por qual motivo ocorreria essa resistência pelas partes do processo e pelos operadores do direito. Pergunta-se se isto não pode ter sido afetado pela história política do Brasil, em especial, pela história do liberalismo brasileiro, assim como pelas "conciliações" que ocorriam entre o "Partido Conservador" e o "Partido Liberal" durante o Brasil Império.

Pergunta-se também se isto não pode ter sido afetado pelo liberalismo no Brasil, que uniou as elites e os grupos urbanos pauperizados, embora estes tivessem interesses totalmente diversos. Questiona-se se a "conciliação" não é vista por parte da população como um mecanismo de cooptação, controle social e político e negação da cidadania, mormente em razão da história política do nosso país, que iniciou com a elite concretizando seus interesses e negando os interesses dos indivíduos desfavorecidos, conforme será abaixo abordado.

Para se estudar esta problemática, pretende-se abordar de forma breve a história do liberalismo brasileiro, os primeiros códigos e como tem sido o avanço da tentativa de introduzir a conciliação no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, até que ponto isto poderia atingir o direito fundamental dos indivíduos ao acesso à justiça.

2 Liberalismo brasileiro

Quando se discute sobre os fundamentos ideológicos do movimento da independência no Brasil, frequentemente está presente a discussão sobre os limites do liberalismo. Existem vários historiadores que alegam que há influência deste pensamento no movimento da independência. Há quem sustente que a tradição das ideias liberais remonta ao final do século XVIII, quando ocorreram diversas revoltas: Inconfidência Mineira (1789), Conjura do Rio de Janeiro (1794) e Revolução Pernambucana (1817) (ADORNO, 1988, p. 33).

Nesta fase, o desejo democrático e o desejo liberal pareciam não ter distinções, buscando os seguintes objetivos: *"a abolição do sistema colonial, libertação gradual dos escravos, fim da discriminação social e racial, extinção dos privilégios e riquezas consolidados durante o período colonial"* (ADORNO, 1988, p. 33).

Contudo, estando o movimento liberal brasileiro distante do universo europeu e não tendo um sentido anticlerical, passou a conceber um sentido antimetropolitano, em nova roupagem, o que significava a luta contra o monopólio português e os privilégios da coroa portuguesa. Através de fórmulas genéricas e abstratas, como "soberania popular", "liberdade" e "igualdade", foram ocultadas formas diversas de entender o ideário liberal. As reivindicações dos movimentos emancipatórios nasceram nas elites proprietárias rurais e nos grupos urbanos pauperizados, classes que possuíam ideais opostos de liberalismo (ADORNO, 1988, p. 34).

Para as elites proprietárias rurais, o liberalismo significava *"progresso, liberdade, modernidade e civilização"*. Contudo, essas elites mantinham a propriedade escrava, não tinham pretensão pretensão democratizante, não intentavam transformar o país em uma república e não se baseavam na ideia da igualdade política/jurídica/social. Já para os grupos urbanos pauperizados, o liberalismo significava *"o fim da miséria, das diferenças de cor, privilégio, de fortuna e de ocupação de cargos preferenciais"* (ADORNO, 1988, p. 34).

[1] Esta expressão - "cultura da sentença" - foi cunhada por Kazuo Watanabe para falar sobre o momento em que vivemos no Brasil, onde há um grande acréscimo no número de recursos, o que congestiona todas as instâncias do Poder Judiciário. (WATANABE, Kazuo. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional.** Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 04)

Essas duas formas de compreender o ideário liberal acompanharam a vida política e social da sociedade brasileira do século XIX até a formação do Estado Nacional e tiveram pontos positivos, como a ruptura com o pacto colonial e o aparecimento da sociedade nacional como requisito para a futura sociedade de mercado (ADORNO, 1988, p. 34).

A junção das elites e do povo na luta pela independência foi possível, pois havia uma relação de sinergia. Ambos tinham interesse: o povo desejava o fim da miséria e as elites desejavam o fim dos monopólios e das restrições de comércio (ADORNO, fls. 37-39).

No entanto, estas visões opostas terminaram por caracterizar o período regencial e o segundo império em uma luta entre as elites conservadoras e os movimentos urbanos, sendo que estes últimos defendiam uma proposta democratizante. Assim sendo, restou caracterizada uma enorme contradição entre a propensão à democracia liberal e o exercício autoritário e aristocrático do poder (ADORNO, 1988, p. 34-35).

Dessa forma, o século XIX, no Brasil, foi marcado pela indeterminação entre o público e o privado e entre a sociedade civil e a sociedade política, procurando a manutenção do patrimonialismo, embora as elites defendessem o liberalismo (ADORNO, 1988, fl. 35).

Assim sendo, dividiram-se as correntes entre o "liberalismo radical" e "liberalismo conservador". O liberalismo conservador/anti-revolucionário/moderado se apoiou na figura do imperador e dos ministro de Estado, no instituto do poder moderador e na prática política do Partido Conservador. Já o liberalismo radical era aquele promovido pelas camadas populares que buscavam a igualdade, tendo sido acusados de promover o *"ódio entre as raças"* e a *"luta de classes"* (ADORNO, 1988, p. 36).

Porém, nenhuma dessas duas formas de conceber o ideário liberal foi capaz de ultrapassar os limites e verificar, de forma acertada, quais as origens dos problemas econômicos, políticos e sociais nacionais, embora o liberalismo radical tenha criticado fortemente às condições da sociedade brasileira (ADORNO, 1988, p. 36).

Mostra-se importante também analisar a ruptura do liberalismo e da democracia para melhor compreender este fenômeno. Embora o liberalismo tenha constituído um fundamento ideológico para a superação do colonialismo, nem por isso concebeu de modo diferente a revolução descolonizadora do Brasil ou a construção do Estado Nacional (ADORNO, 1988, p. 45-46).

Apesar das camadas urbanas empobrecidas terem estado presentes na luta pela independência, o forte temor de que os movimentos emancipatórios abrangessem as reivindicações em torno da liberdade e da igualdade, assim colocando em risco a propriedade escrava, fez com que as classes privilegiadas econômica e socialmente adiassem a ruptura com a colônia portuguesa o máximo possível, desde que a liberdade de comércio estivesse assegurada (ADORNO, 1988, p. 46). Nesse sentido:

> Liberdade associou-se a modernização e progresso; democracia, a anarquia. Nesse contexto de lutas políticas, o "liberalismo heróico", nascido e edificado nos movimentos pré-independência, foi paulatinamente substituído por um liberalismo regressista. (ADORNO, 1988, p. 47)

O liberalismo, na realidade brasileira, assumiu outro ideário, que procurava conciliar os interesses da elite com a ideia de progresso, desde que fosse possível manter a propriedade e a escravidão, estando, assim, muito distante dos princípios democráticos que a população do "baixo escalão social" buscava. Dessa forma, os princípios liberais prevaleceram sobre os princípios democráticos.

Os liberais moderados, para evitar que os interesses dos "radicais" se concretizassem, firmaram um acordo com o Portugal, no qual a coroa se comprometia a evitar ingerências demasiadas do poder público na esfera privada, como, por exemplo, na propriedade, enquanto as classes proprietárias rurais se comprometiam a não limitar o poder do princípe. Essa aliança persistiu durante muito tempo em virtude de possuírem um inimigo comum: o liberalismo radical e suas reivindicações democráticas (ADORNO, 1988, p. 57-58). Esse pacto foi assegurado pela Constituição do Império de 1824.

Aos poucos, as resistências em face do movimento de independência nacional foram sendo vencidas e a elite nativa foi se consolidando no poder. Assim, verificamos que *"parece ter sido problemático o processo de superação do colonialismo e a criação de bases político-sociais do Estado e da sociedade nacionais"* (ADORNO, 1988, p. 46), já que esta modificação parece ter sido fruto mais de uma negociação do que efetivamente uma luta política. Aliás, o

liberalismo é um componente da projeção das bases essenciais de organização do Estado no Brasil:

> Ao conferir as bases ideológicas para a transposição do status colonial, o liberalismo não só se tornou o componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional. Entretanto, o projeto liberal que se impôs expressaria a vitória dos conservadores sobre os radicais, estando dissociado de práticas democráticas e excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à dominação patrimonial. Trata-se de complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o "favor", o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não democráticos, o liberalismo deve ser visto igualmente por seu profundo traço 'juridicista' (WOLKMER, 2015, p. 93)

A elite proprietária brasileira procurou conciliar liberalismo e patrimonialismo. Junto aos fatores que já foram acima descritos, houve também a introdução de uma cultura jurídica diferenciada, a qual tinha um traço *"juridicista"*, que se caracterizava, por exemplo, pela linguagem difícil dos bacharéis.

A junção de duas concepções ideológicas distintas ensejou o reconhecimento do *"liberalismo conservador"*, sendo que, enquanto o conservador defendida a tradição e a hierarquia, o liberalismo defendida o equilíbrio e a conciliação (WOLKMER, 2015, p. 93).

Dessa forma, a introdução do liberalismo no direito parecia buscar formular normas positivas que intentavam a neutralidade e a perfeição de textos legais e da ação judicial. Dentre este formalismo legalista e o individualismo político, surge o principal perfil da nossa cultura jurídica, o bacharelismo liberal, que parece ter tido papel determinante na cultura jurídica nacional durante o século XIX (WOLKMER, 2015, p. 93-94), sobre o qual se passa a falar agora.

3 O bacharelismo liberal: a criação de cursos jurídicos e elaboração de um "arcabouço jurídico"

Conforme referido por Antônio Carlos Wolkmer, a cultura jurídica brasileira do século XIX, foi construída através de dois fatores: **(a)** criação de cursos jurídicos e a criação de uma elite jurídica própria; **(b)** a elaboração de arcabouco jurídico — com Constituição, códigos, leis (WOLKMER, 2015, p. 94).

Para se formar uma política autônoma, mostrava-se necessário alocar atores brasileiros na administração e na justiça, de forma que se estabeleceu que era necessário criar faculdades de direito. Com a Lei de 11 de agosto de 1827, foram criados dois cursos de ciência jurídica por Dom Pedro I: um em São Paulo (instalado no Convento de São Francisco, iniciando as atividades em 1828) e outro em Olinda (instalado no Mosteiro de São Bento, iniciando as atividades em 1828), o que demonstrava a necessidade de concretização da independência política, assim como a recomposição da estrutura de poder (WOLKMER, 2015, p. 94).

Os cursos jurídicos surgiram praticamente ao mesmo tempo em que estava ocorrendo o processo de independência e era criado o Estado Nacional. A finalidade não era formar advogados, mas preencher os quadros administrativos do Estado, atendendo as suas necessidades burocráticas, assim como consagrar o liberalismo como nova ideologia (WOLKMER, 2015, p. 94). Dessa forma, essa época foi caracterizada pelo bacharelismo liberal, onde os estudantes saíam da faculdade para preencher os quadros do Estado.

As Escolas de São Paulo e de Olinda; no entanto, apresentaram diferenças, embora ambas tenham sido influenciadas pelos modelos estrangeiros, em especial, as faculdades de Coimbra, onde os brasileiros iam estudar anteriormente, quando não havia faculdades de Direito no Brasil (WOLKMER, 2015, p. 94).

A Faculdade de Direito de Olinda foi transferida posteriormente para Recife, em 1854. Durante o período em Olinda, a faculdade sofreu alguns problemas devido a ter sido inaugurada às pressas e sem ter pessoal capacitado. Os problemas eram que os professores eram pobres e mal remunerados, faltando frequentemente às aulas, alegando morar em Recife, o que proporcionava o desrespeito dos alunos. No entanto, a mudança do local só ocorreu devido a ter acontecido um incêndio, que fez os poucos alunos que frequentavam a aula

debandarem. Oportuno ressaltar que, durante a fase de Olinda, houve forte influência da Igreja, já que a faculdade foi instalada, originalmente, em um mosteiro (SCHWARCZ, 1993, 144-146).

Todavia, com esta mudança de Olinda para Recife, há *"uma guinada tanto geográfica como intelectual"*. A faculdade pernambucana, no período em que esteve em Recife, se caracterizou por uma pluralidade temática, onde eram estudadas leituras naturalistas, biologistas, cientificistas, históricas e sociológicas, tendo sido preparada para produzir homens da ciência (SCHWARCZ, 1993, 150-153). Ainda, por estarem longe de centro político do país, era de lá que partiam os gritos de descontentamento (SCHWARCZ, 1993, 186).

Já a Escola de São Paulo foi caracterizada pela formação política, pelo jornalismo e pela "ilustração" artística e literária. Por estar no centro do país, onde ocorriam as decisões políticas, esta terminou sendo destinada a formar intelctuais que eram direcionados à cooptação pela burocracia estatal (WOLKMER, 2015, p. 96-97).

Além disso, os estudantes desta escola provinham de elites — que mantinham a propriedade rural -, de modo que precisavam conciliar as defesas das liberdades individuais sem comprometer o direito à propriedade (ADORNO, 1988, p. 171), o que não os preparou para o exercício da função crítica (ADORNO, 1988, p. 159).

Deve se registrar que existiam traços que caracterizavam a figura do bacharel, em especial o paulistano, a *"atração pelo saber ornamental, culto à erudição lingüística, cultivo do intelectualismo"*, na medida em que participaram do periodismo, teatro e na literatura (ADORNO, 1988, p. 157-159).

Quanto à criação do arcabouço jurídico, foram criadas diversos documentos normativos, sendo o primeiro deles, e o que nos interessa no presente trabalho, a Constituição Imperial de 1824.

Esta Constituição possuía ideias e instituições liberais, influenciadas claramente pela Revolução Francesa. Institucionalizava uma monarquia parlamentar, onde prevalecia o individualismo econômico e a centralidade política. Em realidade, este documento trazia uma *"fachada liberal"* que escondia a escravidão e excluía a maioria da população do país. Havia uma clara contradição entre o texto constitucional e a realidade social agrária; no entanto, isto não preocupava a elite dominante, embora esta proclamasse os princípios constitucionais — direito à propriedade, direito à liberdade, direito à segurança — (WOLKMER, 2015, p. 98-99).

A Constituição Imperial de 1824 procurou conciliar o patrimonialismo com o liberalismo, conforme ensina Sérgio Adorno:

> Nela ficou selado o compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados, condenando-se ao desaparecimento liberais exaltados e radicais. Nela procuraram-se também fórmulas políticas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal do exercício do poder, relegando-se para um segundo plano preocupações em democratizar a sociedade brasileira (ADORNO, 1988, p. 61)

Ao mesmo tempo em que se dava liberdades aos indivíduos, estas eram retiradas. Havia um liberalismo, mas que procurava atender aos interesses conservadores, preservando o patrimonialismo. Destaca-se ainda que o trabalho escravo foi mantido neste período, junto ao latifúndio agroexportador (WOLKMER, 2015, p. 99-100).

Além da Constituição de 1824, outras leis foram criadas pós-independência, para que fosse criado o arcabouço jurídico, entre os quais: o Código Criminal do Império de 1830, Código de Processo Criminal de 1832, Código Comercial de 1850, Lei de Terras de 1850, Leis Abolicionistas[2], Consolidação das Leis Civis de 1858 e Código Penal de 1890 (WOLKMER, 2015, p. 101-105).

No entanto, o que nos interessa, neste artigo, é a Constituição Imperial de 1824, onde a conciliação foi alçada a *status constitucional* pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro (CORDEIRO, 1999, p. 27).

---

[2] Estas leis tornaram-se de cunho nacional, *"tanto pela política imposta pelo imperialismo britânico quanto por pressão interna de vários segmentos de cunho humanitário"*. (WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.)

4 Breve histórico da audiência de conciliação/audiência preliminar no ordenamento jurídico brasileiro em matéria processual civil

Antes de analisarmos especificamente a Constituição Imperial de 1824 e a conciliação, necessário tecer breves comentários sobre como foi introduzido o instituto da conciliação no direito brasileiro.

A audiência preliminar — que busca a conciliação - foi instituída, pela primeira vez, no Brasil-colônia, pela imposição dos portugueses do Código Afonsino, onde era exigida a prévia e obrigatória conciliação no começo do litígio (CORDEIRO, 1999, p. 26).

No tempo da independência, as Ordenações Filipinas de 1603, as quais eram vigentes, antes do Código de Processo Civil de 1973, se determinava que o juiz deveria procurar a conciliação das partes, antes que estas tivessem despesas ou se estabelecessem iras ou desavenças, pois *"o ganho da causa é sempre dúbio"* (CORDEIRO, 1999, p. 27).

Com a Constituição do Império de 1824, o instituto da conciliação foi elevado a preceito constitucional, onde foi estabelecido, no artigo 162, que não iria se iniciar processo nenhum *"sem se fazer constar que se tem intentado o meio da conciliação"*, o que era designado a juízes de paz eletivos (CORDEIRO, 1999, p. 27).

Há ainda a referência a conciliação no Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância com Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil (Lei de 29 de novembro de 1832), onde é estabelecido que se pode recorrer ao juiz de paz para solucionar o litígio (CORDEIRO, 1999, p. 27).

O Regulamento 737, de 1850, que regula o Código Comercial, obrigava também a tentativa de conciliação antes do ajuizamento da causa comercial em juízo contencioso. No Brasil-República, este regulamento passou a ser utilizado também nas causas cíveis, através do Decreto 763/1890, tendo sido recepcionado pela Constituição Republicana de 1891 (CORDEIRO, 1999, p. 27-28).

Com o regime federativo estipulado pela Constituição Republicana, os Estados passaram a legislar sobre processo, sendo que alguns mantiveram a conciliação como tentativa de composição dos litígios, enquanto outros não (CORDEIRO, 1999, p. 28).

O Código de Processo Civil Unitário de 1939 não adotou a conciliação, não a recepcionando, de forma que o instituto da conciliação desapareceu do processo brasileiro. Contudo, a conciliação retornou ao ordenamento com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, sendo obrigatória para os litígios trabalhistas, em audiência designada de maneira prévia, antes da contestação do reclamado. A Lei 968, de 1949, que tratava sobre o desquite litigioso e alimentos, também estabelecia a conciliação (CORDEIRO, 1999, p. 28).

O Código de Processo Civil, de 1973, inicialmente retomou a tentativa conciliatória[3]; entretanto, não a fez por meio de audiência, pois estabelecia que a audiência só ocorreria se fosse necessária a produção de prova oral. Em 1994, através da Lei 8.952, foi introduzida uma inovação, que referia que não havendo julgamento conforme o estado do processo, o juiz estaria obrigado a designar audiência de conciliação[4], desde que a causa versasse sobre direitos disponíveis (CORDEIRO, 1999, p. 29).

Posteriormente, em 2002, houve nova reforma legislativa que alterou o procedimento da audiência de

[3] Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. *Parágrafo único.* Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

[4] Art. 331 Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

conciliação para a audiência preliminar[5], no Código de Processo Civil, incluindo um novo parágrafo[6].

No ano de 2015, foi criado, promulgado e publicado um novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor no ano de 2016, onde se estabelece a obrigatoriedade da audiência de conciliação[7].

Quanto ao procedimento comum sumário, a Lei 9.245, de 1995, adotou um novo sistema, em que fixava o processo por audiência, dando a audiência preliminar um procedimento próprio[8] (CORDEIRO, 1999, p. 30), disposição legal que vigora até hoje.

Houve a previsão da conciliação também na Lei 7.244[9], de 1984, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas (CORDEIRO, 1999, p. 30), que foi posteriormente revogada pela Lei 9.099/95, que também estabelece o procedimento da conciliação[10].

Este breve histórico foi feito tão somente para compreender como ocorreu a introdução e sistematização do instituto da conciliação no direito brasileiro; entretanto, o que nos interessa estudar aqui é a audiência de conciliação na Constituição do Império de 1824, onde passou a ter status constitucional e sua relação com o momento político lá vivenciado, para que se possa entender a dificuldade da aceitação da conciliação nos dias vigentes.

5 Audiência de conciliação na constituição imperial de 1824 e a violação do acesso à justiça

Como já foi abordado exaustivamente neste trabalho, a Constituição de 1824 procurava conciliar interesses patrimoniais, conservadores e liberais, sem se preocupar efetivamente em alargar a participação política dos indivíduos. Percebe-se ainda que prevalecia a liberdade à igualdade, sendo que esta liberdade ainda era questionável, pois a escravidão era mantida, só vindo a serem promulgadas leis abolicionistas posteriormente, no ano de 1850.

Destaca-se também que, neste período, foi instituído o chamado "Gabinete de Conciliação", através do qual se procura conciliar os interesses das elites, estabelecendo-se uma cultura política da conciliação, que pode ser interpretadas de duas formas: **(a)** *"uma luta política sonolenta, que garantiu paz, tranquilidade e prosperidade ao Império"*; **(b)** uma estratégia política de determinado grupo para se manter no poder (FERRAZ, 2013, p. 23-24).

O Partido Liberal surgiu a partir da institucionalização de grupos que defendiam leis centralizadoras e, buscavam, sustentados por uma visão jurídico-constitucionalista, e por meio de um legislativo autônomo, o controle rígido sobre a sociedade política e impedir as intervenções excessivas do príncipe nos negócios públicos (ADORNO, 1988, p. 64-65). Embora o partido tenha conseguido anexar diversas opiniões, todas estas eram centralizadas *"em torno das grandes personalidades da elite e da vida pública"* (ADORNO, 1988, p. 65).

---

[5] Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

[6] § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

[7] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[8] O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. *(Retificado)*

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

[9] Art. 22 - Aberta a sessão, o Juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 2º do art. 3º desta Lei.

[10] Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

Por sua vez, o surgimento do Partido Conservador acompanhou o movimento de supressão das conquistas liberais. A partir do ano de 1830, um grupo de ex-liberais moderados e ex-restaurados se reuniu, objetivando defender os interesses da propriedade agrária e preocupados com a estabilidade da ordem social. Esse partido pretendia *"uma monarquia sólida, forte, centralizada, que garantisse os 'direitos' sobre propriedade escrava e que contivesse o avanço dos movimentos populares"*(ADORNO, 1988, p. 65-66).

Desta forma, a luta político-partidária esteve sempre dissociada dos propósitos da democracia dos setores urbanos e populares. Também não foi possível discutir o alargamento da participação política (ADORNO, 1988, p. 66).

Verifica-se, portanto, que a conciliação, na luta política, era realizada por quem estava no poder, sem ter o povo voz ativa. Foi nesse contexto histórico que foram introduzidos os "novos direitos" da população, entre os quais o "direito" à conciliação.

Em realidade, a Constituição do Império de 1824 estipulava que não seriam iniciados processos cíveis ou criminais sem que se fosse tentado o meio da conciliação. No entanto, ainda que atualmente possa se defender que a conciliação seja uma forma de realização ao acesso à justiça, por garantir a celeridade e a razoável duração do processo, entende-se que, naquela época, em razão daquele processo político, estabelecer a conciliação como requisito prévio ao processo era um meio de violação do acesso à justiça.

Entende-se desta forma, já que a elite encontrava-se no poder e a população menos favorecida não tinha qualquer participação na vida política[11]. Como já destacado anteriormente, os princípios democráticos, naquela época, não eram atendidos. A população não conseguia alcançar os direitos que desejava, mas somente os que eram impostos e estes direitos que eram impostos, em grande parte, atendiam os interesses da elite.

O fato acima afirmado é possível ser observado se analisar as três ondas que Capelletti e Garth definiram como necessárias ao acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth, o "acesso à justiça" passou por três situações básicas, as quais teriam emergido em ordem cronológica. Os autores explicam estas situações como se fossem ondas, se apresentando como prováveis soluções para os problemas que limitavam o acesso à justiça, embora ainda fosse necessária uma maior reflexão sobre esta ideia (CAPELLETTI; GARTH, 1998, p. 31).

Em síntese, a primeira onda seria garantir a assistência jurídica aos pobres; a segunda onda diria respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente no tocante ao direito do consumidor e no direito ambiental; e a terceira onda seria o '*enfoque de acesso à justiça*', isto é, a priorização de uma reforma interna no processo na busca da efetiva tutela jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 31-73).

No período do Império no Brasil, verifica-se que o acesso à justiça não é assegurado já na primeira onda, pois a assistência jurídica não é garantida aos pobres, que já não participam da vida política do Estado e tem suas limitações de direitos estabelecidas inclusive por normas positivadas. Isto ocorre, pois as elites que se encontram no poder tem interesse em manter estas limitações e assegurarem seus direitos e são os responsáveis pela edição das leis, consoante já foi salientado ao longo do texto.

Analisando o processo político vivenciado pelo país, não se torna dificil entender qual o motivo de até hoje verificarmos uma grande resistência ao instituto do conciliação, seja por advogados seja por juízes seja pelas partes. A conciliação, em grande parte, ainda é vista como restrição de direitos. Deste modo, nos questionamos até que ponto está sendo e será efetiva a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que estabelece a obrigatoriedade da conciliação.

6 A resistência à conciliação e o novo código de processo civil

Não é novidade que exista uma grande resistência à conciliação no direito. Porém, com o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que institui os institutos da conciliação e da mediação, essa discussão foi novamente suscitada, conforme podemos verificar por opiniões dada por dois conhecidos processualistas civis recentemente.

[11] Embora o voto existisse desde o século XVI, era assegurado tão somente às classes privilegiadas.

Em notícia veiculada na internet há pouco, José Maria Tesheiner, ressaltou sua preocupação com o ingresso dos conciliadores e mediadores, já que seriam necessários milhares destes funcionários em nosso país, além do alto custo que isto trará (TESHEINER, 2015).

Do mesmo modo, Ada Pellegrini Grinover, em entrevista, destacou que a institucionalização da mediação e da conciliação não depende somente de previsão normativa, ressaltando que é necessário planejamento, execução e acompanhamento para a sua concretização. Somente assim seria possível avaliar o desempenho, se realizando melhoras necessárias e indicando novos rumos[12].

Se analisarmos julgados referentes à realização da audiência preliminar, verifica-se que os juízes, por muitas vezes, referiram que esta era facultativa, embora o texto legal preveja que a audiência preliminar era obrigatória, apenas estabelecendo algumas exceções. A título de exemplo, podemos citar os seguintes julgados, todos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Agravo de Instrumento nº 70019133883, Agravo de Instrumento nº 70019560226, Apelação nº 70038531653, Apelação Cível nº 599345253 e Agravo de Instrumento nº 599134251.

Como se vê, apesar do instituto da conciliação estar presente no ordenamento jurídico brasileiro há bastante tempo, em especial no que tange ao processo civil, objeto do nosso estudo, sempre houve grande resistência, de maneira que, ao longo dos anos, esta restou inutilizada.

Porém, com o novo Código de Processo Civil, que busca estabelecer novas fórmulas e conceitos ao processo civil, tenta-se novamente instituir a audiência de conciliação, principalmente como forma de reduzir o elevado número de processos que temos nos tribunais tramitando atualmente. Através da leitura do anteprojeto do novo CPC, afirma-se que foi dada preferência à conciliação, pois a satisfação das partes seria mais efetiva se ocorresse por uma solução por elas criada, ao invés de uma solução dada pelo juiz.

Embora seja inegável o avanço do novo CPC, assim como suas boas intenções, ao adotar o instituto da conciliação, assim como seu esforço em tentar trazer deveres de cooperação para dentro do processo, questiona-se se não seria necessário realizar uma análise sociológica do contexto brasileiro atualmente, para que se possa verificar se a conciliação irá prejudicar ou beneficiar as partes envolvidas no processo, assim como verificar se a sua instituição significará uma representação do acesso à justiça ou sua violação.

Do mesmo modo, pergunta-se se não haverá uma forte resistência dos magistrados em adotar esta iniciativa, uma vez que estes demonstram tendência a não aceitar as novas reformas legislativas, ao menos no início, conforme se verifica no caso da audiência preliminar.

No entanto, para que se obtenha estas respostas, é preciso que acompanhar a aplicação (ou não) do instituto, assim como analisar a sua efetividade.

7 Considerações finais

Por tudo que foi aqui discutido e abordado, pode-se perceber que o processo de independência no Brasil foi complicado, pois não houve efetivamente uma luta, mas sim uma negociação entre a elite nativa brasileira e a coroa portuguesa. Tal negociação ocorreu em razão da elite nativa brasileira temer que as camadas populares do país alcançassem êxito em suas reinvindicações, as quais incluíam o fim da escravidão e a igualdade.

Percebe-se também que, antes disso, o "liberalismo" no Brasil passou por um processo um pouco diferenciado do que o que ocorreu na Europa, à medida em que, embora o povo e a elite tenham lutado conjuntamente pela implementação do liberalismo, este movimento tinha sentidos diferentes para ambas as classes. A elite desejava o fim da restrição ao comércio pela coroa portuguesa, enquanto o povo desejava o fim da miséria, o fim da escravidão e a democracia. Assim sendo, ocorreram dois tipos de liberalismo: o "liberalismo conservador" e o "liberalismo radical".

O liberalismo conservador, para alcançar seus objetivos e evitar que o as camadas urbanas pauperizadas

[12] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-27/cultura-conciliacao-nao-depende-leis-ada-pellegrini?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook Acesso em: 05/12/2015

lograssem êxito em seus objetivos, acabaram realizando uma negociação com Portugal. A coroa portuguesa se comprometia em não interferir na propriedade privada, enquanto a elite nativa brasileira se comprometia em não interferir no poder do princípe. Este pacto foi assegurado pela Constituição Imperial de 1824.

A Constituição Imperial de 1824, embora tivesse uma *"fachada liberal"*, procurou anular liberdades na mesma medida em que as concedia, assim como em não alargar a participação política do povo, para que a elite da época conseguisse manter seus interesses. Nesse contexto, foi inserido a "conciliação", que, na verdade, poderia ser visto como um impedimento de acesso ao Judiciário, pois era estipulado que não seriam iniciados processos cíveis ou criminais sem que antes se tivesse tentado a conciliação.

Tal impedimento pode caracterizar uma violação do acesso à justiça, na medida em que sequer é atendida a primeira onda do acesso à justiça estipulada por Cappelletti e Garth, qual seja, a assistência judiciária aos pobres. Nessa época, a população desfavorecida não tem qualquer acesso à assistência judiciária, assim como não participava da vida política e, por conseguinte, da luta por direitos que desejava. Dessa forma, não é de se estranhar que até hoje a conciliação seja vista como uma restrição da efetivação de direitos.

No entanto, em razão do elevado número de processos, ao longo dos anos, tem se tentado introduzir a conciliação no processo civil como forma de melhor solucionar os problemas em menor tempo, mas os operadores de direitos e as partes do processo têm se mostrado extremamente resistentes ao instituto, talvez pelo motivo que foi acima abordado.

Em 1994, foi introduzida a audiência de conciliação no processo civil. Em 2002, houve uma reforma neste instituto, passando a se designar "audiência preliminar". Embora o texto legal preveja que o instituto é obrigatório, os julgadores, na maioria das vezes, sempre entenderam que o procedimento era facultativo, o dispensando. Assim sendo, a audiência de conciliação caiu em desuso.

Contudo, no ano de 2015, foi publicado o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que entrou em vigor em março de 2016, que novamente introduz a audiência de conciliação no processo civil, trazendo agora um regramento mais severo. Se alguma das partes não comparecer ao procedimento, será estipulado multa, assim como será considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

Porém, por tudo que foi acima abordado, questiona-se acerca da possibilidade e efetividade da audiência de conciliação no processo civil brasileiro, especialmente em razão da grande resistência ao instituto pelas partes do processo e pelos operadores do direito.

Questiona-se também se não seria importante estudar o contexto político e social brasileiro atual, para que se possa melhor compreender a introdução deste instituto no processo.

Entende-se que talvez, com esta compreensão, seja possível garantir a sua melhor aplicação, assim como efetivar que o instituto represente o acesso à justiça dos indivíduos/do povo e não o contrário. Em síntese, deseja-se que a conciliação represente uma efetivação de direitos e não uma restrição de direitos, como outrora foi.

Referências

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes no Poder**. **O bacharelismo liberal na política brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 5.869,** de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.105,** de 29 de novembro de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70019133883.** Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Imigrante – Comercio de Aparas Ltda. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70019560226.** Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Starseg – Comercio e Representações de Comercio de Segurança. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 599134251.** Agravante: Gagifresa Industria Metalurgica Ltda. Agravado: Cooperativa Vinicola Aurora. Relator: Osvaldo Stefanello. Rio Grande do Sul, 05 de agosto de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70038531653.** Apelante: João Ademir Caetano de Oliveira. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 23 de março de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 599345253.** Apelante/Apelado: Banco Bradesco S.A.. Apelado/Apelante: Flavio de Lima Pereira. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 19 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

CAPPELLETTI**,** Mauro, GARTH**,** Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. **Audiência preliminar no procedimento comum ordinário.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

FERRAZ, Paula Ribeiro. O Gabinete da Conciliação: atores, ideias e discursos (1848-1857). 2013. 159p. Dissertação (mestrado acadêmico)- Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História. Juiz de Fora, 2013. Disponível em: http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Disserta%C3%A7%C3%A3o_PAULA-RIBEIRO-FERRAZ_UFJF_2013.pdf. Acessado em: 28 nov 2015.

Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros Acessado em: 21/11/2015.

TESHEINER, José Maria. **Socorro! Os conciliadores e mediadores estão chegando!** Disponível em: http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/319-artigos-nov-2015/7419-socorro-os-conciliadores-e-mediadores-estao-chegando. Acessado em: 28 nov 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Social no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional.** Rio de Janeiro: Forense. 2011

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LITÍGIO FAMILIAR E ALIENAÇÃO PARENTAL AVOENGA: APONTAMENTOS SOBRE O CASO DO MENINO BERNARDO

Arlete dos Santos

Bacharel em Direito com formação pela Universidade Feevale.

Henrique Alexander Grazzi Keske

Doutor em Filosofia. Advogado. Professor de Direito da Universidade Feevale.

henriquek@feevale.br

Resumo: A guarda compartilhada, no caso de separação ou divórcio dos casais, aparece como uma possibilidade de preservar os laços de amor dos filhos com ambos os genitores, que, muitas vezes, não conseguem lidar com as mazelas dos relacionamentos que chegam ao fim, ocorrendo, não raras vezes, uma situação de Alienação Parental. Enquanto a Alienação Parental é o afastamento da criança ou do adolescente do genitor ou da genitora provocado por aquele que detém a guarda, decorrente de uma verdadeira campanha de desmoralização em relação ao genitor alienado, a Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um transtorno psicológico provocado pelas diferentes técnicas utilizadas pelo genitor alienante. Os avós e os netos também podem ser vítimas da Alienação Parental, ao serem privados de manter esse laço afetivo tão importante para todos, no sentido de continuidade dos ensinamentos de geração para geração e na busca da ancestralidade. O assassinato do menino Bernardo Uglione é analisado, no presente artigo, como um caso de Alienação Avoenga, e decorrente de um conjunto de falhas do Poder Judiciário e da sociedade como um todo.

Palavras-chave: Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Alienação Avoenga. Guarda Compartilhada. Caso Bernardo Uglione.

1 Introdução

A Alienação Parental não é um tema recente e vem, cada vez mais, tomando espaço nas discussões tantos nos meios jurídicos, quanto nos consultórios de Psicologia e Psiquiatria.

É um fenômeno que tem acometido muitas famílias e cujos resultados nefastos acabam por desembocar nos tribunais, nos divãs de psicólogos e psiquiatras.

O objetivo principal deste artigo é analisar o tratamento que é dispensado na doutrina, na jurisprudência e no Direito pátrio em relação à Alienação Parental, na perspectiva da guarda compartilhada, examinar os meios jurídicos e alternativos para a solução dos conflitos familiares, compreendendo a complexidade das relações familiais e sua importância para evitar a alienação dos filhos em relação aos pais e demais familiares; conceituar Síndrome de Alienação Parental; analisar as principais consequências da Alienação Parental; examinar como a legislação brasileira se posiciona na perspectiva de proibir e punir os pais alienadores; apontar o papel dos profissionais diante da Síndrome da Alienação Parental e, finalmente, reconhecer a importância do papel dos avós para o desenvolvimento psicológico e emocional dos netos, examinando os meios jurídicos que amparam o direito de visitas entre avós e netos. Além de uma análise do assassinato do menino Bernardo, no enfoque de um caso de alienação avoenga.

2 Alienação e síndrome da alienação parental

Muito se tem discutido sobre o tema da Alienação Parental. Mesmo assim, é uma temática que não se esgota em si mesma, devido às inúmeras consequências e repercussões, principalmente, na vida familiar, mas também na sociedade como um todo. Inúmeros casos de Alienação Parental são detectados no grupo familiar,

onde seus membrosnão conseguem lidar com as suas diferenças, quanto nas disputas, nos Tribunais, pela guarda dos filhos, visando à regularização das visitas, tanto dos pais quanto dos avós.

Adentrando nesse tema, torna-se possível verificar a evolução do poder familiar, segundo o qual a família vai se reestruturando, dando origem aos mais diversos modelos de configuração familiar. Forma-se um verdadeiro mosaico, no qual os conceitos vão se modificando, paralelamente à percepção da maneira como tratar os filhos, em caso da falência do casamento, situação que também necessita de uma nova visão para ser possível enfrentar tais conflitos familiares.

A dissolução da sociedade conjugal não pode servir de motivo para que os filhos percam os laços afetivos com o pai ou com a mãe, bem como com o restante dos membros do grupo familiar. Independentemente dos motivos que levaram à dissolução, os filhos não devem ser privados dessa convivência tão importante para o desenvolvimento psicoemocional.

Antes da Lei da Guarda Compartilhada, nas separações e nos divórcios, normalmente, a guarda dos filhos ficava com a mãe, que, inevitavelmente, exercia uma influência forte no "querer" dos filhos. O genitor não guardião perdia, muitas vezes, o contato com os filhos por conta da campanha de difamação que a mãe fazia, afastando o pai dos filhos. Também não são raros os casos em que o genitor não guardião simplesmente abandona os filhos, para viver a sua própria vida, uns contribuindo com pensão alimentícia, e outros sequer isso, pois, da noite para o dia, eles se despiram da paternidade. Por conta disso, o tema Alienação Parental tem permeado muitos debates, tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito social, em virtude dos danos que esse tipo de comportamento adotado pelo genitor guardião reflete no desenvolvimento emocional e psicológico das crianças e dos adolescentes.

Segundo Jones Figueiredo Alves (2017, p. 13),"a Alienação Parental se configura como um grave fenômeno de disfuncionalidade nas relações de família, e deve ser encarada como uma desqualificação da conduta dos pais feita por um deles, perante os filhos [...]".Prossegue, afirmando tratar-se de uma ilicitude civil, porque o alienador destrói os vínculos de amor e afeto entre a criança e o genitor alienado. E, seria nesse ponto que residiria a base para a responsabilização civil (ALVES,2017, p. 13).

Em sua abordagem, Juliana Rodrigues de Souza (2014, p. 234) ressalta que a Alienação Parental, apesar de ser um tema de debates, tanto no meio jurídico quanto nos consultórios médicos, ainda é pouco conhecida na sua complexidade. A autora relataque esse fenômeno ocorre quando um dos genitores ou a pessoa responsável pela criança ou pelo adolescente, com o intuito de aniquilar os laços afetivos com um dos genitores, destrói a figura paterna ou materna, gerando inúmeros prejuízos, tanto para a criança ou o adolescente como para o genitor alienado (SOUZA, 2014, p. 234).

Assim, durante muito tempo, a prática daAlienação Parental ficou restrita ao plano familiar sem, no entanto, ser interpretada comouma atitude perversa e capaz de marcar para sempre a vida dos filhos de casais separados ou divorciados. O fato de o genitor guardião afastar, sem motivo justificado, o genitor não guardião não era interpretado como umato deAlienação Parental.

Carlos Montaño (2016, p. 29)assevera que a Alienação Parental remonta há muitos anos, no entanto, passou despercebida em um cenário no qual não se dava a devida importância a ela ou sequer sediscutia no âmbito familiar ou jurídico. Porém, as mudanças operadas na sociedade, com o surgimento de diversos movimentos sociais, delinearam e delineiam ummaior número de divórcios e separações, bem como o surgimento de novos formatos familiares. É nesse novo cenário que surgem indagações em relação ao destino dos filhos, ou seja, com qual dos genitores eles ficarão. Em um contexto no qual ambos os genitores não conseguem resolver adequadamente suas desavenças é que sepercebe a busca pelo Poder Judiciário, como se este tivesse o condão de dirimir as discórdias pessoais de cada casal. E, o mais grave ainda, percebe-se a prática da Alienação Parental para afastar e negar o convívio com o outro genitor (MONTAÑO,2016, p. 29).

Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 41-42), referindo-se à incapacidade dos ex-cônjuges de superar as mazelas do seu relacionamento fracassado, relatamque o genitor guardião, querendo desqualificar o outro genitor, agride o que há de mais caro para um filho, queé o amor que ele sente tanto pelo pai quanto pela mãe. Nesse sentido, os autores complementam:

> Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando

> a sua consciência mediante diferentes estratégias, como obstruir, impedir, ou mesmo destruir vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante(MADALENO; MADELANO , 2015, p. 41-42).

Durante muitos anos, não se questionava outro sistema de guarda dos filhos, a não ser a unilateral. Melhor dizendo, a mãe ficava com a guarda dos filhos, na grande maioria das vezes. Também não era incomumas campanhas de difamação, que o genitor guardiãodesferia em relaçãoao genitor não guardião, denegrindo a imagem daquele, perante os filhos.

Nesse sentido, assevera Carlos Montaño (2016, p. 124)que, na guarda unilateral, o poder de decisão quanto aos cuidados dos filhos fica restrito ao genitor guardião, podendo se tornar, em muitos casos, um forte elemento para a Alienação Parental. Por conta disso, a guarda compartilhada permite que esse tipo de comportamento seja inibido. "Porém, aguarda compartilhada não faz milagres. Inibe, dificulta, reduz as possibilidades da prática da Alienação parental, mas não a impede"(MONTAÑO,2016, p. 124).

Nesse diapasão, Jamil Miguel (2015, p.26-28) analisa o quanto são desafiadoras as questões que remetem aos conflitos decorrentes das separações e o quanto eles afetam a convivência saudável com os filhos, no intuito de desenhar um cenário mais propício ao pleno e feliz desenvolvimento dos filhos de pais separados ou divorciados. Para atender a esse princípio objetivo é necessário que tanto o pai quanto a mãe deixem de lado suas disputas pessoais e pensem nos filhos, na segurança e no sentimento de proteção que estes precisam sentir. Isto porque, quando os casais se formam e, desse relacionamento, advêm os filhos, inicia-se uma nova etapa. Cabe aos pais não só o sustento desses filhos, mas proporcionar todas as condições para que eles se desenvolvam em um ambiente harmônico, capaz de propiciar as melhores condições de desenvolvimento de todas as suas potencialidades(MIGUEL, 2015, p. 26-28).

Todo o cenáriode desavenças entre os ex-cônjuges tornou propício para um comportamento que hoje é reconhecido como Alienação Parental e que, apesar de não ser um comportamento recente, somente na última década tem sido debatido, com mais veemência, por juristas e psicólogos.

A Lei nº12. 318, de 26 de agosto de 2010, trouxe, para o meio jurídico, a regulamentação sobre esse tema de grande importância e que atinge muitas famílias. Argumenta, ainda, o autor, que a SAP (Síndrome da Alienação Parental) já vem sendo estudada, sob padrões científicos, mais recentemente nos países ocidentais; e os primeiros trabalhos sobre o temanão ultrapassam as últimasdécadas (VENOSA, 2017, p.368).

Adentrando nos aspectos relativos à Lei da Alienação Parental,Lei nº 12.318/2010, Luciana Reis Moreira (2015, p. 45-49)esclarece que essa lei, "além da definição dos atos de Alienação Parental, a inclusão dos sujeitos envolvidos neste processo e os direitos fundamentais envolvidos, [...] trouxe no seu bojo regras sobre instrumentalização do processo instituído. "Outro aspecto relevante sobre a Lei nº 12.318/2010, também trazido por esta autora, é que o termo *síndrome* é comumente invocado para caracterizar as consequências psicológicas dos menores que convivem em lares onde há esse processo de desmoralização do genitor não guardião (MOREIRA, 2015, p. 45-49).

As crianças e os adolescentes alienados estão em uma posição de muita vulnerabilidade. É muito difícil para eles lidar com a prática da alienação, pois, mesmo que percebam que o genitor guardião está incutindo sentimentos de abandono, traição, rejeição ou vingança em relação ao guardião alienado, não querem perder o amor dos pais. Portanto, caso a decisão do juiz leve em conta somente os sentimentos expressos pela criança ou pelo adolescente, esses poderão vir a sofrer um drama interior no que diz respeito à lealdade para com o pai ou para com a mãe, no momento em que um dos pais possam vir a se afastar do convívio deles (DUARTE, 2016, p.86-88).

Por outro lado, no que diz respeito à fragilidade psíquica da criança ou do adolescente observa-seque, se ocorrer algum episódio grave com o genitor alienado, essa criança ou esse adolescente poderá vir a sentir-se culpado. Além desse, outro aspecto a ser levado em consideração, no caso em que a guarda for invertida, trata-se da possibilidade de essa inversão ser considerada um castigo, pois a criança ou o adolescente ama o genitor alienador. Esse é o reflexo de um drama vivido dentro da família que traz sofrimento para todos, mas os filhos são os mais vulneráveis, os que mais sofrem, mesmo porque nem sempre têm a percepção de que estão sendo vítimas da alienação. Não percebem que são joguetes nas mãos dos pais, que, de forma egoísta, sujeitam seus filhos a

dramas que provocam, na grande maioria das vezes, sequelas para toda a vida (DUARTE, 2016, p. 86-88).

Entretanto, não se pode deixar deressaltar que importantesdecisões, no Judiciário, foram tomadas à luz do art.227 da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, mais recentemente, com a aplicação da Lei nº 13.058/14, que versa sobre a Guarda Compartilhada, a qual foi adotada como regra, e não apenas como mais uma alternativa. Nessa perspectiva, a aplicação da guarda unilateral somente ocorrerá em casos nos quais representar a única medida a tomar diante das divergências muito acirradas entre os genitores, ou quando um deles abrir mão da guarda do filho(DUARTE, 2016, p. 86-88).

São muitas as maneiras de praticar a Alienação Parental e muitos também os alienadores. Portanto, a alienação pode ocorrer por parte dos genitores, mas também é fruto do comportamento alienante de outros membros do grupo familiar, como tios e avós. Isso quer dizer que não existe alienação praticada apenas pelos genitores, mas ela é, de longe, a que mais se evidencia nos conflitos familiares. Da mesma forma, percebe-se que a maior parte dos episódios de Alienação Parental ocorre no ambiente onde a mãe convive com os filhos. E, são muitas as técnicas utilizadas por essa mãe alienadora, que pode ser desde uma campanha difamatória contra o genitor não guardião até a implantação de falsas memórias. Os filhos, vítimas de um cenário tão cruel, têm sua formação psicológica comprometida(SANDRI, 2013, p.100-102).

A implantação de falsas memórias talvez seja a forma mais cruel de praticar Alienação Parental. Essa prática tem sido utilizada por muitos alienadores, que não se conformam com o final de um relacionamento e pretendemse vingar do ex-cônjuge e, como "castigo",acusá-lo deprotagonista de um gesto tão nefasto. O guardião alienador, por exemplo, pode induzirofilho a acreditar que este está sofrendo abuso sexual por parte do genitor não guardião. Há uma verdadeira campanha no intuito de sugestionar essa criança de que, realmente, está sofrendo algum tipo de abuso sexual. A criança passa a reproduzir o suposto episódio de abuso sexual, como se otivesse sofrido. Ela repete, quando questionada, exatamente o que o alienador a fez acreditar.

Outro aspecto importante é o fato de que o próprio alienador que implantou as falsas memórias acaba por acreditar que houve realmente o abuso sexual. As mentiras passam a soar como verdades e, por essa razão, tanto a criança quanto o alienador, precisam de suporte psicológico. Dessa forma, a Alienação Parentalpode levar a uma situação bem mais dramática, conhecida pelo nome de Síndrome da Alienação Parental (SAP), que afeta os filhos de casais que são submetidos às situações de muito estresse, quando os pais se separam ou se divorciam e que não conseguem manter um grau mínimo de serenidade.

Cristian FetterMold (2015, p.20-23) refere-se ao fato de que os primeiros estudos da Síndrome da Alienação Parental foram feitos por Richard Alan Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, nascido no ano de 1931 e falecido no ano de 2003. Segundo a visão de Gardner, retratada por Cristian Fetter Mold (2015, p.20-23), a Síndrome da Alienação Parental precisa ser estudada à luz da Psicologia e do Direito. Seria um campo no qual a interdisciplinaridade se torna essencial para o estudo dessa síndrome que acomete pais e filhos, com o intuito de unir forças para compreender melhor esse fenômeno de características emocionais que necessitam do amparo jurídico. (MOLDT,2015, p.20-23)

Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno, a respeito do uso da nomenclatura *síndrome*, esclarecem:

> A conotação de síndrome não é adotada na lei brasileira em virtude de não constar na Classificação Internacional das Doenças (CID) e também por dizer respeito ao conjunto dos sintomas provocados pela alienação parental ou alijamento da prole em desfavor de um genitor ou mesmo da família estendida, eis que a legislação pátria apenas trata da exclusão proposital e não de seus sintomas e consequências. Porém, não há como falar de Alienação Parental dissociando seus nefastos efeitos e sua rede de atuação, chamados aqui, de Síndrome de Alienação Parental (MADALENO; MADALENO,2017, p.45).

Assevera Luciana Maria Reis Moreira(2015, p. 55) que é no rompimento do vínculo afetivo do casal que reside a questão mais conflituosa, pois os laços que uniam o casal já se encontram esfacelados por anos de uma convivência na qual o amor e o respeito acabaram. Ressalta ainda que a Alienação Parental possa operar-se tanto pelo genitor, pela genitora ou por outro familiar. Assim, nesse cenário de beligerância, percebe-seo surgimentode uma psicopatia do genitor alienador, que não mede esforços para atingir o outro com uma verdadeiracampanha de difamação, levando o filho a uma ruptura com aquele genitor alienado e iniciando um processo de falsas memórias(MOREIRA, 2015, p. 55).

Quem não consegue viver o luto da separação de forma saudável carrega para a separação ódios reprimidos que, então, poderão vir à tona por intermédio da Alienação Parental. A Alienação Parental é um drama que atinge um número expressivo de famílias e que provoca dor e sofrimento às suas vítimas. A lei existe e as penalidades ao alienador também existem, no entanto, poucos alienadores são punidos.

3 A exclusão dos avós

Aguarda compartilhada pode ser um dos caminhos importantes para que a Alienação Parental diminua e que as crianças possam conviver, livremente, com o pai e a mãe, bem como com os demais membros da família materna e paterna. O alienadornão percebe, na maioria das vezes, a verdadeira dimensão dos seus atos.A Alienação Parental pode ser praticada por qualquer membro da família e não apenas por um dos genitores.

Existem situações nas quais os avós são impedidos de conviver com os seus netos. Nesse sentido, muito se tem estudado sobre a Alienação Parental em relação a um genitor, entretanto outro importante tema a ser debatido é a Alienação Avoenga, ou seja, os avós que são impedidos de conviver com os netos, porque a nora, o genro, a filha ou o filho proíbem esse contato.Importante trazer à "baila" esse importante debate sobre a Alienação Avoenga, no momento em que também se discute a obrigação subsidiária que os avós têm, prevista em lei, de pagar a pensão alimentícia para o neto quando o genitor não tiver condições de fazê-lo.

Assevera Fabio Ancona Lopez (2011, p. 4-10)que o maior desejo dos avós é serem imprescindíveis na vida dos netos. Na prática, parece que essa percepção é verdadeira, basta verificar a frequência com que os avós levam seus netos aomédico, àescola, ao balé, ao dentista, enfim, a diversos locais a que os netos comparecem e que os pais não podem acompanhar. Sem contar as viagens de férias, os finais de semana na casa dos avós, para que os pais possam ter um momento a sós (LOPEZ, 2011, p. 4-10).

Nesta toada, Ivone Maria Candido Coelho de Souza (2009, p.165-181) alerta que a longevidade provoca modificações nas famílias, determinando a convivência com diversas gerações, advindo delas muitassituações de litígio. Por outro lado, a ideia de velhice frágil, dependente, atribuída, por exemplo, a muitos avós, já se encontra em declínio. Basta verificar o número cada vez maior de idosos, cujas aposentadorias representam importante renda familiar. São valores que estão em franca mutação. Mas, existem outros elementos, até de cunhopsicológico, que permeiam as relações dessas gerações, fazendo com que velhos "ranços" familiares venham à tona. Da mesma forma, a longevidade carrega consigo circunstâncias cada vez mais evidentes e há de se ressaltar as questões de Direito das Famílias, nas quais os avós estão cada vez mais envolvidos (SOUZA, 2009, p. 165-181).

> Os embates que se levam ao Judiciário tendo velhos como parte, ou que se refiram à terceira geração, mantêm direta ou indiretamente em seus desencadeantes o perfil áspero, comum às lides de família, onde se insinuam os sentimentos orientados para a desvalorização dos progenitores e sua incapacitação, como se encobrissem a queixa em si. Mais precisamente, incluem ainda um conjunto de sentimentos agora reativados ou em ruptura com a acomodação. Nas solicitações de provimento ou nas ações de alimentos para os netos em desfavor dos avós, por exemplo, pode-se pensar dinamicamente que o autor, de forma não consciente, expresse uma insatisfação para com os antigos cuidados recebidos dos pais para consigo. Retorna simbolicamente a alimentação da criança que foi, ou através dela, a sobrevivência inicial. Está, neste momento, identificado, prontamente com seu filho menor e volta agora a reivindicar de forma atribulada(SOUZA, 2009, p. 165-181).

Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p.100-101) considera o sistema jurídico brasileiro muito rigoroso com os avós, pois as interpretações quanto ao julgamento de ações alimentares dos netos atribuem muitas responsabilidades aos avós, como se estivessem na condição de pais das crianças ou dos adolescentes. Observa-se também o número cada vez maior dessas demandas, muitas, de fato, em que os netos estão carentes de auxílio, outras, no entanto, mera simulação, uma forma de a ex-esposa se vingar do filho, atingindo a sogra e o sogro. Pelo fato de muitos desses avós serem aposentados, torna-se fácil a comprovação de rendimentos e a possibilidade de pagar alimentos aos netos (COSTA,2011, p. 100-101)

Mariana Pretel e Pretel (2017) considera que a modificação do Código Civil brasileiro, acrescentando o parágrafo único ao artigo 1.589, por meio daLei nº 12.398/2011, apenas veio ratificar que a criança e o adolescente

têm direito ao convívio com os avós e que esse convívio não pode ser impedido, pois há parentesco próximo e tal relação é norteada pelo afeto normalmente existente entre avós e netos. Neste novo cenário, os avós, sempre que forem proibidos de conviver com os seus netos,poderão buscar amparo junto ao Poder Judiciário,a regularização das visitas aos netos, e "o juiz decidirá de acordo com os interesses e as necessidades da criança ou do adolescentee, em sendo indispensável, requererá a realização de estudo psicossocial, buscando a preservação da comunidade familiar em que se integra o menor" (PRETEL, 2017).

Poder conviver com os netos, sem sofrer o drama da Alienação Avoenga, torna-se revigorante viver mais, ter mais tempo para aproveitar a alegria de ser avô ou avó. Mergulhar no mundo mágico e imaginário da infância dos netos, ser parceiro (a) dos netos adolescentes, sonho este de muitas das pessoas que chegaram à velhice, mas plenas de sabedoria amealhada durante os anos em que viveram, sonharam e projetaram os anos finais de suas vidas na convivência com os filhos e os netos. Ser avô ou avó representa a continuidade da família, acrescida pela figura dos pequeninos que vão chegando, com aquela peculiaridade própria dos recém-nascidos.

4 O caso Bernardo: um paradigma no contexto da alienação avoenga

A partir de agora, os dados aqui transcritos constam do Inquérito Policial n.°03/2014/152405-A,bem como das diversas mídias que noticiaram o trágico evento, em que consta e se noticia as condições do assassinato do menino Bernardo,que ocorreu no dia quatro de abril de 2014,sendo divulgado amplamente nos noticiários de todo o Brasil e chocando a sociedade brasileira, levando à reflexãoda problemática social e jurídica que envolveu esse caso.Ele, infelizmente, serve como paradigma da Alienação Parental,abordada nesse artigo. Reflete a fragilidade e a falta de resposta imediata às graves questões que envolvem esse tema. Bernardo pediu ajuda aos amigos, aos professores, ao Conselho Tutelar e à Justiça, mas foi assassinado por motivo torpe e cruel por quem tinha o dever de cuidado.

O Poder Judiciário, que deveria ser a última salvaguarda para esse menino, com apenas onze anos de idade, também não o protegeu. O resultado dessa sequência de falhas resultou no assassinato de um menino órfão de mãe, alienado da avó materna pelo pai, odiado pela madrasta e que não conseguiu se salvar mesmo tendo pedido ajuda.A Alienação Parental figura como pano de fundo de todo o drama do menino Bernardo, que, afastado da família materna, impedido de conviver com a avódesde o falecimento de sua mãe, não pôde ter o direito de viver em um ambiente que o protegesse do fim que teve.

Bernardo foi vítima de falhas, em um conjunto formado por órgãos de proteção à criança e ao adolescente. Em sua casa, sofria uma série de restrições, como não usar o computador e a impressora, não podia tomar banho na piscina existente em sua casa, não podia brincar com sua irmã, Maria Valentina, não podia fazer sua higiene pessoal, entre tantas outras proibições impostas ao menino pela madrasta e pelo pai. A escola, os professores, a catequista, os vizinhos, a ex- babá de Bernardo, a promotora Dinamárcia Maciel de Oliveira e o juiz Fernando Vieira dos Santos tiveram a oportunidade de salvar a vida do menino Bernardo que, sozinho, buscou ajuda no Poder Judiciário, da seguinte forma, conforme consta de matéria jornalística (IRON, 2014):

> "Quero falar com o JuizMatheus Menezes de Moura", (Coordenador de medidas sócio educativas do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CEDEDICA), que foi a pessoa que atendeu Bernardo: - "Sou Bernardo, sou filho do médico Leandro Boldrini. Quero falar com o Dr. Fernando, o Juiz". Disse Bernardo. – Mas por que tu queres falar com o Juiz?- Inquiriu Matheus. – 'Estou recebendo maus-tratos da minha madrasta e eu queria falar com o Juiz a respeito disso'. – 'Calma, não é assim, vou te levar para o Conselho Tutelar'.; respondeu Matheus. – 'Mas eu queria falar com o Juiz'. - insistiu o menino.Matheus, convencido com os argumentos do menino, levou-o ao Juiz, que ouviu suas queixas. Em seguida, encaminhou Bernardo à Promotora Dinamárcia. Dinamárcia confirma que a história contada por Bernardo não ficou registrada em nenhum documento dentro do Fórum "a não ser na minha mente e aqui (mostra o coração), como mãe que sou". E recorda trechos da fala de Bernardo, sentado no seu colo: A minha madrasta é uma bruxa, ela me xinga de tudo que você possa imaginar e o meu pai dá razão para ela. Eu não tenho comida de noite porque não tem tata (empregada, babá). Eu tenho que tomar leite, comer banana, fazer ovo cozido ou então eu vou comer na casa dos meus colegas. Não tenho chave de casa, ela briga comigo

> e eu tenho que esperar 10 e meia da noite o pai chegar para eu poder entrar em casa. E eu não aguento mais isso. Deram todos os meus cachorros. E hoje foi a gota d'água, porque ela me chamou de veadinho e eu atirei um copo nela. O copo não pegou, mas eu estou com medo, estou cansado, eu nunca tinha feito isso de atirar um copo nela. Então eu não quero mais ficar naquela casa. Eu estou na casa da tia Ju (Juçara Petry). E eu queria te dizer assim, promotora: eu quero que a Ju e o marido dela sejam meus novos pais, porque eu quero ter pais com amor(IRION, 2014).

O fato de Bernardo ter ido sozinho procurar atendimento no Fórum da cidade de Três Passos onde residia, pedindo para falar com o juiz, foi decisivo para que a promotora DinamárciaMaciel de Oliveirasolicitasse uma Ação Protetiva para o menino Bernardo, com o intuito de cessar a situação de vulnerabilidade: "Havia uma criança, órfã de mãe, que buscava, solitária, outra família, noticiando-nos atos de abandono e exclusão por parte do pai e madrasta -Disse a Promotora Dinamárcia". (IRION, 2014).

No entanto, o Juiz Fernando Vieira dos Santos, recebendo a ação do Ministério Público, decidiu por marcar uma audiência de conciliação com Bernardo e o pai, sem se aprofundar na análise de todos os outros pedidos que constavam na ação, entre eles, a solicitação de que Bernardo e a família se submetesse à avaliação psicológica. Diante da decisão do Juiz, a Promotora não recorreu. O juiz Fernando Vieira dos Santos, por sua vez se defende:- 'Qualquer dos órgãos de proteção que tinha conhecimento do caso e poderia realizar monitoramento espontâneo, não havia necessidade de determinação judicial. Adverti ele (Boldrini) a respeito das represálias ao menino e não seria o acompanhamento da família que impediria que ocorressem, na medida em que a execução do delito revelou algum calculismo alheio a qualquer monitoramento(IRION, 2014).

O assassinato de Bernardo Boldrini revelou, para toda a sociedade brasileira, a situação em que vivia esse menino de apenas 11 (onze) anos de idade, órfão de mãe, que sofria pelo abandono afetivo do pai epelos maus-tratos da madrasta. Foi alienado da família materna, uma vez que foi privado da companhia da avó, com a qual mantinha laços afetivos até o falecimento de sua mãe. Desde o falecimento da mãe de Bernardo, o pai o impedia de manter contato com a avó materna, fazendo com que perdesse os laços parentais tão importantes para o seu desenvolvimento sócio afetivo (IRION, 2014).

A promotora da cidade de Três Passos, Dinamárcia Maciel de Oliveira, ao ouvir o relato do próprio Bernardo sobre a situação na qual ele vivia, indicou como medida imediata, para cessar essa situação, que a guarda de Bernardo fosse dada à avó materna, a qual já havia mostrado interesse de cuidar do neto. Entretanto, o juiz Fernando Vieira dos Santos, sob o argumento de que se tratava de uma providência padrão, ao priorizar a reinserção nos vínculos familiares, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), negou a solicitação do representante do Ministério Público e deu uma "segunda chance"ao pai de Bernardo. Porém, essa decisão custou a vida do menino, que foi assassinado trinta e dois dias após a realização da audiência marcada pelo juiz Fernando Vieira dos Santos, na qual ele determinou que Bernardo continuasse na companhia do pai e da madrasta. Afinal, o menino também desejava que o suposto arrependimento do pai fizesse dele um pai mais amoroso.(IRION, 2014).

Analisando o caso do menino Bernardo, pode-se constatar que a Alienação Avoenga foi um dos fatores que contribuiu, decisivamente, para o desfecho desse caso. Então, não seria demais supor que a decisão do juiz Fernando Vieira dos Santos, ao não conceder a guarda de Bernardo à avó materna, tirou desse menino a possibilidade de estar vivo. Além de impossibilitar, tanto ao menino quanto à avó, estreitar laços fraternos tão importantes, também privou Bernardo de desfrutar de um lar acolhedor na companhia de sua avó.

O assassinato de Bernardo não é, infelizmente, um caso isolado, pois no Brasil muitas crianças já foram assassinadas pelos pais, padrastos, madrastas, ou outro membro da família. Entretanto, o assassinato de Bernardo tem um viés diferente, pois foi um assassinato anunciado. Isso porque Bernardo fez o que nenhuma outra criança já tinha feito, procurou sozinha ajuda no Poder Judiciário. Por que uma criança procuraria ajuda dessa forma, se não houvesse um motivo muito grave? Grave o suficiente para o juiz Fernando Vieira dos Santos,que o recebeu e ouviu durante um bom tempo, tomasse uma providência efetiva, afastando-o do convívio do pai e da madrasta, sobre os quais repousavam inúmeras suspeitas de maus tratos. Poderia ter atendido apromotora Dinamárcia, que recomendou uma medida protetiva, afastando Bernardodo convívio familiar, dando a sua guarda à avó materna, por cautela. Até porque a avó de Bernardo,

ao saber da situação na qual se encontrava seu neto, entrara com um pedido de guarda. Os indícios de maus tratos eram evidentes. Ao invés disso, o juiz Fernando Vieira dos Santos marcou uma audiência de reconciliação com Bernardo e seu pai. Nessa audiência, o magistrado deu uma segunda chance para o pai de Bernardo. Infelizmente, com essa atitude, decretou asentença de morte do menino (IRION, 2014).

Após a descoberta do corpo de Bernardo e de desvendado todo o plano cruel que levou ao seu assassinato, o juiz Fernando Vieira dos Santos disse quese sentia enganado pelo pai de Bernardo. Enganado? Simplesmente assim? Procedimentopadrão, isso é, tentar reintegrar o menor no seio familiar. Com tantas evidênciasde maus tratos? Por que não dar a guarda de Bernardo à avó materna, ao menos provisoriamente?

Quatro anos transcorreram do assassinato de Bernardo e os acusados estão presos, mas ainda não há data para serem julgados por júri popular. E uma cidade inteira tem, sobre si, uma dor sem fim. Quantos deixaram de ajudar Bernardo? Jamais saberemos. A única certeza que temos é que um menino de onze anos de idade foi sozinho, buscar ajuda no Poder Judiciário. Ele queria o fim de um sofrimento diário, adentrando no Foro da cidade de Três Passos e pedindo para falar com o juiz Fernando Vieira dos Santos. Seu pedido de socorro, com certeza, continua ecoando nas paredes daquele local, onde todos que se sentem prejudicados e perseguidos, buscam proteção e justiça! Mas Bernardo não teve, nem obteve essa proteção. Um conjunto de falhas levou a esse trágico desfecho.

5 Conclusão

Alienação Parental ocorre, justamente, no momento em que as relações conjugais terminam e os ex-cônjuges não conseguem absorver esses novos acontecimentos, bem como todos os rancores e mágoas permanecem, fazendo com que eles não dialoguem para chegar a um consenso quanto à guarda dos filhos. O genitor guardião toma para si o controle da vida do filho e inicia, em muitos casos, uma campanha de desmoralização do outro genitor, visando a afastá-lo da convivência com esse filho.

Procurou-se demonstrar, no estudo da guarda compartilhada, que a aplicação desse instituto jurídico pode se constituir em uma forma de diminuir a Alienação Parental. Independentemente do estado de beligerância que exista entre os ex-cônjuges, a guarda compartilhada deve ser aplicada, pois ela pode se tornar também um excelente instrumento para diminuir esses conflitos.

Para que os magistrados possam tomar uma decisão mais justa, em caso de deferimento da guarda dos filhos, é necessário que exista uma equipe multidisciplinar que forneça elementos para essa decisão. A Psicologia tem sido amplamente utilizada, por meio de laudos psicológicos e estudos da realidade familiar em que a criança ou o adolescente estão inseridos.

A Alienação Parental leva a outro problema muito mais grave, que é a Síndrome da Alienação Parental (SAP), essa caracterizada como um distúrbio psicológico, no qual o filho rejeita a figura do genitor não guardião. Há uma quebra total do vínculo entre os filhos e o genitor.

Neste artigo, o assassinato do menino Bernardo é tido como um paradigma de algo que jamais poderia ter ocorrido e um caso de Alienação Avoenga. Esse caso foi amplamente divulgado nos meios de comunicação e revela a falha de uma rede de proteção, que não conseguiu salvar o menino Bernardo de ser assassinado.

A promotora de Três Passos, Dinamárcia Maciel de Oliveira, ao ouvir o relato do próprio Bernardo sobre a situação na qual ele vivia, indicou como medida imediata, para cessar essa situação, que a guarda de Bernardo fosse dada à avó materna, a qual já havia mostrado interesse de cuidar do neto. Entretanto, o juiz Fernando Vieira dos Santos, sob o argumento de que se tratava de uma providência padrão, ao priorizar a reinserção nos vínculos familiares, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), negou a solicitação do representante do Ministério Público e deu uma " segunda chance" ao pai de Bernardo. Essa decisão custou a vida do menino, que foi assassinado trinta e dois dias após a realização da audiência marcada pelo juiz Fernando Vieira dos Santos, na qual ele determinou que Bernardo continuasse na companhia do pai e da madrasta.

Fica aqui a reflexão sobre a interpretação do que é o " melhor benefício da criança".

Referências

ALVES, Jones Figueiredo. Alienação Parental, Ilicitude Civil.**Revista IBDFAM**, ed. 32. abr./mai. 2017.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Mediando na Alienação Parental:** reflexões psicanalíticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

IRION, Adriana.As falhas na rede de proteção que não salvou Bernardo Boldrini**. Zero Hora.** Publicado em 27 set. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/09/as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-bernardo-boldrini-4608042.html>. Acesso em: 10 maio 2018.

LOPES,Fabio Ancona. **Avós e Netos:** uma forma especial de amar. São Paulo: Manole, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental:** importância da detecção. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO RAFAEL; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada:** física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIGUEL, Jamil. **A Guarda Compartilhada Agora é Regra:** comentários à Lei 13.058/2014. São Paulo: Millennium, 2015.

MOLD, Cristian Fetter. **Alienação Parental**: interlocuções entre o direito e a psicologia. 22. ed. Curitiba: MaresfieldGardens, 2014, p. 20-23

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Alienação Parental.** Belo Horizonte: D'Plácido,2017.

PRETEL, Mariana Pretel e.**Nova Lei Assegura o Direito de Visitas aos Avós.**Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos-publicados-no-jornal-noticias-paulistas/nova-lei-assegura-o-direito-de-visitas-aos-avos>. Acesso em: 12 maio 2018.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental.** o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais. Curitiba: Juruá,2013.

SOUZA, Ivone Maria Coelho de. **Parentalidade:** análise psicojurídica. Curitiba: Juruá,2009.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental**: Sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 1.ed. São Paulo: Leme,2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**.17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E OS LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Ana Eliza Martinez dos Santos

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Metodista – IPA.

anaeliza.aems.96@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os conceitos de ativismo judicial e judicialização, com o intuito de avançar a análise sobre os fenômenos da judicialização da saúde e do ativismo judicial em matéria de saúde, traçando breves contornos destes fenômenos no âmbito da atuação do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Busca-se, assim, à luz dos problemas e limites apontados, demonstrar a necessidade de um melhor aparelhamento técnico do Poder Judiciário para enfrentamento das demandas por saúde e de iniciativas institucionais dialógicas entre os três Poderes da Federação com foco na redução do fenônemo da judicialização da saúde.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Saúde. Rio Grande do Sul.

1 Introdução

O ativismo judicial é um tema muito comentado pela mídia e no meio acadêmico jurídico, levantando certas polêmicas a respeito do Poder que o Judiciário possui hoje.

Não há consenso sobre o tema. Para alguns, o ativismo judicial pode ser um problema à segurança jurídica, com "decisionismos" amparados na carga valorativa e cultural de cada magistrado, avançando sobre áreas não afeitas à sindicabilidade judicial. Para outros, ao contrário, o ativismo judicial é uma postura extremamente positiva, que coloca o magistrado no papel de guardião do projeto jurídico-político constitucional e dos próprios direitos fundamentais. Independentemente da posição adotada, parece ser possível afirmar que o ativismo judicial é um fenômeno que carece de maior análise, notadamente acerca dos limites para atuação do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Público em sua tarefa essencial de concretizar direitos fundamentais.

Mas não só isso. Outros casos recentes vêm ensejando discussão sobre a postura ativista de alguns magistrados, com amparo em intepretações pessoais acerca do que seja certo ou justo a fazer. A condução coercitiva do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, por exemplo, foi fruto de muitas discussões entre os operadores do Direito; houve quem considerasse um ato de ativismo judicial, pela justificativa extra-legal usada na decisão proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro, contudo, também houve quem discordasse.

No que se refere ao direito fundamental à saúde, muitos são os juízes que vem adotando uma postura considerada ativista: concessões de liminares antecipatórias de tutela para pessoas de baixa renda objetivando internações hospitalares na rede pública de saúde, ou mesmo a entrega de medicamentos não previstos dentre os gratuitamente fornecidos pelo Sistema Único de Saúde são cada vez proferidas em maior número.

A chamada judicialização da saúde, aliás, é o tema que norteará a presente exposição, com especial ênfase ao Estado do Rio Grande do Sul. Objetiva-se, como já destacado questionar o leitor acerca dos limites para atuação do Poder Judiciário nessa área.

2 Ativismo judicial, judicialização e direitos fundamentais

De início, cabe tecer breves comentários acerca do fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial esteve presente na condução coercitiva do ex-presidente Lula, está presente quando um juiz decide que a parte deve receber determinado medicamento por não possuir condições de adquiri-lo e também está presente quando decide que determinada escola deve providenciar vaga para um estudante, a fim de que este não perca o ano letivo, entre outras situações.

Com relação às suas origens, sabe-se que o ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. A esse respeito, Barroso (2012, p. 26) afirma:

> As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).

A compreensão das origens do ativismo judicial permite constatar que tal fenômeno nada tem de recente nem é exclusivo do Brasil. Trata-se, sim, de fenômeno fortemente associado ao chamado "neoconstitucionalismo", o qual torna a Constituição o cerne da interpretação do Direito, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais. E complementa Barroso (2012, p. 25):

> A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para parte da doutrina, o ativismo judicial, se caracteriza por uma postura criativa dos tribunais ao decidir sobre a singularidade do caso concreto. Trata-se de uma postura dos magistrados que decorre de uma hermenêutica jurídica expansiva, que busca extrair e concretizar *"o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva."* (GRANJA, 2013, *on line).*

Uma crítica que pode ser feita ao ativismo judicial, consubstancia-se no fato de que tal postura implica, por parte do Poder Judiciário, a prática de criação do Direito, - via de regra, uma atribuição conferida ao poder Legislativo – através de decisões judiciais, não levando em conta se há a possibilidade efetiva de concretizá-las (GRANJA, 2013).

Contudo, não pode ser olvidado que o ativismo judicial é um fenômeno que nasce também com forte vinculação à noção de Estado Democrático de Direito que legitima o Poder Judiciário a tornar-se o "guardião da Constituição", também, e sobretudo, no que se refere a ausência de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Afinal, em um Estado Democrático de Direito todos são iguais perante a lei e ninguém está acima dela -

nem o próprio Estado -, havendo a plena certeza de que os conflitos de interesses (de natureza pública ou privada) serão resolvidos pelo Judiciário, sendo asseguradas todas as garantias do devido processo legal, afastada a ideia de autotutela (SANTOS; BALESTRIN, 2011).

Dentro de um Estado Democrático de Direito, portanto, o ativismo judicial é uma postura adotada pelos Magistrados, por meio da atividade hermenêutica. Com ela, buscam sanar omissões, lentidões ou até falhas das políticas públicas voltadas, em especial, à concretização e proteção estatal dos direitos fundamentais sociais.

Para parte da doutrina, ativismo judicial e judicialização são o mesmo fenômeno. Segundo Fuhrmann (2014), o termo judicialização ou ativismo judicial pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva. É tanto o controle jurisdicional, da vontade do soberano – exercido, tipicamente pelo controle abstrato de constitucionalidade -, quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações.

Para outra parte da doutrina, contudo, são fenômenos próximos, mas não idênticos. A judicialização consiste em uma espécie de transferência do Poder Político (na aplicação de políticas públicas, por exemplo) para o Poder Judiciário, fruto do recente processo de redemocratização brasileira surgido com a Constituição de 1988, que ampliou o acesso à justiça e o rol das garantias sociais. Já o ativismo judicial consiste na atuação de Magistrados que direcionam suas forças para suprir a omissão dos outros Poderes da República na realização de suas tarefas fundamentais, notadamente aquelas atreladas à tarefa de concretização dos direitos fundamentais sociais. Essa distinção básica é bem de detalhada por Barroso (2012, p.25):

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Em outros termos, a judicialização e o ativismo judicial remetem a uma só e significativa palavra: ação. Ação levada a efeito junto ao Poder Judiciário, em demandas individuais ou coletivas objetivando suprir a não execução de direitos fundamentais positivados na ordem jurídica, mediante a atuação concreta dos Magistrados e Tribunais. Ou seja, conclui-se que os dois fenômenos são conceitualmente diferentes, mas dotados de uma essência comum, qual seja, a de dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, tal como determina a Constituição Federal brasileira.

Essa questão, aliás, é de extrema relevância para um adequado entendimento do papel e da legitimidade do ativismo judicial no Brasil, bem como à fragilidade da crítica que afirma que o ativismo judicial se trata de postura que inova ou cria direitos ao arrepio da lei ou da Constituição. Dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*". Significa dizer: os direitos fundamentais têm eficácia plena e vinculam diretamente os três Poderes da República, não se caracterizando por meras normas programáticas carentes de conformação legislativa.

Nesse sentido, à título ilustrativo, a jurisprudência do e. STF (grifos nossos):

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. **NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO.** NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. **A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina**

que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096)

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - **A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.** - **Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.** - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto,**

> **ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.
>
> (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290)

Em complemento, calha referir, com apoio em Sarlet (2013, p. 515), que por terem aplicabilidade direta, as normas de direito fundamental tem a seu favor a presunção de plena eficácia, ou seja, não dependência de conformação legislativa infraconstitucional. Obviamente que isso não significa que haja uma regulamentação legal que venha a estabelecer limites aos direitos fundamentais. Entretanto, um direito fundamental não pode ter sua proteção e fruição obstaculizada ou mesmo negada pelo simples argumento de tratar-se de norma programática dotada de eficácia limitada, a ponto de inviabilizar que o Poder Judiciário examine posições subjetivas lastradas na afirmação de lesão à direitos fundamentais. Ao contrário, tal como vem sustentando a melhor doutrina e como vem decidindo o Tribunal Constitucional pátrio, em matéria de direitos fundamentais incumbe aos Poderes Públicos assegurar sua mais ampla efetividade.

3 Ativismo judicial e judicialização da saúde no estado do Rio Grande do Sul

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito fundamental, previsto nos seus artigos 6º, *caput, e* 196 a 200. Com efeito, à luz da nossa Carta Magna, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Tal disposição acerca do direito à saúde tem sido um dos fundamentos norteadores da crescente propositura de demandas judiciais que reivindicam efetividade ao direito à saúde. Fenômeno que vem sendo chamado de "judicialização da saúde" e que expressa um entendimento de que é obrigação do Estado dispor de todos os meios possíveis para garantir a saúde dos cidadãos.

A concretização do direito fundamental à saúde está intimamente relacionada com a concretização de um Estado Democrático de Direito, haja vista que um de seus postulados é justamente a concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, para Alexandre de Moraes (2011, p. 6):

> O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: 1) primazia da lei; 2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; 3) observância obrigatória da legalidade da administração pública; 4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; 5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; 6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; 7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. Assim, existirá o Estado de Direito onde houver a supremacia da legalidade.

E para Rafael Maffini (2016, p. 18):

> Sobre a definição do que seria Estado de Direito, costuma-se apontar, para uma compreensão doutrinária, quatro requisitos para sua conceituação: a) a existência de uma ordem jurídica para a regulação da vida em sociedade e do próprio Estado; b) imposição da obediência isonômica de todos quantos forem submetidos a tal ordem jurídica; c) a submissão do próprio Estado a tal ordem jurídica e d) a existência de uma jurisdição imparcial a que se submetem os integrantes da sociedade e o próprio Estado. Diante de tal realidade, impõem-se limites à atuação estatal e, assim, mecanismos de controle.

Percebe-se que em um Estado Democrático de Direito há a existência de uma ordem jurídica, na qual tanto cidadãos quanto o próprio Estado são submetidos; ninguém está acima da lei, nem mesmo o Estado (governo);

os conflitos são resolvidos no Poder Judiciário, já que a tripartição de poderes é garantida; e, principalmente, há o reconhecimento de garantias fundamentais e eleições livres e periódicas. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito é um compromisso assumido pela sociedade brasileira no sentido da busca de uma justiça social efetiva, de uma qualidade de vida que se faça presente; logo, da saúde também (Schwartz, 2001, pg. 50).

As ações de saúde no Estado são resultado da insuficiência de recursos para comprar e repor medicamentos na Farmácia do Estado. O início do ciclo da judicialização começa quando a parte é diagnosticada com uma patologia e lhe é receitado um determinado medicamento para o qual ela não dispõe de recursos suficientes, inviabilizando sua aquisição e o próprio tratamento médico. Imediatamente, a parte interessada verifica se este é distribuído na Farmácia do Estado (salienta-se que há poucos casos em que são ajuizadas ações sem os demandantes comparecem anteriormente na FME, e, quando isso ocorre, o feito é extinto sem resolução de mérito, por carecer o interesse de agir). Se o medicamento é fornecido gratuitamente, a parte faz uma solicitação, comprovando a necessidade de retirá-lo na quantidade necessária por mês e passa a retirá-lo administrativamente; quando o medicamento postulado, porém, não está dentre aqueles gratuitamente fornecidos pela Farmácia do Estado, ocorre o fenômeno da judicialização da saúde: a parte portadora da patologia ingressa em juízo com uma ação judicial requerendo que o Poder Público seja compelido a fornecê-lo. Vale lembrar que a judicialização não restringe-se só ao pedido de fármacos, mas também de fórmulas alimentares e outros matérias e insumos, como próteses, órteses e fraldas.

Os argumentos mais usados para que a pretensão do fornecimento do medicamento/insumo/material seja acolhida, amparam-se na eficácia plena do direito fundamental à saúde e vêm assegurando êxito nas antecipações de tutela requeridas.

O não fornecimento de determinado medicamento e a falta de condições financeiras que uma pessoa tenha para suportar o custo do tratamento para tratar de sua saúde são considerados como violações ao direito fundamental à saúde, o qual está positivado na Lei Maior. Cabe ressaltar que o direito à saúde é um direito de segunda dimensão e, portanto, de caráter prestacional. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, impõe ao Estado a execução de tarefas positivas (prestações) para dar efetividade ao direito fundamental social em questão. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim, por intermédio do Estado. Esses direitos fundamentais caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades matérias concretas (SARLET, 2007).

Na maioria das vezes, o pedido de tutela antecipada é deferido, e o Estado se vê obrigado a fornecer o medicamento. No entanto, ocorrem situações, mesmo com a decisão de deferimento da antecipação de tutela, em que o medicamento não é adquirido pela Farmácia do Estado, não sendo ele fornecido à parte autora. Quando isso ocorre, o juízo, após a devida comprovação de não fornecimento do medicamento, defere o bloqueio de valores na conta do Estado. Dessa forma, é gerado um alvará no valor do menor orçamento trazido aos autos pela parte a fim de que adquira o fármaco, devendo ela posteriormente prestar contas do alvará levantado.

À respeito dos pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo, muitos deles experimentais, não previstos pelos órgãos estatais, cabe transcrever o entendimento Fuhrmann (2014, pp. 159-160):

> Apesar da produção local de medicamentos genéricos, e a correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos, muitas vezes contrapostos. O fenômeno da 'farmaceuticialização' da saúde pública do Brasil põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico de acesso para tratamentos da AIDS que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para compra de ARV a fabricantes estrangeiros.

Este ciclo da judicialização da saúde no Estado do Rio Grande do Sul muitas vezes apresenta alguns problemas, como por exemplo: alvarás levantados e destinados para fins diversos dos quais foram destinados, partes que somem durante o curso do processo, contas não prestadas, deferimento de medicamentos para casos que não são de saúde pública, falsificação de atestados médicos etc. Isto ocorre porque a maioria das pretensões judiciais relacionadas à saúde são acolhidas, a demonstrar que, a despeito de buscar dar máxima efetividade

ao direito fundamental à saúde, limites hão de ser reconhecidos sob pena de a prestação jurisdicional acarretar novos problemas sociais.

4 Limites ao ativismo judicial?

A interrogação que se oferece é a seguinte: quais os limites e desafios que se impõem à intervenção coativa do Poder Judiciário frente ao descumprimento, pelos Poderes Executivo e Legislativo, das tarefas essenciais de proteção à saúde, seja pela ação seja pela omissão? Normalmente, uma análise dessa ordem perpassa pelo tema da discricionariedade administrativa e legislativa que, para muitos, limita a esfera de ingerência do Judiciário.

Ainda hoje, há uma forte corrente jurisprudencial no Brasil que não admite a possibilidade de ser obtida, junto ao Judiciário, a condenação da Administração Pública em obrigações de fazer, consistentes na adoção de medidas positivas de proteção do meio ambiente, tudo com base na impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo (pautado pelo binômio "oportunidade e conveniência"), salvo se este ofender ao princípio da legalidade. Do contrário, estar-se-ia permitindo ao Judiciário atuar como administrador, ferindo de morte o princípio da separação dos Poderes. Assim, o controle judicial dos atos administrativos estaria adstrito ao exame das prescrições legais, expressamente determinadas, "[…] quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma" (FAGUNDES, 1984, p. 129).

Contudo, pelo que já foi mencionado anteriormente, em especial, pela natureza jusfundamental do direito à saúde, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não há falar em ofensa ao princípio da separação de poderes quando o Poder Judiciário é provocado por aquele que, na sua esfera subjetiva, busca obter do Estado medida prestacional específica a dar efetividade ao direito fundamental à saúde. No tocante especificamente à esfera de competência do Poder Executivo, não há falar em ingerência indevida do Poder Judiciário, ou mesmo ofensa ao princípio da separação dos Poderes, quando, diante de uma flagrante omissão ou desvio de sua tarefa-fim (jusfundamental) de proteção à saúde, impõe à Administração Pública o cumprimento de obrigações de fazer que objetivem corrigir a proteção estatal insuficiente. Afinal não está o Judiciário, quando assim age, criando uma norma inexistente ou uma determinada política pública, penetrando no mérito administrativo e nas esferas da conveniência ou da oportunidade. Está, sim, impondo o cumprimento de uma obrigação pública objetiva expressamente prevista na Constituição.

Uma forma de melhor compreender essa questão passa por uma adequada compreensão do significado de discricionariedade administrativa. Na clássica lição de Karl Engisch (1996), a discricionariedade administrativa provém do Direito e consiste em uma margem de liberdade que tem o administrador na escolha de uma dentre duas ou mais alternativas. Deve-se ter claro, portanto, que a discricionariedade administrativa está condicionada pela finalidade jurídico-constitucional do ato a ser praticado pela Administração, daí que o controle que se permite ao Judiciário realizar nesta seara é o controle finalístico da discricionariedade administrativa, podendo ser impostas à Administração, caso verificado o desvio de finalidade (na ação ou na omissão das políticas públicas adotadas), obrigações de fazer ou de não-fazer, sem caracterizar com isso ofensa à separação dos Poderes (MOLINARO; RAMMÊ, 2015).

Ao comentar a jurisprudência do STF, Sarlet constata a aderência da Corte constitucional pátria ao entendimento de que o princípio da separação dos Poderes não acarreta uma visão estanque ou compartimentada dos Poderes estatais, mas sim implica o reconhecimento de um sistema complexo e dinâmico de "freios e contrapesos", no qual as funções de cada poder estatal se caracterizam por serem funções preponderantes, mas não exclusivas (SARLET, 2012).

O mesmo ocorre com relação ao Poder Legislativo. Omissões legislativas ou mesmo legislações que se desviem da tarefa estatal de proteção da saúde, também são passíveis de controle finalístico pelo Poder Judiciário. O papel do Poder Judiciário, nesse particular, assume um viés corretivo. Disso resulta a possibilidade de reconhecer, via controle finalístico realizado pelo Poder Judiciário, a prática de condutas inconstitucionais (por ação ou por omissão), decorrentes da não adoção de medidas protetivas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Vale a pena reproduzir, nesse particular, a lição de Sarlet e Fensterseifer (2010, pp. 49-50):

> […] a ação estatal acaba por se situar no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre proibição de excesso de intervenção,

> por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro. Posto de outra forma, se por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, também não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena de sua atuação (no primeiro caso) ou omissão ou mesmo ação insuficiente (no segundo caso) implicar violação da ordem jurídico-constitucional.

Mas não podem ser olvidados certos limites que se impõem à atuação do Poder Judiciário nesse âmbito. Dois em especial são destacados por Luis Roberto Barroso (2012). O primeiro é relaciona-se com a questão da capacidade institucional, ou seja, sobre qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Para Barroso, certos temas exigem conhecimento técnico e científico de grande complexidade, não sendo o juiz o árbitro mais indicado ou qualificado, justamente por lhe faltar o conhecimento específico que o caso exige. Isso implica que o controle finalístico exercido pelo Judiciário se restrinja ao âmbito de verificação da lesão à ordem jurídico-constitucional, evitando adentrar no campo de definição de políticas públicas a serem adotadas, priorizando que a elaboração concreta dessas políticas seja realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo, "[…] cedendo passos para juízos discricionários dotados de razoabilidade" (BARROSO, 2012, p. 30).

No que se refere ao direito fundamental à saúde, isso implica um aparelhamento do Poder Judiciário com núcleos de assessoria técnica na área da saúde, aptos a auxiliar os magistrados nas decisões que venham a envolver a prestação de medicamentos e tratamentos médicos.

Na ausência desse aparelhamento com assessoria técnica especializada, concorda-se com a posição defendida por Steinmetz e Heinz (2013), quando afirmam que, excepcionalmente, o Judiciário pode ver-se obrigado a impor a providência a ser adotada, notadamente quando a omissão ou proteção insuficiente por parte do Legislativo ou Executivo acarretar risco grave, atual ou iminente, ao destinatário do direito em questão. Em situações tais, entendemos, ao lado dos autores referidos, que o limite da capacidade institucional cede em face da urgência e da *"[…] inexistência de alternativa eficaz para afastar a situação de vulnerabilidade"* (STEINMETZ; HEINZ, 2013, p. 233).

O segundo limite referido por Barroso (2012) é o do risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis decorrentes da intervenção judicial no âmbito de políticas públicas. O limite em questão relaciona-se com a possibilidade de o Judiciário vir a adotar políticas públicas que se mostrem desastrosas no futuro, sobretudo pelo desconhecimento e até mesmo despreparo dos magistrados nesse campo. O risco aqui, reside na inviabilização orçamentária do Estado para execução de uma política pública no âmbito da saúde ou mesmo em outras áreas, por conta do sem número de condenações judiciais.

Porém, Barroso (2012) admite que na hipótese de afronta clara a normas constitucionais ou violação evidente de direitos fundamentais esse limite também deve ser flexibilizado.

Percebe-se, assim, que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da saúde, estão a desafiar um aparelhamento técnico do Poder Judiciário e o desenvolvimento de estratégias institucionais dialógicas entre os três Poderes da Federação, com o intuito de desenvolver uma interface mínima entre a atuação dos magistrados e dos gestores públicos.

5 Considerações finais

Com base no apresentado pelo trabalho, percebe-se que o cidadão não se encontra desamparado diante das omissões e falhas nas execuções dos serviços referentes aos direitos fundamentais sociais. O ativismo judicial e a judicialização da saúde são fenômenos que evidenciam uma tentativa de dar a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde no Brasil.

Mas como fenômenos recentes que decorrem de uma nova hermenêutica constitucional que busca dar máxima efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, surgem situações práticas, no dia a dia da atividade jurisdicional, que ainda demandam reflexão e aperfeiçoamento.

Existem, por certo, limites ao ativismo judicial em matéria de saúde no Brasil. Acredita-se que o Judiciário não deve, de forma alguma, se furtar da tarefa de buscar dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais. Mas deve se cercar de assessoria técnica especializada na área de políticas de saúde, criando núcleos de assessoramento, bem como deve promover diálogos institucionais com os gestores públicos para traçar estratégias de atuação que não inviabilizem financeiramente outras políticas públicas estatais.

Defende-se, portanto, que o fenômeno da judicialização da saúde seja tratado não apenas como uma questão do Poder Judiciário, mas como uma questão mais ampla que demanda a busca de soluções institucionais dialógicas, capazes de reduzir cada vez a necessidade de novas demandas individuais em matéria de saúde pública no Brasil.

Referências

BALESTRIN, Thelleen Aparecida; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Ativismo Judicial. In: **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Thesis**, vol. 5, nº 1. Rio de Janeiro, 2012, pp. 23-32.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1996.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FURHMANN, Ítalo Roberto. **Judicialização dos direitos sociais e o Direito à Saúde.** Brasília: Editora Consulex, 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 29 ago. 2016

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2016.

MOLINARO, Carlos Alberto; RAMMÊ, Rogério. Os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental e o controle judicial de proteção insuficiente. In: **Revista de Direito Ambiental**, n. 78, São Paulo, 2015, pp. 61-101.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e a efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de Poderes – Anotações ao AgRg no AgIn 708.667 do STF. In: **Revista dos Tribunais,** n. 921/478, São Paulo, jul. 2012.

SARLET, ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, §1º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lênio (Coords). **Cometários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 515.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**, n. 58, São Paulo: Ed. RT, 2010, pp. 41-85.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio; HEIZ, Bruno Gabriel. A face prestacional do direito ao ambiente: políticas públicas e gestão ambiental. In: JOBIM, Marco Félix (org.). **Inquietações jurídicas contemporâneas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 233.

GT08: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA: PROMOVER A CIDADANIA

A REVOLUCIONÁRIA EXPERIÊNCIA DE DEFENSORAR POR MEIO DA SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS

Mariana Py Muniz Cappellari

Doutoranda em Ciências Sociais (PUCRS)

Defensora Pública do Estado do RS

Resumo: O artigo tem por intuito apresentar a revolucionária experiência de defensorar por meio da sistemática de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS, contribuindo para revelar um patamar de atuação da Defensoria Pública conforme ao texto constitucional e a normativa internacional, apresentando um acesso à justiça não mais vinculado meramente ao Poder Judiciário, mas de efetiva concretização de uma ordem jurídica justa, inclusive, em termos sociais, na medida do empoderamento e da expansão do exercício da cidadania. Para tanto, após apresentação do Centro de Referência em Direitos Humanos, bem como da sua esquemática de atuação, abordaremos a atividade de Defensorar por meio desse sistema, aliando referencial bibliográfico a tanto.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Centro de Referência em Direitos Humanos. Acesso à Justiça. Cidadania.

Abstract: The purpose of this article is to present the revolutionary experience of advocating through the systematic work of the Human Rights Reference Center of the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, contributing to reveal a level of action of the Public Defender according to the constitutional text and international regulations. an access to justice no longer linked merely to the Judiciary, but rather to the effective realization of a just legal order, including in social terms, to the extent of empowerment and expansion of the exercise of citizenship. Therefore, after presentation of the Reference Center on Human Rights, as well as its schematic of action, we will approach the Defensorar activity through this system, combining bibliographical reference to both.

Keywords: Public defense. Reference Center on Human Rights. Access to justice. Citizenship.

1 Considerações iniciais

A emenda constitucional nº 80 de 2014 ao reconceituar a instituição Defensoria Pública, aos moldes do que então já havia sido produzido pela Lei Complementar nº 80/94, com as alterações empreendidas pela Lei Complementar nº 132/09, desvela um novo olhar institucional, muito mais sistêmico, na medida em que acentua que o acesso à justiça, função precípua da Defensoria Pública, direito humano fundamental, não se resume e tampouco se encerra no acesso ao Poder Judiciário.

Muito pelo contrário, a autonomia que lhe projeta enquanto instituição contrapoder,[1] bem como o fato de se revelar enquanto expressão e instrumento do regime democrático lhe alçam a efetiva participação nos processos decisórios de todos os Poderes da República e de definição de políticas públicas, contribuindo, inclusive, internamente para a confecção de políticas que empoderem e possibilitem o exercício de cidadania integral por parte dos vulneráveis, sejam eles economicamente ou organizacionalmente falando.

Nesse sentido, a forma de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria

[1] PAIVA, Caio Cezar. **Prática Penal para a Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Pública do RS revela-se revolucionária, na medida em que ao trabalhar com o enfrentamento da violência, fenômeno complexo, através da oferta de atendimento multidisciplinar, busca a aproximação constante dos movimentos sociais e das lideranças comunitárias, em verdadeiro trabalho de rede, promovendo educação em direitos humanos, rompendo, assim, com a atuação da Defensoria Pública ainda adstrita a ideia de que o acesso à justiça se limita ao acesso ao Poder Judiciário, quando, na verdade o acesso que se requer e pleiteia é o acesso a uma ordem jurídica minimamente justa.

Enquanto instituição promotora de direitos humanos cumpre a Defensoria Pública a missão de concretizar efetiva transformação social, a qual dentro de uma ordem dita democrática requer a instituição de políticas que efetivamente contribuam para o exercício concreto da cidadania. O empoderamento político e o conhecimento dos direitos são fundamentais a tanto, o que já o faz o CRDH/DPE/RS, razão pela qual o presente artigo tem por objetivo demonstrar o quanto o modelo de atuação do Centro de Referência cumpre com os objetivos e as funções da instituição, traduzindo um defensorar, por meio de um olhar sistêmico, que anseia por um acesso à justiça social.

2 Do CRDH/DPE/RS

A Defensoria Pública tem para além de um dever institucional, um múnus constitucional de promoção da conscientização sobre o ordenamento jurídico e, por assim dizer, de conscientização sobre direitos básicos de cidadania e direitos humanos.

Pensando nisso, no ano de 2014, a Defensoria Pública do RS em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, à época, implantou o Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH-DPE/RS), tendo por objetivo fortalecer sua missão institucional de promover a informação e a cultura dos direitos humanos, garantindo a ampliação das condições de acesso à justiça de cidadãos e cidadãs vítimas de violências, especialmente a violência contra a mulher e a violência estatal, em Porto Alegre e Região Metropolitana.

A ideia então tinha por norte que no CRDH-DPE/RS se atuasse na construção de estratégias para o enfrentamento e superação da violência e afirmação de Direitos Humanos. Sendo assim as suas atividades se iniciaram em 17 de janeiro de 2014 e o convênio teve vigência até março de 2018.

Não há notícia de outra Defensoria Pública no país que tenha firmado convênio com a SDH/PR para implantação de um Centro de Referência em Direitos Humanos, até porque o projeto dos Centros de Referência em Direitos Humanos havia sido desenvolvido no âmbito do Governo Dilma. E tanto isso é verdade que o CONDEGE, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais do Brasil, firmou termo de cooperação técnica com a SDH, no ano de 2017, a fim de que as demais Defensorias Públicas do país fossem instadas à implantação de Centros de Referência aos moldes do RS.

Quando da confecção do projeto e concretização do mesmo, pensou-se que o CRDH-DPE/RS deveria estar localizado no Centro Histórico de Porto Alegre. Pois, a localização, em local central, próxima à Sede da DPE/RS, visava facilitar o acesso à população que se desloca de diferentes regiões vulneráveis da capital e região metropolitana (acessibilidade universal), a promoção de ações itinerantes e a articulação com a sociedade civil e lideranças comunitárias.

Além disso, a sua territorialidade teria como foco principal a não institucionalização, permitindo maior diálogo com os movimentos sociais e as lideranças, os quais se utilizam do espaço no mais das vezes para a realização de reuniões e eventos.

O público-alvo das ações desenvolvidas pelo CRDH abrangia as vítimas de preconceito, discriminação, intolerância, maus-tratos, negligência e abandono, especialmente as mulheres em situação de violência doméstica e as vítimas de violência estatal (principalmente do sistema de justiça e segurança pública). Indiretamente, visava alcançar os familiares, as lideranças comunitárias, órgãos e agentes governamentais encarregados da implementação dos direitos humanos e cidadania, organizações da sociedade civil que atuam em direitos humanos e cidadãos(ãs) em geral.

Assim, o trabalho do Centro representaria o compromisso com a execução e continuidade de uma política pública de caráter permanente, totalmente inserida em sua missão institucional; no III Plano Nacional de Direitos Humanos e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Por isso, estabeleceu-se que o CRDH atenderia as vítimas, seja por demanda espontânea, seja por encaminhamento de algum outro serviço ou Instituição ou pelo Disque-acolhimento.

O Disque acolhimento foi pensado como um meio pelo qual os assistidos(as) entrassem em contato diretamente com o CRDH, através de ligação gratuita (0800-6445556), a fim de buscar as primeiras orientações sobre o funcionamento do serviço, bem como esclarecer eventuais dúvidas que venham a surgir no curso de seu acompanhamento com a equipe do CRDH. O Disque acolhimento teria abrangência para todo o Estado do Rio Grande do Sul.

O procedimento estatuído no CRDH/DPE/RS para os atendimentos, cujos dados coletados são sigilosos, era composto, em regra, por quatro fases interdependentes:

1ª Fase - Atendimento inicial: Nessa fase seriam realizados a triagem e o cadastro. É uma análise da situação, do risco iminente e da necessidade de urgência no atendimento. A vítima recebe informações e orientações gerais sobre o CRDH-DPE/RS, sobre a rede de atendimentos a sua disposição e sobre possíveis estratégias de ação.

2ª Fase - Acolhimento Multidisciplinar: O atendimento nessa fase era realizado por uma psicóloga e uma assistente social. Se fazia a escuta do(a) assistido(a) em situação de violência, identificada sua demanda específica, avaliado o risco do caso e, se necessário, pactuado um plano de segurança e iniciado um plano personalizado de acompanhamento. Esta fase de atendimento podia ser realizada com a presença de Defensor(a) Público(a) ou analista processual para melhor elucidação das questões jurídicas.

3ª Fase – Atendimento Especializado: O objetivo dessa fase era aprofundar o diagnóstico preliminar elaborado pela equipe, a fim de identificar as demandas a serem tratadas nos outros tipos de atendimento, quais sejam: a) Atendimento Psicossocial, com psicóloga e/ou assistente social, com o objetivo de oferecer um espaço de escuta, suporte e reflexão ao(a) assistido(a) vítima de violência com vistas à promoção do fortalecimento subjetivo, da autonomia e do protagonismo, além de fornecer orientações, encaminhamento para a rede de atendimento e de serviços sociais existentes, para possibilitar meios de acesso às políticas públicas e a efetivação dos direitos; b) Atendimento Jurídico, com Defensor(a) Público(a), com o objetivo de oferecer orientações jurídicas e acompanhamento dos procedimentos judiciais e extrajudiciais. Também nessa fase, a equipe realizava interlocução com a rede de atendimento para encaminhar questões de atendimento psicológico, saúde, segurança, moradia, benefícios sociais, documentos, educação, trabalho/emprego, geração de renda.

4ª Fase – Educação em Direitos: o CRDH-DPE/RS realizava variadas ações em Educação em Direitos Humanos, as quais se concretizavam nos seguintes formatos: a) Programa de capacitação permanente PAZ COM VOZ, que consistia em oficinas gratuitas e abertas ao público (na programação das oficinas se procurava proporcionar a reflexão sobre os temas relacionados aos Direitos Humanos sob diferentes perspectivas, como mostra de filmes, mostra de trabalhos acadêmicos, oficinas lúdicas, debates e palestras), além do minicurso Virando a Página, destinado aos adolescentes privados de liberdade, conforme convênio entabulado com a FASE/RS; b) Palestras, debates, workshops promovidos pela sociedade civil; c) Ações itinerantes (mutirões de atendimento, orientações e divulgação do CRDH); d) Elaboração e distribuição de cartilhas; e, e) página do CRDH na rede social "Facebook" (https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos), na qual são publicadas notícias atuais sobre direitos humanos, tais como resultados de pesquisas, reportagens, vídeos, divulgação de eventos, conquistas na seara dos direitos humanos, dentre outros. No que tange ao Programa PAZ COM VOZ, só no ano de 2016 foram realizadas mais de 13 oficinas.

Especificamente quanto à 4ª fase, a equipe que compunha o CRDH-DPE/RS entendia que a "Educação em Direitos Humanos" está fundada em uma perspectiva de olhar sobre o sujeito e suas múltiplas formas de ser, estar e viver no mundo, não se restringindo a espaços institucionalizados de difusão de informações (forma tradicionalmente associada à ideia de educação). Considerando que os direitos humanos consistem em uma perspectiva de respeito à alteridade e às múltiplas formas de existência, a equipe entendia que

educar em direitos humanos, diferentemente de um procedimento padronizado de trabalho, é um processo que pode se dar nos mais variados contextos de encontro com o outro.

Desta forma, educar em direitos humanos, para a equipe que compunha o CRDH/DPE/RS, tinha como diretriz estimular e animar o outro a refletir sobre sua condição no mundo e apropriar-se de sua condição de cidadão de direitos para, por meio dos seus mais variados instrumentais políticos e subjetivos, ativamente transformar sua vida.

Por isso, nos processos educativos que atravessam os momentos de escuta e atendimento, a equipe procurava guiar a escuta e a orientação sensibilizando para a formação de uma consciência crítica de si e dos processos imbricados na construção dos contextos violentos ou violadores de direitos em que aquele(s) sujeito(s) está(ão) inserido(s).

Procurava-se, nesse sentido, estimular a reflexão, a partir da própria história que traz o sujeito até o CRDH, sobre suas condições de inserção no mundo, os processos históricos e sociais que permeiam tal inserção, incidindo em uma consciência crítica sobre os próprios modos de viver, pensar, sentir e agir, em suas relações com os outros e consigo.

Não se estabelecia limitação quanto ao número de atendimentos, os acompanhamentos eram realizados enquanto a equipe e/ou o(a) assistido(a) entendiam necessário. O desligamento do serviço de atendimento especializado somente se dava quando verificada a superação da situação de violência, o efetivo empoderamento da vítima e o fortalecimento de mecanismos psicológicos e sociais.

Em relação a dados numéricos, desde sua abertura até junho de 2017, o CRDH-DPE/RS teve mais de 2305 assistidos cadastrados e 8831 atendimentos realizados.

Tendo vista as duas linhas de ações principais a serem trabalhadas no Centro de Referência, o combate à violência doméstica e à violação de direitos humanos, inseriu-se, na estrutura do projeto de implantação do CRDH-DPE/RS, dois núcleos especializados da Defensoria Pública, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e o Núcleo de Defesa da Mulher.

O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande de Sul atua desde 2009 na prevenção de violações aos Direitos Humanos, na busca pelo restabelecimento nos casos em que ela já ocorreu e na educação na área, ou seja, na promoção do empoderamento de indivíduos e grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica, social e organizacional. Com este escopo, o Núcleo, atua no âmbito institucional, estabelecendo diretrizes de atuação da Defensoria Pública na área através da elaboração de projetos, enunciados e encontros de capacitação, bem como de ações que articulem e apoiem a atuação de todos os Defensores Públicos do Estado, na garantia de efetividade dos Direitos Humanos, inclusive com subsídios a eventual necessidade de postulação perante organismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos como os que compõem o Sistema Interamericano/OEA e o Universal/ ONU.

Externamente, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos atua prevenindo violações identificadas através de demandas ou grupos sociais vulneráveis (com os quais busca interação e articulação), restabelecendo os direitos atacados por outros particulares ou mesmo pelo Poder Público e promovendo a educação em Direitos Humanos. Para tanto, maneja instrumentos judiciais como ações individuais e coletivas (de âmbito estadual ou nacional), bem como extrajudiciais, notadamente o Procedimento Administrativo para Apuração de Danos Coletivos (Padac), onde são realizadas audiências públicas, reuniões conciliatórias entre pessoas e grupos de conflito, expedidas recomendações para o restabelecimento de direitos, firmados a conhecida função de apoio e aparelhamento aos Defensores Públicos.

Comitês e comissões dos quais o Núcleo participava:

1. Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH);
2. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – CONDEGE;
3. Conselho Deliberativo do Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Testemunhas Ameaçadas (CONDEL/PROTEGE);

4. Conselho Estadual da Pessoa Idosa (CEI);
5. Comissão Estadual de Erradicação do Trabalho Escravo no Rio Grande do Sul (COETRAE/RS);
6. Conselho Estadual LGBT;
7. Comitê Estadual de Atenção a Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas (COMIRAT);
8. Conselho Estadual do Programa de Proteção aos Defensores e às Defensoras dos Direitos Humanos (CEPPDDH/RS);
9. Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua;
10. Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência (COEPEDE);
11. Comitê Estadual contra a Tortura (CECT/RS);
12. Presidência da Rede de Direitos Humanos do Sistema de Justiça e de Segurança do RS;
13. Coordenação da Frente Estadual por uma nova política prisional.

O Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM) foi criado em novembro de 2008, com recursos do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, por meio de Convênio entre a DPE/RS e a Secretaria de Reforma do Judiciário, em cumprimento à Lei Maria da Penha. A lei prevê a garantia do acesso aos serviços de Defensoria Pública, mediante atendimento específico e humanizado, a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar. Compete ao Núcleo realizar ações e atividades voltadas à defesa dos direitos das mulheres em situação de violência, em especial a doméstica e a familiar, que configuram violação aos direitos humanos, nos termos da Constituição, da Lei Maria Penha (Lei nº 11.340/06) e consoante documentos internacionais.

Um dos mais relevantes diferenciais da atuação do NUDEM, e, de forma mais ampla, do CRDH/DPE-RS, era a estratégia de empoderamento das mulheres em situação de violência, que não se restringe à defesa e proteção frente ao ato violento. A partir dessa perspectiva, o Núcleo buscava: a) Realizar atendimento sensível, humanizado e especializado; b) Realizar trabalho em parceria e articulado com a rede de proteção às mulheres, do Município, Estado, e União; c) Incidir ativamente nos espaços de debates de políticas públicas; d) Compor equipe multidisciplinar para a prestação de atendimentos; e, e) Realizar oficinas e capacitações sobre o tema com os mais diversos públicos. O Núcleo atua através de capacitações, palestras, participação em audiências públicas, entrevistas, participação permanente na Rede Lilás, apoio aos Defensores Públicos e outras instituições (através de trocas de experiências e materiais), mutirões de atendimento e disseminação do tema.

Por fim, cabe ressaltar que, nesses cerca de três anos e meio de atuação do CRDH-DPE/RS, nunca se teve notícia do falecimento de qualquer assistido por motivo correlato às violências/violações de direitos humanos atendidas neste Centro.

3 O defensor por meio do CRDH/DPE/RS:

A Emenda Constitucional de nº 80 de 2014 traz para o texto constitucional, nos termos do seu art. 134, aquilo que já fazia referência a LC nº 80/94, mormente após as alterações procedidas pela LC nº 132/09. A instituição Defensoria Pública torna-se uma instituição permanente, cumprindo-lhe como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados, de forma integral e gratuita, em todas as instâncias.

Sinaliza-se, assim, a ampliação do parâmetro de atuação da Defensoria Pública, com a inclusão da defesa dos direitos coletivos, a promoção dos direitos humanos, a permanência, que indica impossibilidade de extinção, mormente por que cumpre com um direito humano fundamental que é o acesso à justiça; e é o

fato de ser expressão e instrumento do regime democrático, o que lhe impõe a obrigatoriedade de defesa da democracia, seja interna, quanto externamente.[2]

Não se fala há muito em uma assistência judiciária, limitada ao acesso ao sistema de justiça, mas, sim, jurídica, integral, que possibilite não apenas o atendimento individual, mas que focalize na integralidade e na complexidade da pessoa que chega a Defensoria Pública, buscando orientação, capacitação, educação em direitos,[3] conscientização, atendimento multidisciplinar e empoderamento para o exercício efetivo de cidadania.

A atuação na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência[4] possui interlocução com a promoção dos direitos humanos, na medida em que objetiva rever condutas ilícitas, bem como reparar minimamente, através da indenização, o dano causado, além, é claro, dentro do espectro de promoção dos direitos humanos, fomentar políticas públicas que se voltem à efetividade desses direitos, fiscalizando as já existentes e dando voz aos vulneráveis, por meio da participação em conselhos de direitos, a qual lhe permite ampliar o espectro da realidade violatória destes direitos, através da aproximação e da escuta sempre atenta dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil.

É nesse contexto que se insere o CRDH/DPE/RS, conforme podemos observar. A sua sistemática de atuação cumpre com todos os objetivos da Instituição Defensoria Pública, nos termos do art. 3º-A da LC nº 80/94, pois o foco no enfrentamento da violência, enquanto fenômeno complexo que é, faz com que as funções institucionais da Defensoria Pública sejam potencializadas, ofertando-se acolhimento integral, por meio de um atendimento multidisciplinar, o qual permite a escuta, o empoderamento, a conscientização, a educação

---

[2] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) a partir da publicação da Lei Complementar nº 132, a Defensoria Pública recebe adensamento nas suas atribuições, passando a ser considerada "expressão e instrumento do regime democrático", caracterizando um salto evolutivo da Instituição. A presença da Defensoria Pública melhor qualifica a democracia e promove a inclusão das classes sociais que historicamente restavam distantes do acesso à Justiça. A complexização das relações sociais exige do Estado novas e mais versáteis Instituições que possam atender aos anseios da população. A Instituição viabiliza, quando necessário, a postulação, seja judicial ou extrajudicial, com a utilização dos meios e recursos adequados à efetividade dos direitos, tornando-se, portanto, instrumento do Estado Democrático de Direito, na medida em que busca a realização dos direitos assegurados aos cidadãos. Ou seja, a Defensoria Pública transmuda-se mais uma vez, daquela Instituição destinada a prestar atendimento jurídico integral e gratuito, para a expressão e instrumento de realização do regime democrático. A definição elucida a vinculação, realizada pelo legislador constituinte, de que a democracia somente vinga em um Estado que respeita a dignidade da pessoa humana, e a Defensoria Pública, nesse contexto, deve ser considerada essencial ao processo de concretização dos direitos conferidos à pessoa humana. (...)." p. 2/3.*

[3] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) o Defensor Público passa a ser considerado também um agente de educação jurídica, sendo uma das suas atribuições institucionais a divulgação dos direitos humanos. O conhecimento acerca dos direitos e deveres de cada um não só previne litígios, como também enseja maior reflexão sobre os atos da vida. (...) Assim, reconhece-se o poder-dever do Defensor Público de dialogar com os assistidos, disseminando o conhecimento jurídico, bem como a competência e atribuição da Instituição para a promoção dos direitos humanos, capacitando a população para o exercício da cidadania. Ora, se a difusão dos direitos humanos passa a ser considerada atribuição dos Defensores Públicos, ela naturalmente tem como consequência uma nova consciência nos cidadãos, que se reconhecem como sujeitos de direitos. E, cientes deste conhecimento, evidentemente passarão a exigir a sua implementação pelo Poder Público. O aprendizado não é um fim em si mesmo, mas tem por objetivo a intervenção na realidade social, com o objetivo de transformação. A educação sobre os direitos pode transformar a compreensão do contexto onde o indivíduo vive, o papel das Instituições, as possibilidades e as limitações próprias do ser humano, gerando um agir refletido sobre os atos da vida. (...)." p. 6/7.*

[4] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) Como resultado da atuação na difusão dos direitos humanos, o Defensor Público deve dar uma resposta, dentro do ordenamento jurídico, para aqueles que, de alguma forma, sofreram opressão, seja por parte do Estado ou não, observando a eficácia horizontal e vertical do ordenamento jurídico. A ênfase na reparação dos direitos violados tem como objetivo amenizar as consequências da violência, obtendo uma reparação que, se efetivamente não irá apegar a lembrança do ocorrido, poderá responder à dor sofrida com o recebimento de merecidas indenizações. (...) A reparação por meio de indenizações é medida mínima que o Estado pode oferecer ao ofendido. Essa atividade assume importância, primeiro, porque recupera a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, apagando a sensação de impunidade e inoperância do Estado para com a satisfação das suas necessidades. E mais, promove a paz social na medida em que os assistidos passam a confiar em que o Estado pode operar em seu favor (e não apenas contra eles), afastando a necessidade de vingança privada. (...)." p. 7.*

em direitos, fortalecendo a pessoa em sua totalidade enquanto ser humano que é, inclusive, com a confecção de planos de segurança, dependendo do caso em concreto.

Além disso, a realização de um trabalho em rede tem por intuito a fiscalização, bem como proporcionar tensão nos demais órgãos, fortalecendo e buscando o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, para além da sugestão da confecção de políticas novas, as quais atendam as necessidades da população vulnerável, a qual se vê dentro dos parâmetros das 100 Regras de Brasília, consistindo a vulnerabilidade em algo bem mais além do critério meramente econômico, na medida em que vinculada a idade, gênero, estado físico ou mental, etnia, cultura, migração, pobreza, privação de liberdade, entre outros, que são circunstâncias que encerram maiores dificuldades para exercer com plenitude ante o sistema de justiça os seus direitos (ROCHA, 2013).

Nas palavras de Rocha:

> A razão de existir da Defensoria Pública é o ser humano em condição de vulnerabilidade, cabendo-lhe, enquanto serviço público, adotar as providências jurídicas e políticas, extrajudiciais e judiciais a conferir-lhe a dignidade necessária ao bem viver. Não interessa apenas ao seu Usuário, mas a toda a sociedade, diante da indivisibilidade dos direitos humanos e da interligação que caracteriza a sociedade contemporânea.[5]

No contexto de uma nova 'escravidão', conforme bem resume Rocha (2013), de uma escravidão rebatizada, uma vez que não se pode considerar livre quem não tem onde morar, quem não pode se expressar livremente, quem não teve acesso a um julgamento justo, quem não é ouvido em projetos que lhe atingem, entre outros, a aproximação da Defensoria Pública aos movimentos sociais, as suas lideranças, bem como as organizações da sociedade civil, é de crucial e fundamental importância, o que é objeto de extrema atenção por parte do CRDH/DPE/RS.

A sociedade civil e os movimentos sociais são os grandes responsáveis pela construção dos direitos humanos, a constante troca e compartilhamento de ideias com os movimentos, são o que permite a Defensoria Pública oxigenar-se democraticamente, não se encastelando na burocracia que é inerente ao sistema de justiça.

Boaventura de Sousa Santos (2011) descreve com propriedade o sistema de justiça, focando, inclusive, no ensino do direito e na formação profissional, revelando, o que observamos na prática, que o sistema judicial foi criado, não para um processo de ruptura, de inovação, mas para um processo de continuidade, de continuidade das desigualdades, diríamos.

Santos (2011) acentua que nesse sistema domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, enquanto sendo o direito um fenômeno autônomo em relação ao que ocorre na sociedade; uma concepção restritiva desse direito, de ser apenas o que está nos autos do processo; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos, que se manifesta de múltiplas formas: através da prioridade do direito civil e penal; de uma cultura generalista; da desresponsabilização sistêmica, com a transferência de culpa para fora do sistema, ou seja, o problema nunca é conosco; o privilégio do poder, na medida em que não se veem os agentes do poder em geral como cidadãos com iguais direitos e deveres; o refúgio burocrático; a independência como autossuficiência; e o que chama de sociedade longe.

Nesse sentido,

> A sexta manifestação desta cultura normativista técnico-burocrática é ser, em geral, competente a interpretar o direito e incompetente a interpretar a realidade. Ou seja, conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, as violações de direitos humanos, as pessoas a sofrerem, as vidas injustiçadas. Como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil de ideias dominantes. Aliás, segundo a cultura dominante, o magistrado não deve ter sequer ideias próprias, deve é aplicar a lei. Obviamente que não tendo ideias próprias tem que ter algumas ideias, mesmo que pense que não as tem. São as ideias dominantes que, nas nossas sociedades, tendem a ser as ideias de uma classe política muito pequena e de formadores de opinião, também muito pequena, dada a grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que

[5] ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

> se cria um senso comum muito restrito a partir do qual se analisa a realidade. Este senso comum é ainda enviesado pela suposta cientificidade do direito que, ao contribuir para a sua despolitização, cria a ficção de uma prática jurídica pura e descomprometida.[6]

O que Boaventura descreve é tudo do qual a Defensoria Pública precisa se afastar, não apenas por que somos uma Instituição contrapoder, conforme já citei Caio Paiva, mas por que constitucionalmente somos expressão e instrumento da democracia. Inexiste democracia sem um rol mínimo de direitos humanos fundamentais, e esses direitos são produtos de construções históricas e sociais, as quais se travam em campos outros que não apenas no judicial, portanto, a sistemática de atuação do CRDH/DPE/RS, ao primar e firmar as funções institucionais da Defensoria Pública, nos termos do art. 4º da LC nº 80/94, vê que o fortalecimento do trabalho em rede, por meio da participação em Conselhos de Direitos e através da aproximação e da parceria desenvolvida com os movimentos sociais, suas lideranças e organizações da sociedade civil, os quais são agentes responsáveis pela construção desses direitos, é o verdadeiro motor da democracia, e o acolhimento integral fornecido empodera e fortalece a cidadania política, permitindo resistência e a continuidade na luta pela defesa dos direitos.

Como salienta Boaventura de Sousa Santos (2011), a Defensoria Pública dentre outras Instituições do sistema de justiça, é aquela que possui melhores condições de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida, cumprindo aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e conhecimento dos direitos têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes.

Aí está à revolução da nossa sistemática de atuação, ela permite verdadeiramente uma assistência jurídica que condiz com um acesso a uma ordem jurídica que se requer justa, ela permite mais do que isso, ela busca efetiva justiça social, o que vai ao encontro de um dos nossos objetivos enquanto razão de existir que é a redução das desigualdades sociais. E esse é o nosso olhar sistémico de defensorar.

4 Considerações finais

Estamos vivenciando um momento político e institucional no país que exige, mais do que nunca, o reafirmar dos ideais democráticos. O sistemático desmantelamento e surrupiamento dos direitos da população mais vulnerável exige uma postura ativa da Instituição Defensoria Pública, pois se é instrumento e expressão do regime democrático está a existir para e pela democracia.

Assim, procurou-se no presente artigo correlacionar a sistemática de atuação do CRDH/DPE/RS com os objetivos e as funções institucionais da Defensoria Pública, dando conta de que a sua forma de defensorar é revolucionária porquanto trabalha com a reconceituação do que seja a Defensoria Pública enquanto Instituição que é.

Mais do que o cumprimento das nossas funções institucionais de prestar acolhimento integral, multidisciplinar, de atuar na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência estatal, tortura e, na espécie, da mulher vítima de violência, da assistência jurídica integral e da promoção e difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, pensamos que o nosso trabalho tem por missão contribuir na construção da própria cidadania, a qual no Brasil vem sendo construída num longo caminho que não pode se dissociar da sua história, bem como da sua estrutura enquanto sociedade, que, desde a Colônia, traz uma base escravocrata, patrimonialista e elitista, uma vez que de acordo com Carvalho (2004) o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido, uma vez que o exercício de certos direitos, não gera automaticamente o gozo de outros, razão pela qual a cidadania inclui várias dimensões.

Entendendo com Souki (2006), no entanto, que cidadania é um método de inclusão social, temos por missão constitucional o dever de providenciar na inclusão dos chamados cidadãos subintegrados, de acordo com Neves (2006), aqueles que embora lhe faltem condições reais de exercer os direitos constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e das responsabilidades do aparelho repressivo estatal, sendo

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados, mas não como detentores de direitos.

Boaventura de Sousa Santos (2011) nos convoca para uma revolução democrática da justiça e nós convocamos a Defensoria Pública para uma revolução democrática por meio da sistemática de atuação e de defensorar do CRDH/DPE/RS, pois como o mesmo autor nos enfoca: *"sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada."*

Referências

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

_____. **Lei Complementar n. 80/94.**

_____. **Lei Complementar n. 132/09.**

PAIVA, Caio Cezar. Prática Penal para a Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUKI, Lea Guimarães. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. Civitas - **Revista de Ciências Sociais**, v. 6, n. 1, p. 39-58, 2006.

EDUCAÇÃO E O MERCADO: PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (PNEDH) SOB UM VIÉS DE JUSTIÇA SOCIAL

Maurinice Evaristo Wenceslau

(PPG-DH/UFMS/LEDD)

Floranc Felipe Curi

(FADIR/UFMS/LEDD)

Resumo: Um passo desafiador para a educação é incluir uma população com toda sua diversidade cultural, para proporcionar uma educação de qualidade capaz de inserir o indivíduo não só no mercado, mas também na vida social. Nessa concepção, estabeleceu-se como objetivo verificar os eixos de atuação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) em relação ao interesse do mercado, no qual retoma a polêmica da educação mercantilizada e sua privatização. Tal questão envolve o compromisso do PNEDH em fornecer uma educação de qualidade que converta os valores materiais proposto pelo mercado em valores humanos, capazes de diminuir desigualdades sociais. Para isto, a metodologia de abordagem utilizada para discorrer sobre o objeto do tema será o dedutivo com método de pesquisa qualitativa na análise de categorias eleitas nos eixos de atuação do PNEDH. Assim, pretende-se demonstrar a relevância de desenvolver a Educação em Direitos Humanos em todos seus eixos de atuação capazes de não só influenciar as políticas de mercado, mas também para uma cultura social de justiça e paz, visto que este documento prevê possibilidades de exercícios de cidadania que encontra no Estado Democrático de Direito um campo propício para o seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Educação em Direitos Humanos. Mercado. Cidadania. Justiça Social.

Abstract: A challenging step for education is to include a population with all its cultural diversity, to provide a quality education that is able to launch the individual not only on the market, but also in social life. In this conception, has established itself as objective to verify the axes of action of the National Plan for Human Rights Education (PNEDH) in relation to the interests of the market, in which reproduces the controversy of commercialized education and its privatization. This question involves the commitment of PNEDH in providing a quality education that converts the material values proposed by the market in human values, capable of reducing social inequalities. To this end, the methodology of approach used to talk about the object of the theme will be the deductive method with a qualitative research method in the analysis of categories elected on shafts of PNEDH. Thus, it is intended to demonstrate the relevance of developing education in human rights in all its axes of action able not only to influence the policies of the market, but also to a social culture of justice and peace, since this document provides possibilities for exercises of citizenship that is in a Democratic State of law a field ripe for its development.

Keywords: Education in Human Rights. Market. Citzenship. Social Justice.

1 Notas introdutórias

O momento atual impõe relevantes desafios para assegurar na sociedade direitos, justiça social e igualdade diante dos desígnios do mercado atendidos pelo Estado, depositando na educação o ensejo de transformar a sociedade sob um viés de justiça. O problema é que o mercado impõe direitos individuais com prioridade absoluta até como questão de justiça.

Como resultado desse impasse, surge a necessidade de análise do conceito justiça, que para Rawls é a primeira virtude que deve priorizada nas instituições sociais como se busca a verdade em todos os sistemas de pensamento (RAWLS, 2002, p. 3), visto que toda atividade humana se baseia naquilo que ela acredita ser a melhor escolha, alicerçada em premissas aceitas como verdadeiras.

Assim sendo, a Educação em Direitos Humano se torna um instrumento de cidadania essencial para o desenvolvimento humano ressaltando a importância de analisar os eixos de atuação do Plano Nacional de Educação em Direito Humanos (PNEDH) em relação ao mercado. Fomentar a cidadania para Santos é de suma importância por dizer que sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada (SANTOS, 2011, p. 84)

Com o objetivo de equacionar os Direitos Humanos frente aos direitos obedientes aos desígnios do mercado proposto em parceria com Estado, o trabalho pretende-se discutir o surgimento dos Direitos Humanos na formação do Estado, propondo uma análise dos eixos de atuação do PNEDH com mercado, bem como verificar a possibilidade de relacionar em ambos seus interesses com a educação em Direitos Humanos.

A metodologia de abordagem utilizada para discorrer sobre o objeto do tema será o dedutivo, com método de pesquisa qualitativa a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Sobre a opção do método dedutivo, Severino discorre que a ciência trabalha, pois, com raciocínios indutivos e com raciocínios dedutivos. Quando passa dos fatos às leis, mediante hipóteses, est**á** trabalhando com a indução; quando passa das leis as teorias ou destas aos fatos, está trabalhando com a dedução (SEVERINO, 2007 p. 105).

Assim sendo, por meio dessa abordagem qualitativa a pesquisa se realiza a partir do registro disponível de pesquisas anteriores como artigos e teses, se utilizando de categorias te**óricas já trabalhadas por outros** pesquisadores e devidamente registrados, a partir de suas contribuições analíticas (SEVERINO, 2007, p. 122). Outrossim, como critério de seleção do conteúdo foi selecionado como categoria os eixos de atuação do PNEDH, com um foco analítico em relação ao mercado sob um viés de justiça social.

2 O surgimento dos direitos humanos na formação do estado

O surgimento dos direitos está intrinsicamente ligado com a formação do Estado, cujas teorias foram surgindo para justificar não só a formação do Estado, como também a relação do homem com a sociedade. Nesse pensamento, os direitos têm sido pensados quase sempre em articulação com os Estados, como se fossem direitos estatais ou deles decorressem naturalmente, conforme a teoria do contrato social liberal, refletindo a história dos direitos humanos a evolução do Estado moderno, tal não impede de afirmar que o Estado se tornou por vezes um predador dos direitos. Alguns teóricos consideram mesmo que os direitos foram primariamente proteções contra o Estado, como resposta à centralização política do poder (ESTEVÃO, 2011, p. 12).

Para tanto, a preocupação em preservar direitos se evidencia sobre a projeção da dignidade humana. Inicialmente, proposto por Kant, surge para dar ênfase do que seria necessário ao homem para garantir uma vida digna, da mesma maneira que pudesse assegurar como verdade o mínimo que o ser humano deve possuir para garantir sua existência, sendo tal ideia suficiente para justificar a finalidade do homem em si mesmo (*apud* CASTILHO, 2012, p. 134).

O problema é que, com a visão libertária, os direitos fundamentais do homem para viver com a dignidade entram em detrimento com a preocupação do Estado em regular e apoiar o mercado. Assim, o papel do Estado vem sendo continuamente questionado e criticado perante suas políticas públicas, de como o poder é exercido. O próprio conceito de liberdade começa a ser revisto, sendo apresentado por alguns como um caminho para um destino indesejável e cruel, com a globalização produzindo, em todos os locais, exclusão e pobreza (MOREIRA, 2007, p. 75).

Na atual conjuntura, como o Estado neoliberal é influenciado pelo capitalismo, os direitos humanos confrontam-se com sérios desafios que resultam de novas concepções do papel do Estado e do mercado, fazendo com que os direitos tendem a ser obedientes aos desígnios de mercado os direitos individuais passam a ter prioridade absoluta como questão da justiça (ESTEVÃO, 2011 p. 13).

Diante da questão, surge o comprometimento dos países em harmonizar essa relação em âmbito internacional, se fazendo necessário constar em tratados internacionais o reconhecimento das necessidades humanas como direito perante quaisquer outros, como demonstrados nos diversos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, dentre os quais se destacam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto São José da Costa Rica (CIDH, 1969) e o protocolo Adicional de São Salvador (CIDH,

1999). Percebe-se a tentativa de igualar diante de outros interesses, numa perspectiva horizontal, o direito da dignidade humana no preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

> Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direito constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros (CIDH, 1999).

Diante dos desafios que os Direitos Humanos confrontam com o Estado, por atender os desígnios do mercado, emerge o papel da educação na tentativa de equacionar não só os interesses de ambos como também mitigar as desigualdades sociais. Esta é outra preocupação que resulta da relação entre educação e mercado diante da polêmica em privatizar a educação, visto que dispender preocupações analíticas rigorosas em obter resultados relevantes no sentido de captação da especificidade do funcionamento dos sistemas educativos para analisar a distinção entre o público e o privado pode-se revelar imprestável (MOREIRA, 2007, p. 33).

A preocupação por especificar o sistema educativo, no pensar de Oliveira e Krohling, veio concomitante com a internacionalização do mercado. Com o fim de atender à demanda dessa mão-de-obra a nível global, a educação, comprometida com o mercado, deposita no ensino profissionalizante uma formação exclusivamente tecnicista que cumpra requisitos de aperfeiçoamento humano voltados às exigências globais (*apud* WENCESLAU, SANTOS, 2009. p. 117).

Observa-se a necessidade do Estado em continuar estabelecendo diretrizes na educação, evidenciando os direitos humanos em questões políticas, com o objetivo de continuar protegendo e almejando por novos direitos garantidores da construção e desenvolvimento da capacidade humana, já que estas são decorrentes de suas próprias lutas por emancipação e transformações de melhores condições de vida.

Ressalta-se a importância de lembrar de como os valores da pessoa humana na Declaração Universal do Direitos Humanos (ONU, 1949) são direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda guerra mundial, numa época em que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na revolução Soviética, por isso em relação ao direitos já proclamados, o processo de proteção global dos direitos do homem é ainda um ponto de partida para uma meta progressiva (BOBBIO, 1922, p. 20).

Nesse contexto, a hegemonia do Estado em promover diretrizes educacionais diante de uma educação mercantilizada pode ser imposta como instância hegemônica capaz de conciliar as decisões privadas com as necessidades coletivas, da racionalidade, do bem comum (MOREIRA, 2007, p. 55).

Portanto, diante desses conflitos de interesses entre os diretos do homem e do mercado para o Estado solucionar, o exercício da cidadania é imensurável para preservar valores humanos diante da exclusão e pobreza social. Nessa concepção, a educação é um instrumento da cidadania eficaz para equacionar os direitos humanos, transformando a sociedade sob um viés de justiça. Tal pensamento se difunde nessas palavras:

> O papel da educação é importante senão a mais importante ainda, no sentido de proporcionar a uma pessoa a possibilidade de apreciar a cultura de sua sociedade e tomar parte em suas atividades, e desse modo proporcionar a cada indivíduo um sentimento de confiança seguro de seu valor próprio (RAWLS, 2002, p. 108).

Inegavelmente, a educação é um instrumento eficaz para cidadania, sendo que no Brasil tais fatos históricos citados anteriormente também impulsionaram transformações na legislação brasileira, principalmente partir da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao consagrar a educação como direito fundamental:

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

Esses direitos fundamentais assegurados pela constituição reflete a concepção de Estado Democrático

de Direito, no qual a educação passa a ser também dever do Estado:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Em contraponto, mesmo a educação senso um dever do Estado e direito de todos, decorrem interesses políticos que divergem em seus objetivos constitucionais. Nossa Carta Magna (BRASIL, 1988) reflete, assim, uma combinação de Direitos inerentes ao homem, chamados de Fundamentais, que garantem o acesso à educação e à cidadania, de tal forma que lutar pela cidadania democrática e enfrentar a questão social no Brasil praticamente se confundem num país marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda com a luta pelos Direitos Humanos. Temos uma Constituição que preserva valores sociais, no entanto a realidade brasileira explode em violenta contradição com aqueles ideais proclamados. Sabemos todos que vivemos num país marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda (BENEVIDES, s.d., p. 13).

Desta forma, conceituar e analisar o papel da educação sobre o viés de justiça social, para que o interesse do mercado se adeque às necessidades humanas, capazes de diminuir desigualdades sociais, a educação deve ser traduzida, em todos os seus eixos de atuação, dentro de uma perspectiva constitucional, a diferenciado somente como aspecto de ensino profissionalizante tal qual como o seguinte conceito:

> [...] os conceitos de educação e ensino diferem quanto à sua amplitude e abrangência. Assim, o conceito de educação envolve todas as influências que o indivíduo recebe em sua vida, em diferentes instituições e circunstâncias variadas. O conceito de ensino é mais restrito; é a educação escolar, que se desenvolve em instituições próprias, ou seja, as escolas. Nestes termos, todo ensino é educação, mas nem toda educação é ensino ou educação escolar (MOREIRA, 1998, p.156).

Complementando não só o conceito do tema, como também os aspectos divergentes nos objetivos da educação, Wenceslau e Santos discorrem sobre a influência do mercado e as estratégias do capitalismo, e como têm influenciado em políticas públicas e na formação profissionalizante, criando os "balcões de negócio" no Ensino profissionalizante, sendo gerenciados incrementos e interferências nos setores em que a demanda mercadológica sinaliza como necessário ao desenvolvimento contínuo dos grupos econômicos (WENCESLAU, SANTOS, 2016, p. 116-117).

Consequentemente, ao analisar as desigualdades sociais nos preocupamos com quais critérios de justiça estamos lhe dando para justificar tais disparates sociais, sendo que em nossa própria constituição a abrangência do conceito de educação deveria reduzir as desigualdade e igualar as oportunidades. Resgatando o princípio de igualdade de Aristóteles, cuja igualdade material consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida da desigualdade, Rawls propõe uma Teoria de Justiça por meio do princípio da equidade sob um "véu da ignorância" (RAWLS, 2002. p. 21):

> Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode apresentar propostas, apresentar razões para sua melhor aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça.

Para trabalhar nas pessoas as concepções do que lhe faz bem como também o senso de justiça é mister que analisemos a educação não só para a formação profissionalizante, uma vez que que a educação não se restringe somente nas atividades de ensino desenvolvidas em sala de aula, mas também envolve os aspectos de desenvolvimento humano. Por isso torna-se imprescindível uma análise dos eixos de atuação PNEDH (BRASIL, 2006) e em quais aspectos ela se relaciona com o interesse do mercado.

3 Os eixos de atuação do PNEDH

Antes de adentrar no tópico acima, é saliente enfatizar a concessão dada à educação como direito social na Constituição Federa do Brasil (BRASIL, 1988) em decorrência da instabilidade do próprio pensamento

político do Estado. Como toda mudança de pensamento humano reflete o contexto histórico social, nos anos de 1990 novos posicionamentos surgiram sobre políticas públicas devido ao surgimento de novos valores incluídos nos currículos e na organização da gestão dos sistemas de ensino. Essa mudança na educação propõe uma reforma política dentro da escola e do conhecimento. Isso se deve ao fato da emersão de classes sociais com profundas desigualdades oriundas de um sistema capitalista que transforma como base na sociedade a propriedade, o lucro e a exploração de mão-de-obra (SILVA, Y. L. T., 2016, p. 169-170). Esta ideologia neoliberal do capitalismo propõe o seguinte:

> Essa ideologia propõe um sistema de acumulação privada de bens de produção, formando concepções de mundo e de poder baseadas no acúmulo de capital, isto é, quanto maior o capital, maior será o poder que exercera na sociedade, distanciando-se de valores essenciais ao convívio social, para qual a indivíduos de classes dominadas economicamente não vocalizam suas necessidades e interesses [...] contudo, parece ser no interior da escola, onde formalmente as classes sociais se encontram que se procura entender os processos sociais responsáveis pela manutenção das desigualdades de sucesso escolar, ou seja, compreender a produção dos "excluídos do interior" do sistema (SILVA, Y. L. T., 2016, p. 170-172).

Evidencia-se que o próprio sistema capitalista estabelece valores materiais que para manter seu sistema de produção latente intensifica desigualdades desde os primeiros processos de formação escolar, mitigando valores intrínsecos da própria natureza humana. Nesse aspecto, Saviani complementa de como os valores priorizados pela sociedade reflete no processo da Educação:

> A reflexão (1) sobre os problemas educacionais inevitavelmente nos levará à questão dos valores. Com efeito, se esses problemas trazem a necessidade de uma reformulação da ação, torna-se necessário saber o que se visa com essa ação, ou seja, quais são os seus objetivos. E determinar objetivos implica definir prioridades, decidir sobre o que é válido e o que não é válido. Além disso- todos concordam- a educação visa o homem; na verdade, que sentido terá a educação se ela não estiver voltada para a promoção do homem? Uma visão histórica da educação mostra como esta esteve sempre preocupada em formar determinado tipo de homem. Os tipos variam de acordo com as diferentes exigências das diferentes épocas. Mas a preocupação com o homem é uma constante (SAVIANI, 2000, p. 35).

Percebe-se que a questão de valores trabalhados na Educação a torna como uma das primeiras instituições sociais capaz de traduzir os valores mercadológicos presente em bens materiais. Não obstante, a educação pode transformar o saber humano em valores que o capital é incapaz de agregar, já que o objetivo da educação é promover e desenvolver a capacidade humana até o ponto de reconhecer os excluídos como iguais perante uma cidadania mais ativa, para que todos promovam e participem de políticas públicas cobertos sobre um mesmo véu: o da ignorância de Rawls (2002), para uma sociedade mais justa.

Nesse sentido, o autor relaciona a injustiça também com o aspecto da desigualdade, quando simplesmente surgem desigualdades que não beneficiam a todos (RAWLS, 2002, p. 66). As desigualdades sociais surgem concomitantemente, quando a sociedade elenca valores que são aceitos como verdade (RAWLS, 2002, p. 3-4), como aconteceu na relação do poder concedida ao homem possuidor de propriedade concedido pelos demais e depois na formação do Estado pelo poder que o circunda (ESTEVÂO, 2011, p. 13). Assim, o valor da cidadania se confronta com os valores materiais impostos pelo mercado (ESTEVÂO, 2001, p. 13), que acabam sendo mitigados por aqueles que possuem maior acúmulo de capital como forma do homem buscar seu bem-estar individual (RAWLS, 2002, p. 8).

Certamente para garantir o desenvolvimento de valores na educação, para não dissipar no tempo, a Constituição Federal estabelece princípios que norteiam todo o sistema educacional, conforme alguns que se seguem:

> Art.206 O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II-liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III-pluralismo de idéias (sic) e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
>
> IV-gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (BRASIL, 1988).

Sem desprestigiar nenhum dos princípios que norteiam o sistema educacional, darei destaque ao princípio da liberdade do saber e da igualdade de condições, que merecidamente vem refutar a ideologia do capitalismo que prestigia o acúmulo de capitais que resulta em desigualdades sociais, no qual não pode impedir o direito de igualdade de acesso e permanência nas escolas independente de possuir bens materiais. Observa-se que os princípios garantem a todos, de forma igual, o acesso a uma educação mais livre para pensar com concepções pedagógicas universais, direcionando tanto as instituições públicas como privadas.

Observa-se há conversão de valores de valores materiais em humanos nos objetivos da Educação em Direitos Humanos proposto no PNEDH (BRASIL, 2006) bem como os principais documentos internacionais de direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, incluindo demandas antigas e contemporâneas de nossa sociedade para efetivação da democracia. Tais documentos alcançam relevância por visar à construção de uma sociedade que mesmo explorando todo seu potencial para um desenvolvimento não dispensa a justiça social e a construção de uma cultura de paz (BRASIL, 2006, p.11).

Observam-se os interesses do mercado que se volta ao desenvolvimento econômico do país até por meios de tratados internacionais, mas o Estado Brasileiro também afirmou princípios dos direitos humanos em acordos internacionais, visto que estes são universais, indivisíveis e interdependentes, e não dependentes do interesse do mercado. Decerto que, todas as políticas públicas criadas no País devem observar, em suas implementações, os princípios para construção de sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã (BRASIL, 2006, p.11).

Como resultado, verifica-se um elo de ligação entre a cultura, democracia e cidadania, por combinar o instrumento da cidadania com o regime democrático inserido na cultura educacional, gerando valores intrínsecos relativos a própria natureza humana capazes de desenvolver qualquer mercado garantidor de direitos inerentes ao ser humano. Consequentemente, questionamentos sobre os valores sociais se tornam capazes de refletir no desenvolvimento social mesmo com toda a sua estrutura de políticas de mercados, podendo os tornar mais justo na distribuição de oportunidades.

É possível perceber no documento que o governo brasileiro assume um compromisso no qual deve promover uma educação de qualidade para todos, por ser essencial ao desenvolvimento humano, assim entendido como direito de todos, incluindo o ensino fundamental, educação infantil, do ensino médio, da educação superior incluindo as diversas modalidades de ensinos, incluindo aqui os cursos profissionalizantes específicos para atender o interesse do mercado (BRASIL, 2006, p. 11). Ressalta-se que as questões levantadas como humanitárias na educação estão voltados ao aspecto intrínseco do homem, da percepção do seu lugar no mundo, em seu tempo e espaço histórico e geográfico, como também em sua posição sócio cultural, visto que todos esses fatores interferem no desenvolvimento humano que, como sempre, interfere no aspecto político e econômico do País.

Além disso, se é direito de todos à educação de qualidade, é também dever dos governos democráticos garantir a educação a todos, como para com as pessoas com necessidades especiais, como também na profissionalização de jovens e adultos, na erradicação do analfabetismo e a valorização dos(as) educadores(as) da educação, sendo que essa educação com qualidade se dará desde a formação inicial e continuada, que deve explorar os eixos do conhecimento juntamente com os Direitos Humanos. Demonstra-se que a educação de qualidade trata não só de transferir o conhecimento, como também em aflorar no homem a necessidade de compartilhar, tolerar e respeitar os direitos dos demais como valores humanos a serem priorizados nos cinco grandes eixos de atuação: Educação Básica; Educação Superior; Educação Não-Formal; Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública e Educação e Mídia (BRASIL, 2006, p. 13).

Em todos esses eixos da atuação de educação do conhecimento somados com os direitos humanos já impacta na formação sócio cultural do indivíduo, pois mesmo que este não complete até ao fim na educação superior, os outros meios como a educação na mídia e a não-formal irá ajudar a desabrochar a semente da cidadania já plantada desde à sua formação inicial, pois não tem como desenvolver o pensamento no conhecimento sem permitir primeiro a sua liberdade de pensamento que deve estar apto para tomar decisões mais coletivas e menos egoísta. Ressalta-se que é nesse ponto das escolhas que diretamente interferi no mercado seja como consumidor, trabalhador ou empregador, pois não importa a posição em que se ocupa, mas a sua formação sobre concepção humana em relação com os outros no qual possui a mesma natureza e necessidade.

Ressalta-se neste ponto que quem compõe, dirige e mantém o mercado são os indivíduos que integram a sociedade, e sua transformação em cidadãos mergulhados em valores intrínsecos ligados à natureza e sobrevivência humana resultam da atuação dos objetivos refletidos na atuação do PNEDH (BRASIL, 2006), como a dignidade humana, capaz de conciliar valores entre o interesse do capitalismo e os Direitos Humanos com o fim de diminuir desigualdades.

Essa preocupação de trabalhar os direitos humanos e a formação da cidadania, mesmo que por meio de debates, se apresentou com maior relevância a partir dos anos 1980 e 1990, por meio de questões propostas pela sociedade civil organizada e de ações governamentais no campo das políticas públicas. Essa expressão de pensamento com liberdade encontrou dentro dos braços da democracia espaço para regulamentar esses direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que por meio da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), formalmente consagrou o Brasil como Estado Democrático de Direito. A partir desse momento o país passa a ratificar os mais importantes tratados de Direitos Humanos, além de reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Diretos Humanos e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2006, p. 22-23).

Verifica-se que o tema alcança projeções globais, apresentando similaridade também com a economia de mercado globalizada, que estrategicamente ultrapassa limites territoriais para conquistar uma diversidade de consumidores com culturas diferentes mas com idênticas necessidades naturais, com o fim de manter-se num equilíbrio econômico financeiro.

Não obstante, os direitos humanos também ultrapassa limite territorial para estabelecer parâmetros dignos de qualquer ser humano em qualquer lugar no mundo com respeito à dignidade da pessoa humana, que transcende em qualquer cultura e território, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, gênero, classe social, região, cultura, religião, orientação sexual, identidade de gênero, geração e deficiência. Em contrapartida, garantir a efetivação desses direitos para uma vida digna com saúde, educação, lazer, moradia entre outros requer um processo de construção da concepção de cidadania e uma formação consciente de direitos e deveres (BRASIL, 2006, p. 23). Portanto, se a concepção de cidadania é instrumento para formação e preservação de Direitos Humanos, seu conceito surge como base para esse processo de construção, podendo ser definido nessas palavras:

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 1998, p.14).

Percebe-se também que a cidadania, relaciona-se com o conceito de justiça como virtude para Rawls, por ser uma das formas de rejeitar ou por em revisão qualquer teoria no qual possa ser questionada como não verdadeira dentro de um sistema de pensamento; da mesma forma que leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou absolvidas se são injustas (RAWLS, 2002, p. 3-4).

Para transformar alunos em cidadãos, o regime democrático é fundamental para reconhecimento, a ampliação e a concretização dos direitos, visto que ela está alicerçada na soberania popular, na justiça social e no respeito integral aos Direitos Humanos (BRASIL, 2006, p. 24). Percebe-se esse reconhecimento de direitos em nossa própria Constituição Federal Brasileira e na Lei de diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB - Lei Federal nº 9394/1996) em que afirmam o exercício da cidadania como uma das finalidades da educação (BRASIL, 2006, p. 9).

Nesse patamar, o Estado democrático de direito delineou para as Instituições de Ensino Superior (IES), a urgência em participar da construção de uma cultura de promoção, proteção, defesa e reparação dos direitos humanos por meio de ações interdisciplinares, pois ao relacionar as múltiplas áreas do conhecimento descobre-se que há inúmeras formas diferentes de introduzir a temática dos direitos humanos no ensino de graduação e pós-graduação, pesquisa e extensão (BRASIL, 2006, p. 37). Veja-se que trabalhar a temática com ações interdisciplinares alcança as várias formações profissionais que mais tarde atuará no mercado de trabalho, tornando esses profissionais molas propulsoras para uma cidadania democrática.

Em relação à educação não formal, os espaços para trabalhar essas atividades se encontram em inúmeras dimensões por incluir ações das comunidades, dos movimentos e organizações sociais, políticas e não governamentais até as do setor da educação e da cultura. Percebe-se a possibilidade de trabalhar a educação

de uma maneira não formal em movimentos sociais, entidades civis e partidos políticos estimulando os grupos sociais a refletirem sobre as suas próprias condições de vida no contexto histórico no qual se haja inserido para perceber o papel que desempenha na sociedade contemporânea (BRASIL, 2006, p. 43).

Por consequência, os valores aceitos como verdade sobre um sistema de pensamento como virtude (RAWLS, 2002), impulsionam uma transformação dos valores sociais capazes de gerar ações coletivas direcionadas às necessidades primordiais de grupos ou comunidades perante o encaminhamento de suas principais reivindicações na formulação de propostas ou reformas nas políticas públicas.

Em outras palavras, a organização política do Estado deve considerar necessidades de todos seus integrantes, para que além de serem atendidas diante de uma educação formadora de indivíduos em cidadãos convertam os valores materiais proposto pelo mercado em valores humanos.

4 Considerações finais

Retomando-se ao princípio de equidade de Rawls (2002) percebe-se que para retornarmos à posição original onde estaremos cobertos pelo "véu da ignorância" deve-se trabalhar a educação não só para buscar ou transmitir conhecimento, no qual são aptos somente em atender as necessidades do mercado, mas também para desenvolver no ser humano saberes e aptidões capazes de conscientizar qualquer profissional do mercado de trabalho sobre seu papel como cidadão, sujeito de direitos e deveres amparados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse processo de construção do conhecimento humano, percebe-se que há o desenvolvimento de capacidades e habilidades naturais do homem que podem ser aceitos e valorados como verdade, conceituado como virtude por Raws (2002). Tal proposta reflete-se nos objetivos que regulam a Educação em Direitos Humanos traçados nos eixos de atuação formal e não-formal proposto pelo PNEDH (BRASIL, 2006).

Desse modo, é possível relacionar a Educação em Direitos Humanos com o interesse do mercado, equilibrando o interesse de ambos num ponto comum: valores humanos. A imprescindibilidade de harmonizar o interesse de ambos é vital, visto que o mercado além de suprir necessidades humanas também oferece um ideal de realização pessoal baseado no acúmulo de capital em detrimento da maioria desprivilegiada.

Para isto, a metodologia de abordagem dedutiva com opção pelo método de pesquisa qualitativa na análise de categorias eleitas nas linhas de ação em Educação em Direitos Humanos, ressalta os objetivos do documento inseridos na formação inicial do indivíduo, que de forma continuada, refletirá na construção do pensamento humano antes mesmo de ser inserido no mercado de trabalho. E, diante da necessidade humana a ser suprida por bens materiais oferecidos pelo capitalismo globalizado e deste pelos seus consumidores, percebe-se que é possível conciliar os interesses entre ambos na convergência de valores como o de fomentar políticas públicas voltadas a priorizar em preencher lacunas estritamente necessárias na sobrevivência humana ao invés de transpor valores humanos em materiais.

Diante disso, formar o indivíduo requer uma educação com qualidade, construindo cidadãos com finalidade de fomentar a liberdade, cujo processo de desenvolvimento do saber se funda em valores de solidariedade, respeito e justiça. Por certo, um dos primeiros passos é incorporar no sistema de ensino um despertar sobre o surgimento dos Direitos Humano diante do poder tutelado pelo Estado, no qual permite a influência do mercado e as estratégias do capitalismo em suas políticas públicas e no ensino profissionalizante.

Em suma, o Estado somos nós. Se este apresenta desigualdade e exclusão social é devido à ausência de participação de seus próprios integrantes que ao invés de fomentar e exigir do poder estatal políticas públicas que atendam a necessidade de toda uma coletividade, acaba por individualizar seus interesses como faz o mercado, sendo parte de uma minoria. Não obstante, com o fim de diminuir as diferenças e proporcionar meios de acesso igualitários a educação deve ser trabalhada sempre sobre um viés transformador do ser humano para uma justiça social.

Referências

BENEVIDES, M. V. M **Democracia e Direitos Humanos: Reflexões para os jovens**. São Paulo, sem data. Disponível em: <http:dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4_7_maria_victoria_democracia_dh.pdf> acesso em 17/10/2017

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado. tmh> acesso em: 01 set. 2017

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: 2006.

CASTILHO, R. **Filosofia do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acesso em 30/01/2018.

_____. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos econômicos, sociais e culturais, "Protocolo de San Salvador", 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> acesso em 15/02/2018.

DALLARI, D.A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

ESTEVÃO, C. V.(2011) Democracia, Direitos Humanos e Educação. **Para uma perspectiva crítica de educação para os direitos humanos**. Revista Lusófona de Educação 17.(P. 11-30). Disponível em : <CV Estêvão - Revista Lusófona de Educação, 2011 - redalyc.org> acesso em 15/10/2017.

ESTÊVÃO, C. V. Políticas & valores em educação**. Repensar a educação e a escola pública como um direito.** Vila Nova de Famalicão: Húmus, 2012, p. 17 – 29.

MOREIRA, O. R. **Políticas Públicas e o Direito à Educação**. Belo Horizonte: Fórum 2007.

MOREIRA, R. Capítulo 7 – **A estrutura didática da educação básica**. In: MENESES, J.F.C et al. Estrutura e funcionamento da educação básica: leituras. São Paulo: Pioneira, 1998.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, B. S. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, ed. 3.

SAVIANI, D. **EDUCAÇÃO: DO SENCO COMUM À CONSCIÊNCIA FILOSÓFICA.** Campinas: Autores Associados**,** 1996, ed. 11**.**.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2007, ed.23.

SILVA, Y. L. T. **DOCUMENTOS CURRICULARES NACIONAIS COMO TRADUÇÃO DE POLÍTICAS DE ESCOLA E DE CONHECIMENTO.** In: SILVA, F.C.T.; RASSLAN, M.C. (Org.). OBSERVATÓRIO DE CULTURA ESCOLAR: estudos e pesquisas sobre escola, currículo e cultura escolar. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, v. 2, p. 169 -186.

WENCESLAU, M. E; SANTOS, D. O. **ARTICULAÇÃO DA PESQUISA JURÍDICA: O PNEDH e as Produções do CONPEDI em Educação em Direitos Humanos**. *In*: SILVA, F.C.T.; RASSLAN, M.C. (Org.). OBSERVATÓRIO DE CULTURA ESCOLAR: estudos e pesquisas sobre escola, currículo e cultura escolar. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, v. 2, p. 109 -130.

A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI N.º 13.467/2017, REFERENTE À ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT

Simone Stefani Signori[1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar, sob o enfoque do direito fundamental do acesso à justiça e da pesquisa empírica de julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, as consequências da alteração do Artigo 790, §3º e §4º da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 13.467/2017, que instituiu a Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista. Justiça Gratuita. Insuficiência de Recursos.

THE RESTRICTION OF ACCESS TO JUSTICE IN LAW N.º 13.467 / 2017, ON THE AMENDMENT OF ARTICLE 790, §3 AND §4 OF THE CLT

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the consequences of the amendment of Article 790, §3, and §4 of the Consolidation of the Labor Laws, under the fundamental right of access to justice and the empirical research of the Regional Labor Court of the 4th Region. Work, introduced by Law no. 13467/2017, which instituted the Labor Reform.

Key words: Access to Justice. Labor Reform. Free Justice. Lack of Resources.

1 INTRODUÇÃO

O Presidente da República Michel Temer (interino) editou o Projeto de Lei n.º 6.787 (chamada de minireforma trabalhista), em dezembro de 2016, encaminhando ao Congresso Nacional. A grave crise econômica, a recessão e a onda de desemprego crescente foram algumas das justificativas apresentadas (LEITE, 2017).

Em sua redação original, a PL 6.787/2016 alterava a Consolidação das Leis do Trabalho em apenas seis artigos da parte do direito material e um artigo da parte do direito processual. Entretanto, o relator, Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB/RE) modificou substancialmente o projeto de lei, passando a ser numerado como PL 38/2017 (LEITE, 2017).

O PL 38/2017 tramitou em tempo recorde na Câmara e no Senado Federal, tendo sido sancionada na íntegra pelo Presidente da República Michel Temer e convertido na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (publicada em 14/07/2017), entrando em vigor 120 dias após a data da sua publicação (LEITE, 2017).

É evidente o curto tempo em que a PL 38/2017 tramitou no Congresso Nacional, diferentemente do que ocorreu com o projeto de lei do Código de Processo Civil de 2015. Porém, neste artigo, opta-se por tecer breves comentários sobre a alteração do artigo 790 e seus parágrafos §3º e §4º da CLT, introduzido pela Lei n.º 13.467/2017, a qual poderá dificultar o acesso do trabalhador, dito hipossuficiente, na justiça laboral.

Nesse sentido, o artigo analisa a reforma trabalhista, o regramento da justiça gratuita na legislação infraconstitucional e uma possível redução do acesso à justiça, com a inserção da exigência da comprovação de hipossuficiência econômica, em patamar nunca antes exigido.

Por fim, passa-se a verificar o posicionamento do TRT4 a respeito da reforma trabalhista, referente ao art. 790, §3º e §4º da CLT, com a apresentação de algumas observações após a realização de uma pesquisa

[1] Mestra em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle – UNILASALLE. Especialista em Direito Público pela ESMAFE/RS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Email: simone.s.s@terra.com.br.

empírica de julgados a respeito, assim como pelo estudo dos enunciados advindos das duas jornadas sobre a reforma trabalhista realizadas no Tribunal.

2 DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT: NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

A Justiça do Trabalho tem a incumbência de solucionar os conflitos no âmbito trabalhista. Para os casos de dissídios individuais, onde os beneficiários são pessoas determinadas, individualizadas, as Varas do Trabalho são investidas da função de processar as ações referentes à esta esfera. Já nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho são ajuizados os dissídios coletivos, que não versam de interesses concretos, mas abstratos em si, pertencentes a uma categoria específica. Ocorre, entretanto, que para utilizar-se da jurisdição, como forma de solução de conflitos, as partes envolvidas devem custear o processo em todas as fases, sendo as custas despesas processuais que o jurisdicionado paga para postular em juízo em razão dos serviços prestados pelo Estado (MARTINS, 2003).

A Lei n.º 13.467/2017 alterou o artigo 790 e seus parágrafos §3º e §4º da CLT, passando a exigir a comprovação da hipossuficiência econômica (com parâmetros predefinidos na lei) para pleitear o benefício da gratuidade da justiça na justiça do trabalho. Senão vejamos o referido artigo:

> Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.
>
> § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Conforme se observa no dispositivo *supra,* a reforma trabalhista criou nova regra para concessão da justiça gratuita, com a inclusão do §3º do artigo 790 da CLT. Nessa senda, a lei faculta ao juiz conceder o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS.

Em suma, o teto da previdência, no ano de 2018, perfaz o montante de R$ 5.645,80 (Cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos)[2]. Logo, para aqueles com renda de até R$ 2.258,32 (Dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois centavos), seria uma faculdade ao juiz conceder, ou não, o benefício da gratuidade da justiça.

De outra monta, conforme teor do §4º do artigo 790 da CLT, a parte deverá comprovar a condição de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas, para ter direito à concessão da justiça gratuita.

No texto anterior, não havia a exigência de comprovação de um patamar de salário para a concessão do benefício. E, ainda, para obter o benefício da justiça gratuita, bastava a apresentação da declaração de hipossuficiência de recursos para arcar com as custas judiciais. Com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, passou a ser obrigatória a comprovação da insuficiência de recursos, para pleitear o benefício.

A alteração trazida pela redação dos parágrafos 3º e 4º do artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho afigura-se inconstitucional. Na redação anterior do dispositivo, bastava a declaração de hipossuficiência para assegurar a concessão da justiça gratuita. Inclusive, havia casos excepcionais, em que o alto salário do reclamante levava a que o magistrado não lhe concedesse o benefício da gratuidade. Todavia,

[2] Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018. Acesso em 27.04.2018.

com a nova redação do dispositivo, traz o risco de ser indeferido o benefício da gratuidade para reclamantes com salários médios, na faixa de 4 a 7 mil reais mensais, por exemplo, por terem receio justificadamente de propor ações trabalhistas, em face da alta possibilidade de não serem beneficiados pela justiça gratuita, ainda que possam comprovar despesas familiares que lhes reduzam o salário efetivamente disponível (CASTRO, 2017).

Antes da reforma trabalhista, nos termos do art. 14 da Lei n.º 5.584/70 na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei n.º 1.060/50, seria prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. O §1º do art. 14 da Lei n.º 5.584/70 estabelece que a assistência judiciária é devida a todo trabalhador que perceber salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo legal, ficando, porém, assegurado idêntico direito ao trabalhador de maior salário, desde que comprovado que sua situação econômica não lhe assegure o seu sustento e de sua família. Senão vejamos:

> Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n.º 1.060, de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.
>
> **§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (grifo nosso).**
>
> § 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.
>
> § 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Por conseguinte, veio a Lei n.º 10.288/2001, a qual revogou tácita e parcialmente o §1º do art. 14 da Lei n.º 5.584/1970, ao acrescentar o §10º ao art. 789 da CLT, nos seguintes termos:

> "O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária ao trabalhador desempregado, ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos, ou que declare, sob responsabilidade, não possuir em razão de encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda."

A respeito da Lei 1.060/1950, cabe evidenciar que o STF declarou a recepção do art. 12 pela Constituição Federal de 1988, pacificando a questão, após muitas discussões sobre a compatibilidade com o Art. 5º, LXXIV da Carta Magna. Vejamos:

> **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: ART. 12 DA LEI 1.060/1950 E RECEPÇÃO**
>
> **O art. 12 da Lei 1.060/1950 ("A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita") foi recepcionado pela presente ordem constitucional.** Com base nessa orientação, o Plenário, em julgamento conjunto, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e a eles deu provimento para determinar aos juízos de liquidação e execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferido no curso da fase cognitiva. Vencido o Ministro Marco Aurélio quanto à conversão. **O Tribunal conclui que o art. 12 da mencionada lei seria materialmente compatível com o art. 5º, LXXIV, da CF ("O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos".) Frisou que a taxa judiciária seria tributo da espécie taxa.** Portanto, deveria guardar pertinência com a prestação do serviço público referente à Administração da Justiça, além de ser divisível. Ademais, não obstante estivesse topograficamente fora do Sistema Tributário Nacional, **a doutrina e a jurisprudência em matéria tributária reconheceriam o art. 5º, LXXIV, da CF, como imunidade, por conseguinte assim deveria ser lido o termo "isenção"do art. 12 do diploma normativo impugnado.** Contudo, impediria observar que a norma imunizante seria condicionada por uma situação de fato, a ser comprovada em juízo, qual seja, a insuficiência de recursos econômicos para promover uma ação, sem colocar em risco o próprio sustento e do núcleo familiar. A fim de concretizar a imunidade

> nos estreitos limites em que justificada, a legislação exigiria do Estado-Juiz a emissão de um juízo de equidade tributária e forneceria para isso os meios processuais adequados, como, por exemplo, a modulação da gratuidade, a irretroatividade do benefício e a possibilidade de revogação do ato concessivo da benesse fiscal. Não seria justo privilegiar tributariamente jurisdicionado que recuperasse sua capacidade contributiva para adimplir obrigação relacionada à taxa, em detrimento de todo corpo social que pagaria impostos sobre as bases econômicas renda, patrimônio e consumo. RE 249003 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015 (RE-249003); RE 249277 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015 (RE – 249277); RE 284729 AgR/MG, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015(RE-284729).[3]

Por fim, como já referido, a Lei n.º 13.467/2017, no §3º do art. 790 da CLT mudou sua redação, para exigir daqueles que requererem justiça gratuita, a comprovação de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite dos benefícios da Previdência Social.

Entretanto, evidencia-se que está pendente de decisão final pelo plenário do STF a ADI n.º 5766/2017 (Origem: Brasília, Relator: Min. Roberto Barroso) que analisa a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n.º 13.467/2017, inclusive sobre o tema "justiça gratuita" após o advento da reforma trabalhista.

Importante salientar que, a assistência judiciária gratuita difere do benefício da justiça gratuita. Porém, a assistência judiciária gratuita abrange o benefício da justiça gratuita, sendo este espécie (MARTINS, 2003).

Porém, quando falamos do benefício da justiça gratuita, regulado no art. 790, §3º da CLT, sabemos que o mesmo pode ser concedido, a requerimento da parte ou de ofício, por qualquer juiz, de qualquer instância, a qualquer trabalhador, independentemente de ser ele patrocinado por advogado ou sindicato, que litigue na justiça do trabalho, desde que perceba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios da Previdência Social.

O benefício da justiça gratuita, que será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos (CLT, art. 790, §4º) implicaria na isenção do pagamento de despesas processuais, abrangendo as custas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais.

A inconstitucionalidade da norma é patente, pois viola o contido no art. 5.º, incisos LIV e LXXIV da Constituição Federal. De maneira igual, há nítido conflito com o arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil. (CARVALHO, 2018).

Passo a citar os artigos violados da Constituição e os requisitos para a concessão da gratuidade da justiça previstos no artigo 98 e 99 do CPC:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL
>
> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."
>
> CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
>
> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei *(parágrafos suprimidos).*
>
> Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso. § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido

3 Disponível em: <http://www.emagis.com.br/area-gratuita/informativos-stf/o-art-12-da-lei-1-060-50-foi-recepcionado-pela-cf-88/>. Acesso em 20.05.2018.

> se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. § 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça. § 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade. § 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos. § 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

O CPC prevê o direito à gratuidade de justiça àquele que comprovar insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, porém não traz a exigência de comprovação de salário dentro de determinado patamar, como previu o art. 790, §3º da CLT. Ou seja, na justiça do trabalho há mais rigidez para a concessão do benefício da justiça gratuita ao requerente, apesar de se tratar de trabalhador, dito hipossuficiente, a quem deveria recair maior proteção.

Referente a esta exigência da comprovação do estado de hipossuficiência econômica, disposta no art. 790, §3º da CLT, a mesma constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e obstáculo a direito fundamental do acesso à Justiça do Trabalho para os trabalhadores, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional (LEITE, 2017).

Analisar a proteção dos direitos fundamentais no Brasil deve ocorrer com base em uma análise sistemática do direito constitucional pátrio. Isso significa que a proteção dos direitos sociais deve dar-se também conforme o direito adquirido, e contra medidas restritivas aos direitos fundamentais. A preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais deve certamente preservar as conquistas existentes, tanto pela concretização normativa como pelos novos posicionamentos jurisprudenciais.

A ideia da proibição do retrocesso legal está diretamente ligada ao pensamento do constitucionalismo dirigente que estabelece as tarefas de ação futura ao Estado e à sociedade com a finalidade de dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades. Em razão disso, tanto a legislação como as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo desses anos de aplicação do direito constitucional com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais (CANOTILHO, 2006).

Canotilho assevera que as cláusulas de evolução reacionária ou de retrocesso social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente, sem alternativas ou compensações. O legislador não pode extinguir ou restringir o direito, violando núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido (CANOTILHO, 2006).

A proibição do retrocesso social confere aos direitos fundamentais, em especial aos sociais, estabilidade nas conquistas dispostas na Constituição Federal, proibindo o Estado de alterar, quer seja por mera literalidade, ou como escusa de realização dos direitos sociais.

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Assim, convém lembrar que, se houver (ou não) menção expressa no direito positivo a um direito à segurança jurídica, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que num Estado de Direito autêntico temos um Estado de segurança jurídica. Do contrário, também "o governo de leis", como expressão da vontade política, poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades (SARLET, 2011).

A ideia de estabilidade inserida no princípio da proibição de retrocesso, não pretende tornar a Constituição e as normas infraconstitucionais imutáveis, mas dar segurança jurídica, preservando os direitos sociais conquistados. Ademais, a segurança jurídica é uma medida contra ações retrocessivas do Estado, ignorando direitos adquiridos. Nesse ponto, os direitos sociais deveriam ser entendidos como irredutíveis e passíveis somente de modificações que aumentassem seu alcance.

A segurança jurídica, na sua dimensão objetica, exige um patamar mínimo de continuidade do direito, já na perspectiva subjetiva, segurança jurídica significa a proteção da confiança do cidadão na continuidade da ordem jurídica, significando uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2011).

A proibição do retrocesso limita a liberdade do legislador de extinguir total ou parcialmente, de modo arbitrário um direito sem criação de outro equivalente. No caso em comento, a alteração legislativa do artigo 790, §3º e §4º da CLT representa uma ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social, tendo em vista que um número menor de trabalhadores terão direito à concessão do benefício da gratuidade da justiça, para o ingresso de demandas junto à justiça do trabalho.

3 DA REDUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

A fim de transpor o óbice financeiro para o acesso à justiça, o Estado brasileiro impôs radical transformação ao instituto da assistência judiciária, ao dispor no ordenamento constitucional em seu art. 5º, LXXIV que "prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Esta possibilidade de garantir instrumentos de acesso à justiça ao necessitado é de extrema relevância para o cidadão brasileiro, uma vez que, além de o Brasil ser um dos países mais pobres no *ranking* mundial de pobreza, a maior parte dos procedimentos judiciais possuem custos altíssimos e são cobrados do demandante (CESAR, 2002).

O acesso à justiça é um direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao judiciário, alcança também o acesso ao aconselhamento, consultoria, buscando a justiça social.

O artigo 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal *("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito")* é muito mais abrangente que o acesso ao Poder Judiciário e suas instituições por lesão a direito. Esse direito vai muito mais além, protegendo também a ameaça de direito, e segue-se com uma enorme gama de valores e direitos fundamentais do ser humano. Por tudo isso que, quem busca a defesa dos direitos espera que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, em substituição da força de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social.

Cumpre registrar que o Direito brasileiro, no âmbito infraconstitucional, garantiu acesso à proteção jurisdicional dos hipossuficientes econômicos, por meio da Lei nº. 1.060/50, que estabelece normas para a concessão da gratuidade de justiça ao necessitado. De acordo com a redação do art. 4º, não há necessidade de que o requerente do benefício declare de punho próprio ou em documento apartado, a condição de necessitado. Basta que se faça a afirmativa no corpo da petição, já que o supracitado artigo, em seu §1º proporcionou em favor do requerente a presunção *iuris tantum* da veracidade do alegado, tido como verdadeiro até a prova em contrário (DIDIER/OLIVEIRA, 2005).

Conforme a Lei n.º 1.060/50 verifica-se que o único requisito indispensável para a concessão da gratuidade judiciária é a declaração na exordial de que o jurisdicionado não tem condições de arcar com as custas do processo, sem que isto interfira no seu sustento e no de sua família.

Nesse sentido, salienta-se que o acesso à justiça é um direito fundamental da cidadania, que tem sede constitucional e nas declarações internacionais de Direitos Humanos, e que não pode ser atingido com o advento da Lei n.º 13.467/17.

O artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica assim define:

> "Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza."[4]

[4] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em 17.07.2016.

Kazuo Watanabe aborda o tema do acesso à justiça com muita propriedade, assim definindo: *"A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa."* (WATANABE, 1988).

O Autor Kim Economides quando trabalhava com o professor Mauro Cappelletti no projeto de Acesso à Justiça de Florença/ Itália trouxe uma duradoura contribuição, em nível mundial, sobre os temas da justiça e cidadania. Relata o autor que, há pouco mais de dez anos desenvolveu um projeto sobre o acesso à justiça na Inglaterra, o qual estabeleceu a importância de se olhar tanto o lado da oferta, quando o lado da demanda de serviços jurídicos, ao mesmo tempo em que evidenciou a complexa relação existente entre os dois pólos. Essa nova perspectiva analítica deriva do fato do problema não estar mais limitado ao acesso dos cidadãos à justiça, mas que inclui também o acesso dos advogados (operadores do direito) à justiça (ECONOMIDES, 1997).

O projeto de Acesso à Justiça de Florença foi desenvolvido em torno da metáfora de três ondas: a primeira onda refere-se à assistência jurídica, a segunda onda traduz-se pela justiça/ interesse público e a terceira onda, conhecida hoje como "abordagem de acesso à justiça", incluindo a justiça informal, o desvio de casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei. O autor também ressalta a existência de uma quarta onda, a qual está relacionada ao movimento de acesso à justiça pelos operadores do direito (inclusive os que trabalham no sistema judicial) à justiça (ECONOMIDES, 1997).

A quarta onda expõe as dimensões da ética e da política na administração da justiça. Em muitas outras sociedades, a lei é percebida como fora do alcance, a justiça é uma utopia distante, um ideal inatingível. Por fim, o autor salienta quais seriam as responsabilidades das faculdades de direito em equipar os futuros advogados, para atenderem às necessidade legais do público, não apenas passando o conhecimento jurídico em si, mas informando aos alunos, algo de valor e do potencial da lei, em termos de seu poder de transformar as relações sociais, bem como para melhorar a condição humana (ECONOMIDES, 1997).

Sobre o acesso à justiça, salienta-se que, embora o acesso efetivo à justiça vem sendo aceito, nas modernas sociedades, como um direito social básico, o conceito de efetividade ainda é vago. A efetividade plena poderia ser expressa como uma completa "igualdade de armas", porém muitos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados (CAPPELLETTI, 1988).

Segundo Cappelletti, o "acesso à justiça" possui difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob as promessas do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos e a justiça social pressupõe o acesso efetivo. O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos. (CAPPELLETTI, 1988, pág. 08).

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido reconhecido e ganhou maior importância entre os novos direitos individuais e sociais, pois a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos de reivindicação.

Sobre a problemática do acesso à justiça, Cappelletti conclui que o nosso Direito é realmente complicado, pelo menos na maior parte das áreas e ainda permanecerá assim. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Por fim, o autor lista alguns obstáculos do acesso à justiça: custas judiciais, honorários advocatícios, sucumbência, falta de celeridade processual e aptidão para reconhecer um direito, propor uma ação ou defesa. Como soluções práticas, surge a assistência judiciária para os mais pobres, representação dos interesses difusos e o acesso à representação em juízo (CAPPELLETTI, 1988).

Voltando à questão da gratuidade, assevera-se se o conceito legal de assistência judiciária gratuita é aquele da Lei n.º 1.060/50, que continua em vigor e abrange todas as despesas do processo, inclusive "os honorários do advogado e do perito", nos termos do art. 98, §1º, do CPC. Assim, uma norma que pretenda estabelecer gravames ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente

a norma geral e a também norma contida no Código de Processo Civil, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o direito do trabalho, não poderá ser aplicada porque a normatização mais ampla afasta (SOUTO MAIOR, 2017).

Sobre a aplicabilidade da norma, em termos de direitos fundamentais, a norma específica só pretere a norma geral quando for mais benéfica. Isto porque, se uma norma geral, aplicável a todos, tratando de direito fundamental, cria um patamar mínimo que, portanto, não pode ser diminuído por regra geral, sob pena de inserir o atingido na condição de subcidadão (SOUTO MAIOR, 2017).

Há quem defenda que a Lei n.º 13.467/2017 trata-se de uma contrarreforma, a qual buscou mudar o sistema protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho. No primeiro nível, flexibilizaram-se e precarizaram-se direitos materiais assegurados aos trabalhadores na legislação vigente. No segundo nível, a organização sindical ficou fragilizada, para que os trabalhadores que não tenham a devida força para resistir à retirada de direitos. E, por fim, no terceiro nível, dificultou-se o acesso à justiça do trabalho, pois tanto as normas como as atitudes patronais podem vir a ser questionadas. Conclui-se que acesso à justiça ficou restrito após a reforma trabalhista (CASTRO, 2017).

A reforma trabalhista dificulta o acesso do trabalhador ao Judiciário, em virtude da necessidade de comprovação do salário, no patamar de 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS. No regramento anterior bastava que o trabalhador comprovasse a percepção de até 02 (dois) salários mínimos, ou, declarasse nos autos a hipossuficiência, a qual era presumida. Por isso, a alteração legislativa inverte a ótica processual, passando a não prever a miserabilidade do trabalhador, mas ao contrário, a sua autossuficiência (CARVALHO, 2018).

4 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Realizou-se uma pesquisa empírica de alguns julgados do TRT4, a respeito da concessão do benefício da gratuidade da justiça após o advento da reforma trabalhista, que alterou o artigo 790 da CLT, passando a exigir da parte que requerer o benefício a comprovação que não tem condições de arcar com as custas processuais, considerando o patamar trazido pelo §3º, o qual prevê que o requerente deve perceber remuneração igual ou inferior à 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Primeiramente, cabe ressaltar que o TRT4 já realizou duas jornadas sobre a reforma trabalhista, ocasião em que juízes e desembargadores debateram temas referentes às alterações na legislação trabalhista. A 1ª Jornada sobre Reforma Trabalhista ocorreu em 10 de novembro de 2017, composta por 08 (oito) comissões, resultando em 37 (trinta e sete) conclusões sobre temas da Lei n.º 13.467/2017. Os enunciados dessa jornada entraram em vigor no dia seguinte (11/11/2017), o qual coincide com a entrada em vigor da reforma trabalhista. Os enunciados são orientações, sem força de súmula ou de outro texto jurisprudencial.[5]

A 2ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista, evento promovido pela Escola Judicial reuniu juízes e desembargados, nos dias 05 e 06 de abril de 2018 em Porto Alegre, ocasião em que vários pontos da reforma foram debatidos. Em seguida, os enunciados resultantes dos trabalhos nas comissões foram submetidos a uma votação virtual (Plenária Virtual) aberta aos magistrados do Estado, no período de 15 a 25 de abril, resultando na aprovação de alguns enunciados.[6]

Nas duas jornadas não houve pacificação do ponto específico sobre o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (Alteração do Art. 790, §3 e §4º da CLT), porém definiu-se a questão do Direito Intertemporal e a aplicabilidade da lei nova no direito material e processual do trabalho na 1º Jornada, bem como a aplicabilidade da previsão dos honorários de sucumbência aos processos em curso. Vejamos:

> 1ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista
>
> Comissão n.º 01 (Aprovado por maioria)**. DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. LEI NOVA.**

[5] Disponível em: < https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/152495>. Acesso em 19.05.2018.
[6] Disponível em:< https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/171541>. Acesso em 19.05.2018.

> **TEORIA DO EFEITO IMEDIATO.** Dada a qualidade de ordem pública, em que fundam as disposições trabalhistas e a natureza de trato sucessivo do contrato de trabalho, a Lei 13.467/2017 é aplicável de imediato aos contratos de trabalho em curso à data de sua vigência, de forma não retroativa, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e observado o art. 468 da CLT.
>
> 2ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista
>
> (Comissão 01: Sucumbência e Honorários) - **ENUNCIADO 1. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO**. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida, no momento da propositura da ação.

Além da análise dos enunciados das jornadas, realizou-se uma pesquisa empírica de 10 (dez) acórdãos do TRT4[7], a fim de verificar como Tribunal está aplicando a alteração legislativa do art. 790, §3º e §4º da CLT, nos seus julgados. Mais especificadamente, procurou-se acompanhar a repercussão da alteração legislativa no TRT4.

Cabe salientar que, os acórdãos pesquisados foram julgados após a reforma trabalhista, e a pesquisa empírica utilizou o marco temporal, de abril a maio de 2018; e, como palavras-chave para a busca jurisprudencial: assistência judiciária gratuita, reforma trabalhista e/ou AJG e Lei n.º 13.467/2017.

Observou-se em alguns julgados que, o critério adotado pelos desembargadores para aplicação da nova regra foi a data do ajuizamento da reclamatória trabalhista. Ou seja, as ações ajuizadas antes de 11/11/2017 (data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017), adotaram-se os requisitos da lei anterior para concessão do benefício, sob inúmeras justificativas: respeito aos artigos 10 e 14 do CPC, riscos calculados pela parte que ingressou com a ação trabalhista antes da alteração legislativa, respeito ao ato jurídico perfeito e o princípio da segurança jurídica, dentre outros.

A questão da incidência das disposições da Lei n.º 13.467/2017 foi debatida em diversos acórdãos. Nos casos analisados, os desembargadores verificaram qual o período em que vigorou o contrato de trabalho, concluindo que os contratos anteriores à data da entrada em vigor da reforma (11.11.2017) não seriam regidos pelo novo diploma, de modo que os direitos decorrentes do contrato anterior à reforma devem ser preservados, em respeito ao ato jurídico perfeito, na forma no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Nesse ponto, salienta-se o conceito de ato jurídico perfeito descrito no art. 6º, §1º da Lei de Introdução ao Direito *"Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou"*.

Outra questão trazida pelos julgados foi a ressalva do art. 468, caput da CLT, a qual, inclusive, está descrita no enunciado da 1ª Jornada sobre Reforma Trabalhista citado *supra,* o qual prevê que as alterações da condições de trabalho, no contratos individuais de trabalho, só podem ocorrer se houver mútuo consentimento das partes, e sem prejuízos ao empregado.

Esse dispositivo foi utilizado como fundamento, para a não aplicar a Lei n.º 13.467/2017 nos contratos individuais de trabalho anteriores à reforma, mas que continuaram em vigor após o período da *vacatio legis* da referida lei. Assim, nesses casos, decidiu-se pela aplicação das regras vigentes no momento da assinatura do contrato de trabalho, restando os direitos decorrentes albergados pelo ato jurídico perfeito. Nesse sentido:

> O contrato de emprego "é espécie de contrato sinalagmático, ou seja, de obrigações recíprocas, de maneira que, quando da admissão, o empregador assumiu o compromisso de quitar as obrigações trabalhistas legalmente previstas, o que passou, portanto, a integrar o patrimônio jurídico do empregado, de modo que a alteração posterior das condições contratuais acabaria por inevitavelmente violar o sinalagma contratual inicial" (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0021046-35.2015.5.04.0373 RO, em 15/12/2017, Juiz Convocado Carlos Henrique Selbach - Relator).

[7] Processos pesquisados no TRT4: 1) RO 0020530-84.2017.5.04.0004, 2) RO 0021183-20.2017.5.04.0802, 3) RO 00200981-07.2016.5.04.0017, 4) RO 00200.54-69.2016.5.04.0234, 5) RO 0020307-65.2017.5.04.0802, 6) 0020508-57.2017.5.04.0026, 7) RO 002221148.2017.5.04.0341, 8) ROPS 0020702-16.2017.5.04.0751, 9) ROPS 0020975-03.2017.5.04.0231, 10) RO 0021407-92.2016.5.04.0025.

Os fundamentos da segurança jurídica, da garantia da não-surpresa e do princípio da causalidade foram trazidos para justificar a inaplicabilidade das disposições da Lei 13.467/2017 às reclamatórias trabalhistas ajuizadas anteriormente ao advento da lei, para fins de análise de pedido de justiça gratuita e honorários sucumbenciais.

Seguem algumas ementas dos acórdãos pesquisados:

> **RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 13.467/2017. REGRAS PROCESSUAIS.** A inaplicabilidade da "Reforma Trabalhista" estende-se às regras processuais, na medida em que a presente demanda foi ajuizada em momento anterior a 11/11/2017, data da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. Com fundamento na segurança jurídica, e tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade (na medida em que a expectativa de custos e riscos da demanda é aferida no momento da propositura da ação), mantém-se a decisão recorrida quanto à inaplicabilidade das disposições da Lei 13.467/2017 com relação às matérias a serem fixadas na sentença, tais como limites da justiça gratuita e honorários sucumbenciais. Provimento negado **(TRT4, RO n.º 0020530-84.2017.5.04.0004, 3ª Turma, Relator Alexandre Correa da Cruz, Julgado em 25.04.2018).**
>
> **BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. CONHECIMENTO DO RECURSO.** Para concessão do benefício da justiça gratuita é suficiente declaração de pobreza a provar a situação de hipossuficiência econômica do trabalhador autor da reclamatória trabalhista, bem como da sua presumida impossibilidade de arcar com os ônus da lide sem prejuízo do sustento próprio e/ou do de sua família. Aplicação dos arts. 98, § 1º, e 99, § 3º, ambos do novo CPC **(TRT4, RO n.º 0021183-20.2017.5.04.0802, 4ª Turma, Relator João Paulo Lucena, Julgado em 10.05.2018).**
>
> **JUSTIÇA GRATUITA. PROCESSOS ANTERIORES À LEI Nº 13.467/17**. As normas que regem a justiça gratuita não têm natureza puramente processual, mas também possuem caráter substantivo, uma vez que não operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia. É o caso do parágrafo quarto do art. 790 da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/17. Com efeito, o dispositivo limita o benefício da justiça gratuita à parte que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais. Trata-se de norma processual substancial, pois extrapola os limites do processo e impõe ao trabalhador ônus não sabido quando da propositura da ação. Assim, a exigência que ela prevê não se aplica às reclamatórias que já se encontravam em curso. Entendimento em sentido contrário caracterizaria decisão surpresa à luz do art. 10 do CPC, além de afrontar a expectativa legítima das partes e o princípio da segurança jurídica. **HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PROCESSOS EM CURSO**. O presente feito é ajuizado antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. Assim, as normas introduzidas pelo referido diploma no tocante aos honorários sucumbenciais não se aplicam ao caso. Recurso do reclamante a que se dá provimento **(TRT4, RO 0020981-07.2016.5.04.0017, 4ª Turma, Relator Des. André Reverbel Fernandes, Julgado em 18.04.2018).**

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 dispôs que o Estado brasileiro prestaria assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, com o fim de minimizar um dos entraves do acesso à justiça e possibilitar a participação efetiva de um maior número de pessoas no processo jurisdicional.

O benefício da assistência judiciária gratuita difere do benefício da gratuidade, uma vez que este consiste na isenção de toda e qualquer despesa necessária diretamente ao processo; e o primeiro diz respeito ao patrocínio da causa por um advogado.

A reforma trabalhista alterou o artigo 790 da CLT, com a inclusão do §3º que criou nova regra para a concessão da justiça gratuita na justiça laboral, facultando ao juiz conceder o benefício àqueles que receberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS, que atualmente perfaz o total de R$ 2.258,32 (Dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois

centavos).

Conclui-se que a alteração legislativa do artigo 790 da CLT é inaceitável constitucionalmente, por restringe o acesso à justiça, tornando altamente arriscado ao trabalhador ingressar com uma ação trabalhista, diante do advento da regra mais rígida para concessão da gratuidade da justiça (CASTRO, 2017).

Nesse sentido, evidencia-se que o STF declarou que o artigo 12 da Lei n.º 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (Precedentes: REXT 249003, REXT 249277, AGREG no RE 284.729). Assim, a única regra para a concessão da gratuidade da justiça é a avaliação da possibilidade de pagamento das custas, "desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Ou seja, o STF permite a avaliação do caso concreto sem critérios objetivos ou tabelas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 01.05.2018.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça (tradução de Ellen Gracie Northfleet).** Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Fábio Lopes de. **A reforma trabalhista e a Justiça do Trabalho: breves comentários à lei 13.467/2017**. **Revista do TRT 10**, [S.l.], v. 21, n. 2, p. 43-52, nov. 2017. ISSN 0104-7027. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/189>. Acesso em: 17.05.2018.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002.

CASTRO, Antonio Escosteguy. **A restrição ao acesso à justiça na Lei n.º 13.467/17.** In Revista Fórum Justiça do Trabalho, ano 34, n.º 408, (dez. 2017), p. 9-24, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50).** 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

ECONOMIDES, KIM. **Lendo as ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia?** Tradução: Paulo Martins Garchet, 1997. Disponível em: http://www.comunidadesegura.org.br/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiaversusmetodologiakimeconomides.pdf. Acesso em 21.05.2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A reforma trabalhista (lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 208, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Acesso à justiça e acesso a direitos: o mandado de injunção na perspectiva da lei nº 13.300/2016.** Revista da AJURIS, v. 44, n. 143, p. 49-72, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** Revista Eletronica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar/abr/maio, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MAR-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista.** Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n.º 404 (agosto de 2017), p.89-131, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna: Participação e processo**. São Paulo, Editora RT, 1988.

PRAZO RAZOÁVEL NA EXECUÇÃO PENAL: UM OLHAR A PARTIR DA PROGRESSÃO DE REGIME

Simone Schroeder
Doutoranda
schroeder02@gmail.com

Tiago Dornelles
Especialista

Resumo: O estudo tem como objetivo apresentar a problemática envolvendo o prazo razoável na execução penal. Esse preceito foi assegurado pela emenda constitucional n°45, do ano de 2004, a qual trouxe ao rol das garantias fundamentais do art. 5° da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que prevê a garantia da razoabilidade durante o julgamento dos processos. O estudo restringiu-se à comarca de Novo Hamburgo onde foram estudados os pedidos de progressão de regime no ano de 2016. A partir dos processos de execução penal analisados qualitativamente construímos a hipótese de que os direitos e garantias na execução da pena, não passam de um acesso à justiça formal sendo um dos problemas que envolve uma face do encarceramento. Logo, esse trabalho, primeiramente, define o tempo dentro do cárcere e o compara ao tempo fora dele, para, em seguida, expor o trâmite do julgamento do direito da progressão de regime e identificar os gargalos existentes nesse processo. Desse modo, os resultados evidenciaram a demanda por uma definição de prazo máximo de duração do julgamento dos direitos assegurados aos detentos pela Lei de Execuções Penais, de modo a evitar violações.

Palavras-chaves: prazo razoável, execução penal, acesso à justiça.

1 Introdução

A sociedade contemporânea adotou um ritmo de vida acelerado, tornando cotidianas as sensações de pressa e de urgência. Exatamente por isso, um processo jurídico moroso pode ser até traumático o que enseja o debate da duração, ainda mais quando estamos diante da execução de uma pena.

Embora os Tribunais Internacionais reputassem essa questão há bastante tempo, a garantia de uma duração razoável de processo foi tratada de forma expressa no Brasil somente na Constituição Federal de 1988. Assim, a Emenda Constitucional n° 45, do ano de 2004, foi oficializada, acrescentando ao rol das garantias fundamentais do art. 5° da Constituição Federal o inciso LXXVIII, o qual prevê o direito à duração razoável de processo.

Afinal, tal questão é complexa, visto que o processo não pode ser tão rápido que cause atropelos às garantias fundamentais, nem tão devagar que enfrente a violação do que seria um tempo razoável de julgamento.

Por outro lado, a relevância da aplicação eficaz dessa garantia fundamental no âmbito do processo penal é incontestável, uma vez que trata da liberdade dos indivíduos e que o Estado de Direito deve assegurar um processo justo e em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, sendo o apenado um sujeito de direitos, essa aplicação deve também ser efetiva no âmbito do processo de execução penal.

Portanto, esse trabalho traz uma pesquisa elaborada de forma a investigar, no âmbito do direito da progressão de regime, a efetivação da garantia do julgamento em um tempo razoável. Para tal, foram acompanhados os julgamentos da progressão de regime em 20 processos de execução criminal na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Novo Hamburgo, no ano de 2016 em uma análise qualitativa para averiguar o tempo de tramitação dos pedidos referentes à progressão de regime.

Por fim, a partir do seguimento desses processos de execução penal, foi possível não apenas constatar o trâmite do julgamento desse direito, como também apontar onde e quais são os empecilhos para uma aplicação eficaz.

Ademais, estabelecer um estudo de um prazo razoável de duração do processo de execução penal é um caminho complexo para a efetivação da aplicação de tal princípio fundamental. A duração excessiva do processo e a não observância desse tema geram a arbitrariedade e o abuso de poder, além de afrontar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana por parte do poder estatal.

Retratar o estudo desses processos, é uma forma de contribuir para o acesso à justiça na execução penal.

2 O tempo na execução da pena

O estudo do julgamento do processo em tempo razoável no âmbito da execução penal demanda uma reflexão acerca do que é tempo e o que ele representa na pena de prisão. Portanto, com o objetivo de estabelecer uma lógica teórica, definiu-se primeiramente o conceito de tempo, para em seguida construir a definição de um prazo razoável dentro da execução penal e, finalmente, ponderar sobre os problemas constatados em sua aplicação.

Mas para fazer essa digressão, o ponto de partida foi a trazer a percepção de (FRANÇOIS OST, 2005)[1] O autor propõe um estudo acerca das relações entre o direito e o tempo. Para a ilustração de sua obra traz a história de Kronos, através da mitologia grega[2].

Essa história revelada pela violência e pela negação do tempo (tirania do tempo), em suma, assinala a posição do senhor do tempo.[3] Talvez este tempo, também tenhamos que refletir a sua aplicabilidade na execução da pena. Um dos questionamentos de Ost está representado na relação entre a sabedoria do tempo e do direito, isso significa; a relação da temperança e justiça (FRANÇOIS OST, 2005).

Nesta percepção, há três pilares centrais para uma reflexão; "O primeiro é "que o tempo é uma instituição social, sendo uma experiência psíquica", o segundo, por sua vez, "que a contribuição do jurídico é contribuir para a instituição do social". Sobretudo, o terceiro resulta "na interação dialética das duas primeiras, demonstrando o laço sustentado entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade". (FRANÇOIS OST, 2005, p. 14).

Todavia, a crítica do autor, em relação a primeira, significa dizer, que a instituição do tempo pelo direito, consagra uma obra frágil em razão de trazer o tempo objetivo e subjetivo como recusa da mudança, isto é, assumimos que somos mortais, sem ficarmos atrelados a um tempo paralisado. Já a segunda traz a função do jurídico, que está fadado ao abandono ao curso do tempo físico, cujo papel do direito para a instituição social, ao expressar o sentido vida em sociedade, cujo desafio está em questionar se é possível articular um sentido propriamente humano ao articular o passado ao futuro (FRANÇOIS OST, 2005). E a terceira, a

[1] François Ost é jurista e filósofo, especialista dos direitos humanos e do direito do meio ambiente, ensina em Bruxelas (Faculdade Universitária Saint Louis). O autor dirige a academia européia de teoria do direito e preside a Fundação para gerações futuras. Afirma o autor que não é um trabalho de doutrina jurídica (dogmática), nem de sociologia jurídica, ou mesmo de história do direito (historicismo), ainda que opere com todas estas disciplinas, mas afirma ser de Filosofia do Direito.

[2] A mitologia grega compreende o estudo de mitos, lendas, entidades divinas como (como deuses, semideuses e heróis) presentes na religião praticada na Grécia Antiga, criados e transmitidos originalmente por tradição oral, muitas vezes com intuito de explicar fenômenos naturais, culturais e religiosos – como os rituais – cuja explicação não era evidente. A história inicia-se ao referir que Kronos fracassara em suprimir em seu benefício tanto o tempo quanto o direito. Na origem, Urano (Céu) e Géia (terra) que enlaçados em um abraço sem fim, nasceram inumeráveis filhos que foram enviados ao Tártaro. Um dos filhos de Urano, chamado Kronos, com ajuda de sua mãe, corta os testículos do pai com uma foice, a pedido de Géia, sua mãe. Essa mutilação marca a separação entre o céu e a terra e o início do reinado de kronos, que por sua vez, tinha conhecimento de uma profecia, que ao assumir o seu reinado, inaugurava-se uma era marcada pela violência e negação do tempo, no qual, caracterizava-se pelo seu destronamento por parte de seus filhos. Assim, ao ter conhecimento de tal profecia resolve devorá-los, logo após o nascimento.

[3] De outro lado, as filhas de Zeus, "As Horas, representam ao contrário do tempo monolítico e violento de Kronos; a pluralidade das durações, a alternância, a medida bem equilibrada dos dias e das cidades; um tempo dialético, aberto, do qual deveremos voltar a falar" (FRANÇOIS OST, 2005, p. 11 e 12).

forma de destemporalização, segundo o autor, "é o pensamento determinista que gera a representação de um tempo uniforme, pleno e contínuo" (FRANÇOIS OST, 2005, p. 17). Há ainda, na sociedade contemporânea, uma ininterrupta busca pela conquista desse tempo regente da vida pessoal e profissional e do Direito. Para exemplificar essa perspectiva sobre o tempo, (PASTOR, 2002) o estipula como essência do Direito Penal ao determinar que "pena é tempo e o tempo é pena".

Assim, a crítica trazida por Ost é que possamos abrir brechas, mas ao encontro das temporalidades abertas de sociedades hiperindividualistas, em razão de nossas sociedades não darem lugar a uma alternativa verdadeira que traçaria novos caminhos para a liberdade. Assim, é preciso imaginar, segundo o autor, "mecanismos de concordância dos tempos" (FRANÇOIS OST, 2005).

No ensinamento de (ZABALA, 2003), que traz o tempo como marca determinante da pena, "os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo". Nesse sentido, deve-se analisar o tempo penal na perspectiva do cárcere para então entender a razoabilidade do prazo no processo de execução penal.

Dessa forma, como os espaços prisionais podem ser medidos pelo tempo? Como as garantias fundamentais podem ser protegidas em relação ao direito ao prazo razoável?

Há uma reflexão de como o direito pode contribuir com a concordância dos tempos, tornando livre os cidadãos e harmoniosas as cidades. O autor parte de quatro medidas; o passado (memória e perdão) e o futuro (promessa e retomada de discussão), (FRANÇOIS OST, 2005).

Segundo o autor, o questionamento em que o tempo útil se desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam na hora da mudança. Todavia, é preciso referir que as quatro categorias normativas juntas são condições para uma temporalização bem sucedida, necessitando de uma dialética entre eles, uma vez que, isoladamente, geram apenas destemporalização que conduz ao autoritarismo (FRANÇOIS OST, 2005).

Assim, ao verificarmos que o processo (pretensão jurídica acusatória), possui uma nova roupagem na sociedade contemporânea, ou seja, o processo não se desenvolve em um plano meramente formal, composto de direitos e deveres pré-definidos, imutáveis. Pelo contrário, equivale a trazer um complexo dinâmico e entrelaçado de situações, que se transformam continuamente, gerando um campo de incerteza (GLOECKNER, 2015). Assim, no processo penal, as partes, operam tendo em vista situações jurídicas (chances). O que une as partes processuais são expectativas de uma sentença *favorable* perspectivas de uma sentencia *desfavorable* (GOLDSCHMIDT, 1935). Nesse mesmo sentido, (ZABALA, 1992, p. 154) complementa ao elucidar que:

> Por um lado, a mesma unidade vai medindo o transcurso da pena, pois a pena forma-se em si mesma na proporção que tem curso. Por outro lado, há percepção desse transcurso por parte do sujeito. Por um lado, a magnitude; por outro, a intensidade. A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente o "tempo da pena" não pode ser a mesma da que se vive livre da pena. Supõe-se que pelo fato de ser pena, vive-se como um tempo que deve transcorrer e levar a outro tempo.

Ainda conforme a autora, o tempo no cárcere é entendido como um tempo de "espera". As atividades ali desenvolvidas, as ações praticadas, não são legitimadas, justamente pela contaminação do tempo e do espaço da pena. Além disso, havendo meios para incutir no apenado uma sensação de mobilidade de ação, entre outras, esse movimento é apenas aparente. Tal reação ocorre em vista que, no cárcere, o apenado está rendido a um espaço onde o tempo é diferente do tempo da vida exterior. Como explica, "[...] na espera, o ser dobra-se sobre si buscando expor-se ao mínimo ao ambiente hostil que o cerca, e, assim procedendo, separa-se desse ambiente, traça seus próprios limites diante dele" (ZABALA, 1992, p. 154).

Por outro lado, devemos não só pensar na percepção de tempo para cada indivíduo, mas também nas oportunidades que cada indivíduo tem em cada momento. Em outras palavras, quando é o tempo de cada coisa na vida de cada um? Na vida, "Tudo tem o seu tempo determinado [...] tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de buscar, e de perder; tempo de guardar, e de lançar fora; tempo de rasgar; tempo de estar calado, e de falar; tempo de amar, e de odiar; tempo de guerra, e tempo de paz." Na mesma linha, é válido referir à ideia de Galeano de adotar como título de seu livro "Os Filhos dos Dias", na justificativa que "Segundo os

maias, nós somos filhos dos dias, ou seja, o tempo é que estabelece o espaço. O tempo é nosso pai e nossa mãe e, como somos filhos dos dias, o mais natural é que a cada dia nasça uma história. Somos feitos de átomos, mas também de histórias".[4]

Percebe-se evidente que, durante uma vida, acontecimentos possuirão prazos específicos e, portanto, temos idade para o progresso e o desenvolvimento, conforme explana (PASTOR, 2002, p. 77):

> Há uma idade para a educação, o progresso em uma carreira necessita de anos, o exercício do poder político está submetido a prazos, também a atividade laboral das pessoas é dividida entre ativa e passiva em razão da idade, o tempo é o núcleo das penas privativas de liberdade, como os dos horários de trabalhos e os horários que uma loja ou escritório se dedica a atender o público. Na sociedade moderna, a medida do tempo social é cada vez mais compacta.

Assim, é a sociedade de ritmo de vida acelerado que normaliza a pressa e a urgência enquanto retrata um processo de ritmo lento como traumático. Ao perceber essa condição, (JUNIOR, 2006) contribuiu ao referir-se à dificuldade de adotar a ideia de que não podemos considerar e perceber o tempo do processo como o tempo social, pois "o processo penal nasceu para retardar, para demorar, para evitar juízos imediatos, sob o calor da emoção e a alucinação da imagem". Entretanto, o autor pondera que, por outro lado, o processo penal precisa de uma celeridade; porém, uma que não acarrete na supressão dos direitos fundamentais.

Outrossim, não podemos confundir um processo julgado em tempo razoável com os conceitos de celeridade em processos julgados em tempo breve. A razoabilidade está relacionada à ideia de justiça, no entanto a celeridade pode atropelar o devido processo legal, gerando outros problemas na medida em que os direitos fundamentais do processado podem ser olvidados. Esse é o contraponto entre um processo demasiado curto no qual são esquecidas certas garantias indispensáveis ao imputado e um processo tão lento que pode ser interpretado como uma negação da justiça (JUNIOR, 2006).

O tempo penal não pode ter sua unidade de tempo tampouco sua qualidade equiparada à unidade de medida do tempo do relógio na esfera social extramuros. Em outras palavras, o tempo contaminado pelo espaço penal em nada agrega ao delinquente para que ele tenha consciência de si ou do que era antes da pena (ZABALA, 1992). Além disso, segundo a autora (ZABALA, 1992, p. 155):

> Na prisão, confiamos ao tempo a execução da pena. O expulso da comunidade de pessoas, ingresse na prisão não será o mesmo quando dela sair e se reintegre à comunidade de pessoas da qual foi afastado: o tempo opera a sua gradual transformação.

Assim, por meio desse contexto, permeado por uma execução que resguarde garantias, surgiram inúmeras inquietações. E uma delas, dentro do contexto proposto, segundo a perspectiva de Carnelutti, é a constatação que através do processo, já encontramos a punição. Porém, verificamos a necessidade de encontrar o ponto de equilíbrio entre o devido processo legal e o meio do direito ao prazo razoável no processo penal, também na execução da pena. Aliás, o tempo é elemento inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas poderá ser potencializado pela demora jurisdicional injustificada (CARNELUTTI, 1950).

3 O prazo razoável no processo penal

No ordenamento Brasileiro, embora já tratado indiretamente por outras Constituições, consta apenas na Constituição de 1988, a previsão expressa de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (no art. 5º, inc. LIV). Por outro lado, o princípio da duração razoável do processo foi referenciado pela primeira vez pelo advento da Emenda Constitucional nº. 45, chamada "Reforma do Judiciário". Nela, foi criado um novo dispositivo no rol de direitos e garantias fundamentais, disponível no mesmo art. 5º, inc. LXXV: "assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." Na exata interpretação da dicção dos dispostos, o processo deve encerrar tão logo quanto seja possível. É direito fundamental e constitucional do homem ter seu processo executado

[4] Entrevista de Galeano para Ana María Mizrah. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/content/eduardo-galeano-lan%C3%A7a-novo-livro-na-forma-de-um-calend%C3%A1rio>

em um prazo razoável, assim como "evita-se que a situação afete interesses públicos na relação de direito substantivo através de procedimentos eficazes também temporalmente" (NICOLITT, 2006).

Contudo, o que representa então ser julgado dentro de um prazo razoável? Definir um conceito de razoabilidade não é uma questão simples, já que o conceito é vago e indeterminado, e tem sido enfrentada há muito tempo pelos tribunais mundiais (NICOLITT, 2006). O debate para definir critérios na definição de um prazo razoável iniciou com o caso "Wemholf", tratado pelo STEDH em 1968. Frente à evidente violação de um prazo razoável, a comissão do caso decidiu levá-lo ao âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Com o surgimento da questão nuclear do litígio, a demanda pela definição clara e universal do significado de um prazo razoável não mais pode ser ignorada (PASTOR, 2002, p. 111).

As complicações enfrentadas pela complexidade do caso levaram a Comissão a elaborar a doutrina dos "sete princípios", os quais devem de ser utilizados para deliberar se um determinado período de tempo seria razoável. Assim, de forma a valorar a razoabilidade da duração, no caso de uma detenção provisória, deve-se considerar: a) a duração da detenção em si mesma; b) a duração da prisão preventiva com relação à natureza do delito, a pena indicada e a pena que deve se esperar em caso de condenação; c) os efeitos pessoais sobre o delito, tanto de ordem material como moral aos outros; d) a conduta do imputado enquanto poderia interferir no atraso do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidades, quantidade de testemunhas e acusados, dificuldades probatórias, etc.); f) a maneira pela qual a investigação tem sido conduzida; e g) a conduta das autoridades judiciais; A partir destes critérios, o Tribunal decidiu que não houve violação de limite temporal, entretanto a decisão não apresentou fundamentação adequada e convincente (PASTOR, 2002).

Todavia, classificou a doutrina dos "sete critérios" como insuficiente para definir o significado de um prazo razoável, em que momento ele seria violado e quais seriam as consequências dessa violação. Pelo contrário, o autor acreditou que o caso de Wemholf contribuiu para explicitar as sérias dificuldades de interpretar a expressão "prazo razoável". De fato, a doutrina não conseguiu adotar uma posição objetiva sobre a questão da razoabilidade em caso algum até o presente momento (PASTOR, 2002). Reforçando o que tem sido determinado nesse trabalho, é válido apresentar abaixo um trecho do julgamento do caso, no qual a Comissão do TEDH evidencia a problemática:

> O problema mais importante consiste, pois, em extrair o significado exato das palavras "prazo razoável". A Comissão estima que esta expressão é vaga, sem precisão e que não é, por consequência, possível determinar de uma maneira abstrata seu alcance exato, que pode ser expressado, porém, deve ser observado as circunstâncias particulares de cada caso.[5]

Em outros contextos, é possível encontrar o mesmo posicionamento em relação ao termo. O Tribunal Constitucional Espanhol afirma que o conceito é vago e indeterminado, além de entender que a matéria deve ser analisada em cada caso concreto, tendo como orientação critérios objetivos. Neste mesmo diapasão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adota a posição de que não há uma possibilidade coerente de estabelecer um prazo razoável fixo e de que Estado algum está obrigado a regular sobre um prazo fixo e objetivo (NICOLITT, 2006).

Pode-se definir o termo como vago ou indeterminado, pois "sua intenção não permite determinar sua extensão com relativa certeza". Afinal, a previsão de uma razoabilidade no julgamento não identifica claramente a sua extensão, o que realmente pode ser interpretado como um prazo excessivo pela visão do legislador. Ainda, o autor complementa que termos como esses são, além de vagos, valorativos, em vista que sua "extensão é indeterminada, igualmente indeterminável, dado que não conotam propriedades ou características objetivas, se não que exprimem, melhor, as atitudes e as valorações subjetivas de quem as pronuncia" (FERRAJOLI, 2006, p. 98).

Porém, apesar de ser um conceito indeterminado e vago, não se pode entender como um mero descumprimento de prazo processual a não observância dessa regra. Ademais, cabe ao Judiciário garantir os direitos humanos e tratar da interpretação de conceitos indeterminados (NICOLITT, 2006). De encontro a esse posicionamento, Esteves estipula que "é função do poder judiciário resolver sobre omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes" (ESTEVES, 2007, p. 75-76).

[5] Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Sentença do caso Wemhoff, 27 de junho de 1968.

A própria Constituição Brasileira, embora tenha celebremente consagrado o conceito de razoabilidade no rol dos direitos e garantias fundamentais, não atentou à necessidade de objetivar um prazo determinado para o que seria entendido como uma duração razoável do processo, permitindo diferentes interpretações. De acordo com Daniel Pastor, é "o precedente para deixar critérios abertos, vagos, imprecisos e indeterminados que na realidade escondem, caso a caso, a arbitrariedade de quem decide sobre a razoabilidade" (PASTOR, 2002, p. 207).

Ainda na concepção do autor, tratando de direito fundamental do imputado, a ideia de razoabilidade engloba muito mais que um simples conselho; ela deve ser uma questão lógica e imprescindível no julgamento de um processo ou na execução de uma pena. Por fim, a grande problemática da questão reside no preceito de que o imputado não pode estar à mercê da vontade dos tribunais para determinar o tempo de seu processo e, em caso de infração, definir as consequências por tal violação.

Por outro lado, com base na problemática da imprecisão do texto, não cabe negarmos efetividade à norma consagrada pela Constituição e, igualmente, pelo TEDH. Da mesma maneira, não deve haver interpretações arbitrárias, sem uma orientação baseada em algum tipo de critério coerente. A jurisprudência do TEDH exemplifica essa necessidade, pois apresenta critérios objetivos para a efetivação da razoabilidade do tempo de duração do processo, sendo eles instrumentos de orientação para muitos tribunais constitucionais. No julgamento de casos de razoabilidade do tempo, são utilizados três critérios principais pelo TEDH: a) A efetiva duração do processo, fixando o período a ser considerado; b) critérios objetivos para aferição da razoabilidade do prazo; e c) violação do direito sobre o período formulado. Portanto, enquanto o legislador infraconstitucional não apresentar critérios mais objetivos e adequados, é absolutamente cabível a utilização dos parâmetros apresentados pelo TEDH a fim de obter uma objetivação da interpretação do conceito, afinal a organização apresenta vasta experiência em apreciar esse tema (NICOLITT, 2006).

Na busca de soluções a essa falta de objetividade conceitual, desenvolveu-se a teoria do não-prazo, justamente para estabelecer critérios que possibilitassem a definição de razoabilidade em um determinado processo (PASTOR, 2002). A adoção da teoria do não-prazo, assim denominada por não adotar um critério claro para uma duração razoável, é um grave inconveniente na opinião de (JUNIOR, 2005, p. 4-5), que complementa salientando que "a ausência de um limite de duração máximo compromete a eficácia do direito de ser julgado em um prazo razoável, na medida em que conduz ao emprego de uma cláusula genérica (razoável duração) de conteúdo vago, impreciso e indeterminado."

De encontro com as opiniões do autor, (PASTOR, 2002, p. 60) também critica a adoção da teoria do não-prazo, conforme podemos compreender pelo parágrafo abaixo:

> [...] se inteligentemente, não confiamos nos juízes a ponto de delegar-lhes o poder de determinar o conteúdo das condutas puníveis, nem o tipo de pena a aplicar, ou sua duração, nem as regras de natureza procedimental, não há motivo algum para confiar a eles a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal, na medida em que o processo penal constitui um exercício de poder estatal, e, como todas as demais formas de intervenção do Estado, devem estar metajudicialmente regulado, com precisão e detalhe.

A Constituição de 1988 tratou de maneira inédita as cláusulas especificamente relacionadas à pena e à sua execução ao definir pontualmente cinco modelos diferentes que norteiam a aplicação da lei penal. Esses modelos podem ser definidos como: 1) normas pragmáticas que direcionam a intervenção do legislador ordinário aos atos de discriminação atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5°, XLI); 2) na esfera penalógica limitativa, determinados tipos de pena foram restringidas (art. 5°, XLVII), além do destinatário da sanção penal ter sido limitado (art. 5°, XLV) e o rol de possibilidades penalógicas definido (art. 5°, XLVI); 3) as formas de cumprimento das penas foram disciplinadas, impondo restrições ao público dos estabelecimentos prisionais (art. 5°, XLVIII), assim como condições específicas de gênero ter sido determinadas (art. 5°, L); 4) as garantias que versam sobre a integridade física e moral do preso foram asseguradas(art. 5°, XLIX); e, finalmente, 5) a suspensão da capacidade eleitoral decorrente de condenação transitada em julgado foi disciplinada (art. 15, III).[6]

Ocorre que, de forma singular, o texto escrito constitucional foi elaborado com foco nas garantias das

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998,p. 123.

normas. Porém, não foi o suficiente para romper com a timidez com que o operador do direito apresenta em sua aplicação real e efetiva. É Eugenio Zaffaroni que discorre sobre essa questão e estabelece que o problema está localizado no ato da aplicação):

> Na jurisprudência e na doutrina reina certo grau de desconhecimento da extensão das garantias fundamentais em matéria penal. Os autores latino americanos, em geral, reconhecem amplificadamente o significado transcendente dos princípios garantidores do direito penal, mas é frequente observar uma carência de profundidade na aplicação dos mesmos na dogmática concreta.[7] (CARVALHO, p.174)

Tal carência pode ser justificada pelo fato de que a interpretação e o significado dos princípios previstos no corpo constitucional ultrapassam a visão meramente lúdica. A questão das normas e dos princípios serem, muitas vezes, de caráter abstrato dificulta a visualização prática do operador jurídico. Nesse caso, por exemplo, não se pode afastar a garantia de que a atitude garantista seja "comissiva, de interpretação e filtragem dos institutos jurídicos penais a partir do texto constitucional" (CARVALHO, 2001, p. 174).

Demais, agir com base na crença de que os direitos fundamentais estarão garantidos e efetivados em um sistema jurídico perfeito, no qual a constituição trata de prever em seu texto sistemas modernos de garantias, é uma atitude insuficiente. Esse é um problema causado pela falsa ideia de uma estrutura de Estado Social de Direito em perfeita harmonia. Nas palavras do autor, é "a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções" (FERRAJOLLI, 2006, p. 752).

Um sistema jurídico perfeito em tese deveria efetivar todas as garantias. Entretanto, seja por um problema na aplicação prática, seja pela falta de objetividade, ou seja, por uma interpretação diferente de cada julgador, nem mesmo o sistema de um Estado Social de Direito conseguiria assegurar aos indivíduos a total observância e efetividade da matéria de garantias. É papel do operador do direito completar as lacunas e as possíveis contradições do texto constitucional com a legislação infraconstitucional. Ele deve fazê-lo por meio da utilização dos mecanismos oferecidos pela própria Constituição para "legitimar/deslegitimar, manifestando as validades/invalidades e eficácias/ineficácias, das normas e das práticas judiciais e administrativas" (CARVALHO, 2001).

Por fim, a execução penal é também um processo e deve ter todas as garantias constitucionais atendidas.

4 A perspectiva do tempo na progressão de regime

O art. 112 da Lei de Execução Penal trata que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida de modo progressivo, com a transferência do apenado para regime menos rigoroso. Ao sistema progressivo responsável por mover o condenado de um regime de cumprimento mais severo para um mais brando, é dado o nome de progressão de regime. Trata-se de um direito público subjetivo do apenado, fazendo parte do rol dos direitos materiais penais, cujo reconhecimento está atrelado ao cumprimento de ambos os requisitos objetivo e subjetivo (MARCÃO, 2006).

O requisito objetivo refere-se ao cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior ao reconhecimento do direito, em casos de condenação de crimes em geral, hediondos e afins cometidos antes da data de 28 de março de 2007. Após essa data, o requisito objetivo de progressão de regime foi agravado para crimes hediondos pela Lei n° 11.464[8] de 2007. Assim, após a vigência da nova lei, o direito de apenados com condenação em crime hediondo, ou equiparado a tal, tem o requisito tempo modificado de 1/6 de cumprimento para 2/5 em casos de apenado primário e para 3/5em casos de reincidente em crime hediondo.

---

[7] *ZAFFARONI, Eugenio Raul. Sistemas Penales y Derechos Humanos, p. 27. In:* CARVALHO, Salo *de.* Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo*de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.174.*

[8] A Lei 11.464de 2007 regula nova redação ao art. 2 §2° da Lei 8.072 sendo que o novo texto normativo ficou previsto da seguinte forma: "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente".

Por sua vez, o requisito subjetivo refere-se à boa conduta carcerária do apenado, a qual é comprovada por documento emitido pelo diretor da casa prisional, de acordo com alterações ao ano de 2003 no advento da Lei n° 10.792. A lei anterior a essa, nº 7210 do ano de 1984, exigia, além do requisito objetivo (temporal), a comprovação do mérito por meio do bom comportamento carcerário e da realização de exame criminológico. Logo, de modo a progredir do regime fechado para o semiaberto, era obrigatório que o apenado realizasse o exame criminológico, com exceção dos casos de progressão para o regime aberto. Contudo, o juiz da execução se tornava dependente dos resultados das considerações criminológicas, que eram responsáveis por apontar se o apenado permanecia com indicativos de persistência em delinquir. Em caso afirmativo, tal constatação causaria óbices à progressão de regime prisional. No entanto, após o advento da nova lei, o cumprimento do requisito subjetivo, depende apenas do atestado de conduta carcerária, assinado pelo diretor da casa prisional (MARCÃO, 2006).

Apesar da reformulação na lei, é ainda comum constatar juízes da execução penal solicitando a realização desses exames previamente à decisão sobre a progressão. Em relação a essa prática, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento[9] de que é cabível a realização de exame criminológico a título de análise do direito da progressão de regime. Nesse diapasão, o Tribunal editou súmula vinculante, que trata do assunto da necessidade de exame criminológico em crimes hediondos ou equiparados a tal. *In verbis:*

> **Súmula Vinculante n. 26** Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena, por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art.2º da Lei 8.072, 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova redação dada ao artigo 112 da Lei n.º 7.210/84 pela Lei n.º 10.792/03 dispensa a realização de exame para a concessão da progressão de regime, estabelecendo como requisitos legais o cumprimento de determinada fração da pena aplicada e o bom comportamento carcerário, a ser comprovado pelo diretor do estabelecimento. Contudo, há a ressalva que, em casos específicos, é permitido ao juiz a determinação da produção de exame criminológico, porém tal procedimento deve ser fundamentado e atento à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, conforme o artigo 112 § 1º da Lei de Execução Penal. Ainda, em relação a essa questão, foi publicada a súmula 439[10] pela jurisprudência do tribunal, a qual admite a realização de exame criminológico, desde que em decisão motivada.

---

[9] PENA – CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO - EXAME CRIMINOLÓGICO - ENTENDIMENTO DA SEMPRE ILUSTRADA MAIORIA -RESSALVA DE CONVICÇÃO - HABEAS CORPUS - LIMINAR INDEFERIDA. [...] [...] 2. Embora esteja convencido de ser a atividade judicante vinculada ao Direito posto, regendo a convivência em sociedade o princípio maior relativo à submissão à lei, não tenho como sobrepor à visão da sempre ilustrada maioria, no campo precário e efêmero da liminar e como porta-voz do Colegiado, a convicção pessoal quanto à derrogação da Lei de Execução Penal. A respeito da matéria, já tive a oportunidade de ressaltar:Antes, o artigo 112 da Lei de Execução Penal cogitava, realmente, do exame criminológico para progredir-se no cumprimento da pena. Veio o legislador e, numa opção político- normativa, suprimiu essa exigência. Vinga, a meu ver, o princípio da legalidade. E há projeto, inclusive, no Congresso, visando restabelecer a exigência prevista antes da derrogação da Lei de Execução Penal.Reporto-me ao voto proferido no Habeas Corpus nº 96.853/RS, relator Ministro Ricardo Lewandoski -acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 5 de novembro de 2009:Presidente, desde cedo, aprendi que aquele que diverge deve lançar as razões pelas quais o faz. Tenho presente que a atuação judicante é sempre vinculada. Não podemos -a não ser nos casos contemplados na Carta da Republica -adentrar campo diverso, principalmente o campo normativo.O que houve na espécie? A Lei de Execução Penal, realmente, exigia, para dar-se a progressão no regime de cumprimento da pena, o exame criminológico, mas os representantes do povo brasileiro, os deputados federais, e os representantes dos Estados, os senadores, fizeram certa opção político-normativa e expungiram esse requisito - o exame criminológico -do rol daqueles alusivos à progressão no regime de cumprimento da pena. Essa modificação mostrou-se eloquente, decisiva, muito clara, embora numa das últimas sessões, tenha revelado surpresa ao constatar, num sítio jurídico da internet, estar em tramitação, no Congresso Nacional, projeto de lei para restabelecer, no caso, o exame criminológico. Presidente, não posso olvidar o rol de requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, rol exaustivo no que direciona à consideração do fator tempo e, também, à declaração de bom comportamento carcerário do reeducando, e o faz, quanto a esse último requisito, com especificidade, ao remeter à declaração do diretor do estabelecimento. [...]3. Indefiro a liminar.4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República.5. Publiquem.Brasília -residência -, 4 de março de 2011, às 16h15.Ministro MARÇO AURÉLIORelatorSEMPRE1127.21010.79210.792magistrado10.792Lei de Execução Penal - Lei de Execução Penal – art.112 Lei de Execução Penal - Carta da República Lei de Execução Penal112Lei de Execução Penal (106678 ES , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/03/2011, Data de Publicação: DJe-051 DIVULG 17/03/2011 PUBLIC 18/03/2011).

[10] STJ - Súmula 439: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Apesar da Lei n.º 10.792/03 trazer nova redação ao artigo 112 da Lei n.º 7.210/84, estabelecendo a desnecessidade dos exames criminológicos para instruir o requisito subjetivo para análise do direito da progressão de regime, os Tribunais Superiores mantém o entendimento de que é cabível ao julgador utilizar essa ferramenta para deferir em relação ao cabimento do direito. Porém, por meio da perspectiva do tempo, é essencial que haja prudência, visto que a produção do exame criminológico estende a espera do apenado por seu direito de progredir, além de corroborar com a violação da garantia do processo no tempo razoável. A partir dessa problemática, o artigo reserva-se a observar o tempo em que o réu recebe seus direitos no âmbito da execução criminal, sendo a progressão o primeiro dos institutos postulados, segundo o sistema progressivo.

A prestação jurisdicional, conforme art. 5°, inc. LXXV da Constituição Federal infere que o julgamento deve ser efetuado dentro do prazo razoável. Guiado por tal premissa, o objetivo foi analisar os processos de execução penal vinculados à Vara de Execuções Criminais de Novo Hamburgo como metodologia de estudo de casos objetivando apreciar a questão do tempo no julgamento da progressão de regime. Em outras palavras, o principal objetivo dessa pesquisa foi analisar a concessão do direito da progressão de regime e verificar se a prestação jurisdicional ocorre dentre do prazo esperado, dados que podem ser verificados em item próprio.

5 Uma constatação em relação à pesquisa: o direito e o tempo

O levantamento de dados é constituído da análise de 20 processos vinculados à Vara da Execução Criminal (VEC) de Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul. Ela opera no Foro de Novo Hamburgo e é dividida em 1° e 2° Juizado, tendo como Juízas titulares. Em média, tramitam na VEC aproximadamente 5118 (cinco mil cento e dezoito) processos ativos sob a responsabilidade dos dois Juizados. Ao passo que o 1º Juizado é responsável pelos processos da Penitenciária Estadual do Jacuí, do Instituto Penal de Viamão e do Presídio Estadual de São Leopoldo, o 2° Juizado gerencia processos provenientes da Penitenciária Modulada de Montenegro, do Instituto Penal de Canoas, do Presídio Estadual de Taquara, do Albergue de Taquara e do Presídio Estadual de Novo Hamburgo. Por fim, o cartório possui uma equipe formada por uma escrivã, um oficial escrevente, seis funcionários e sete estagiários.

Desses processos, cerca de 80% são defendidos pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Ainda, por ser uma Vara regional, ela abrange a execução penal das Comarcas de Novo Hamburgo, São Leopoldo, Portão, Montenegro, Dois Irmãos, Igrejinha, Sapiranga, Esteio, Campo Bom, Sapucaia do Sul, São Sebastião do Caí, Canoas, Taquara, Parobé, Estância Velha, Três Coroas, Cachoeirinha, Alvorada, Gravataí e Viamão, além de processos dos reclusos na Penitenciária Estadual do Jacuí.

Quanto ao critério de escolha dos processos, foram priorizados os que estavam com o direito da progressão de regime em andamento ou recentemente julgados. Dentre esses, foi selecionado de forma aleatória, sem observação a qualquer critério de seleção, tal qual capitulação, reincidência ou gênero do crime.

6 A construção e o tempo: análise dos dados

Para o processo de análise dos dados da pesquisa, foi essencial a estipulação de alguns critérios. Em relação à contagem do tempo da prestação jurisdicional, essa é obtida a partir da data em que o apenado contempla o requisito objetivo tempo para a concessão do direito à progressão. Para tal, o cálculo descontou o tempo de remição por trabalho[11], detração[12], alteração da data-base[13] por apuração de falta grave em

[11] Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

[12] Prevista no art. 42 do Código Penal Brasileiro este instituto visa descontar da pena definitiva período o qual o apenado passou preso preventivamente ou provisoriamente. Art. 42 **- Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209 de 11.7.1984)**

[13] Data-base é a data utilizada, tida como base para analisar, a partir dela, a concessão de futuros benefícios decorrentes da execução penal.

decorrência de Processo Administrativo Disciplinar. Ainda, foi ponderado se as sanções eram em crimes comuns ou hediondos, considerando que, a lei exige cumprimento de requisito objetivo diferenciado, conforme os critérios legais.

Para construção da investigação e posterior tabulação dos dados, foi importante verificar o tempo total da espera para a concessão do direito. Dessa forma, o tempo foi apurado considerando cada trâmite da análise da progressão e o total de dias apontado refere-se ao tempo total que cada orgão/instituição/parte efetivamente utilizou para realizar a tramitação, administrativa e/ou judicial, e dar andamento ao julgamento dos processos.

Por fim, foram analisados 20 processos da Vara de Execuções Criminais, averiguando o tempo dos seguintes momentos da tramitação do pedido de progressão: cumprimento do direito, pedido do direito, análise do pedido pelo juiz, determinação da necessidade de realizar exames criminológicos, realização dos exames criminológicos, se necessária, agrupamento dos exames criminológicos pelo cartório, manifestação do Ministério Público e da Defesa, decisão do juiz e, finalmente, cumprimento da decisão pelo cartório.

A tabela abaixo representa o cálculo do tempo médio de espera para cada procedimento realizado no curso do julgamento do direito da progressão nos vinte processos analisados. O tempo médio é elaborado pelo somatório dos dias existentes entre cada procedimento e dividido pelo número de processos dos quais foram retirados esses dados. A seguir, é possível analisar o resultado desse cálculo, denominado como tempo médio.

PROCEDIMENTOS			**TEMPO MÉDIO DE ESPERA**
Cumprimento do requisito objetivo	x	Pedido do direito	52 dias (1 mês e 21 dias)
Pedido do direito	x	Análise do juiz	29 dias
Solicitação de exames pelo juíz	x	Cumprimento da solicitação pelo cartório	23 dias
Solicitação de exames pelo cartório	x	Entrega dos exames na VEC	56 dias (1 mês e 25 dias)
Entrega dos exames na VEC	x	Juntada dos exames no PEC pelo cartório	53 dias (1 mês e 22 dias)
Juntada dos exames	x	Manifestação do Ministério Público	10 dias
Manifestação do Ministério Público	x	Manifestação da Defesa	15 dias
PEC concluso ao juiz para decisão	x	Decisão do Juiz	07 dias
Decisão do Juiz	x	Cumprimento da decisão pelo cartório	23 dias
TEMPO TOTAL DE ESPERA PARA EETIVAÇÃO DO DIREITO			268 dias (8 meses e 24 dias)

Os resultados obtidos demonstram que a prestação jurisdicional do direito à progressão de regime demora tempo demasiado para ser efetivada - em média (aproximadamente) de oito meses e 24 dias nos 18 processos analisados, sendo que um deles, a média foi de 1 ano e 11 meses, na medida em que se tratava de crime sexual e um outro que foi 4 meses. Ainda, nota-se que o período de tempo pode ser considerado bastante longo entre o direito à progressão e a efetiva remoção para o regime mais brando indiferentemente do tipo de defesa do apenado (pública ou particular). Porém, em processos nos quais há a atuação de advogados particulares, o pedido do direito de progressão é realizado antes do primeiro dia ou, geralmente, ao primeiro dia de cumprimento do requisito objetivo tempo. Por outro lado, em casos que recebem assistência da Defensoria Pública, esse pedido é realizado algum tempo após a obtenção do requisito objetivo - tempo de cumprimento - pelo Defensor Público ou, até mesmo, pelo próprio preso.

Acredita-se que o motivo dessa diferença esteja associada à demanda de processos sob responsabilidade da Defensoria Pública de Novo Hamburgo (80% dos processos da Vara), em comparação com a de um advogado particular, o qual consegue se dedicar de forma mais intensa a um único processo. Ele pode acompanhar prazos, direitos e movimentações diariamente, ao passo que, na unidade da Defensoria Pública de Novo Hamburgo, responsável pelos processos de execução criminal, 200 processos são comumente defendidos por dia. Por consequência, o ritmo intenso de trabalho, a alta demanda e a falta de recursos tecnológicos são fatores que podem não permitir um gerenciamento dos processos que possuem direito de progressão com o requisito coletivo cumprido ou próximo a cumprir. Aliás, as únicas formas pelas quais os Defensores Públicos podem verificar a contemplação do requisito tempo ocorrem quando esses processos chegam à unidade da Defensoria Pública, por atendimento ao preso na casa prisional ou por atendimento aos familiares do apenado.[14] Assim, pode-se concluir

[14] A Defensoria Pública sendo a atuante na defesa dos apenados deveria ter o conhecimento de todos os dados dos processos de seus assistidos, inclusive a data da progressão de regime. Isso porque decorre da relação de defesa e assistido o dever de realizar

que o apenado com defesa particular ganha certa vantagem em relação ao assistido pela Defesa Pública no que diz respeito ao tempo do pedido da progressão. Contudo, em alguns casos, a Defesa Pública se mostra mais atuante na tramitação do pedido em relação ao acompanhamento processual que a maioria dos advogados privados.

Nesse mesmo sentido, é válido destacar que os processos encaminhados à Defensoria Pública apresentam rápido andamento e, em sua grande maioria, não permanecem nem mesmo um dia em espera, sendo rapidamente devolvidos ao cartório para prosseguimento. Assim, é possível verificar uma atuação célere e competente dos Defensores Públicos dessa Unidade, pois apresenta petições e manifestações de qualidade e alto padrão, o que contribui positivamente para um julgamento em um prazo razoável.

Em relação aos processos acima apresentados, constatou-se que o Juiz solicitou a realização de exames psicológicos e sociais com a finalidade de instruir o requisito subjetivo para o posterior julgamento do direito. Entende-se que essa análise do pedido é consideravelmente rápida, ponderando a quantidade de processos tramitando na Vara de Execuções Criminais. Entretanto, foi no processo de solicitação de exames que identificamos um dos maiores gargalos da prestação jurisdicional. Em média, a espera por essas análises psicológicas e sociais atinge o período de quase dois meses, que certamente é tempo moroso e burocrático. Conforme argumentado anteriormente, apesar da desnecessidade de exames para análise da progressão de regime, a análise da prática contextualizada indica que os juízes ainda se detêm a esse tipo de critério para julgar o direito. De maneira inclusive, a máquina judiciária não pode prejudicar ou criar obstáculos e atrasos no julgamento do pedido por instituir requisitos não previstos legalmente em fase anterior do processo.

O Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução de n. 009/2010, a qual foi suspensa, porém seu art. 4 regulava que seria "vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar". Dessa forma, não podendo o profissional produzir documentos a fim de subsidiar decisão judicial, é defeso a realização de exames a título de instruir o julgamento do direito de progressão de regime.[15] Além disso, em nota, o Conselho esclareceu e reconheceu que este tipo de exame criminológico jamais agregou para políticas de acompanhamento e para atendimento psicológico ao apenado. Ainda, ele acrescenta que, nos moldes atuais utilizados para a realização desse tipo de exame, é como um sistema de rotulação que pode tanto beneficiar quanto prejudicar o apenado, sem contribuição alguma para a solução de problemas identificados na avaliação.[16]

Outro apontamento essencial é a impossibilidade de prever o comportamento futuro do preso; ou seja, não existe uma garantia de que o preso irá retornar à vida social e não delinquirá. Logo, a solicitação de exames psicológicos do apenado indica a sustentação de expectativas reducionistas. Além desdes contrapontos, a forma de realização dos exames é também discutida pelo Conselho, o qual elucida que o período de tempo para tal avaliação é demasiadamente curto, além de não haver condições próprias para a realização desse documento. Contudo, apesar da precariedade identificada na metodologia do exame, seus resultados são de extrema importância, visto que são utilizados como subsídio para decisões de soltura ou mantença do apenado no cárcere.[17]

Considerando esse contexto, o Conselho orienta os psicólogos atuantes no sistema prisional a objetivarem em suas atividades a individualização da pena do apenado ingressante no sistema prisional. Assim, um acompanhamento inicial com o apenado que ingressa no cárcere pode servir como ponto de referência para a atuação do profissional posteriormente.[18]

---

todos os atos lícitos que estão ao alcance do defensor. Depender do aviso dos familiares dos apenados, esperar a chegado dos processos na instituição e de atendimentos aos presos no presídio é como condicionar o apenado a uma loteria dos direitos. Ora, caso o preso não tiver um familiar que possa consultar um Defensor, ficará ele dependendo da sorte de seu processo ser encaminhado pelo cartório à Defensoria Pública para ser averiguado o tempo de progressão.

[15] CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. RESOLUÇÃO CFP Nº 009/2010. Regulamentação da atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf Acessado em: 04/05/2016.

[16] CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria. Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_100727_001.html Acessado em: 04/05/2016.

[17] CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria. Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_100727_001.html. Acessado em: 04/05/2016.

[18] CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL. Psicólogo não é juiz. Disponível em: http://www.

Ainda em relação ao exame, o próprio Conselho regulador da categoria habilitada para a realização desse tipo de avaliação reconhece a fragilidade de uma das ferramentas judiciais que servem de subsídio para a concessão do direito da progressão de regime. Além disso, essa pesquisa aponta um extenso período de tempo entre a solicitação do exame e a sua efetiva juntada ao processo. Durante esse mesmo período, o apenado é mantido em constante espera e expectativa de seu direito, aguardando por um documento do qual o próprio profissional que o assina reconhece a fragilidade. Apesar do entendimento dos Tribunais Superiores em relação aos exames criminológicos, as conclusões reportadas pelo Conselho Federal de Psicologia devem ser consideradas no que tange a sua fragilidade e a sua metodologia atual.

Além da questão do período de tempo para a elaboração dos exames, há outro entrave prejudicial ao andamento da análise do direito. O período de espera da juntada dos documentos do setor psicossocial no processo pode durar até dois meses. Lembrando o contexto da Vara, com 5118 processos 8 funcionários, é compreensível que não se consiga tempo suficiente para a juntada de todos os documentos. Ainda, se o exame psicológico já soma quase dois meses ao processo simplesmente para ser realizado, esse tempo é dobrado para que ele consiga ser juntado ao processo e o prosseguimento seja feito.

Finalmente, após a juntada dos exames psicológico e social ao processo, os documentos seguem sempre para a análise por parte do Ministério Público, mas da Defesa somente em casos que são determinados como não favoráveis a concessão da progressão. Verificou-se que, em média, o Ministério Público delonga dez dias, enquanto a Defesa leva 15 dias, para sua manifestação. Contudo, se os processos responsabilizados a um advogado particular e à Defensoria Pública forem analisados separadamente, constata-se que, em média, a Defesa Pública leva três dias para se manifestar ao passo que o advogado privado utiliza 39 dias.

Em relação à quantidade de processos tramitando, verificou-se que a decisão do direito pelo juiz da Vara de Execução é ágil. Em média, são empregados sete dias para decidir acerca da concessão do direito de progredir. Entretanto, sete dias comparados ao tempo que o juiz utiliza para analisar a petição do pedido e solicitar os exames para instruir a decisão, da perspectiva de quem espera, é muito longa, uma vez que na prisão o tempo é tardio frente as garantias devidas. Enquanto a decisão emprega o tempo referido, a primeira análise do pedido pode tardar 29 dias em média.

Por outro lado, a decisão favorável para a concessão do direito de progressão não é o último procedimento para a efetivação e a remoção do apenado para um regime mais brando. Após a decisão do juiz, o cartório ainda deve cumprir a decisão e informar as autoridades e as instituições competentes a concessão do direito. Durante essa fase, o apenado novamente aumenta a sua expectativa de gozar de seu direito, concomitantemente ao seu tempo de espera, considerando que, em média, ela tem a duração de 23 dias.

Finalmente cumprida a decisão, a Casa Prisional e a SUSEPE são ambas informadas da vontade do juiz, aproximando o apenado do momento em que experienciará seu direito efetivado. Porém, similarmente aos momentos prévios do processo, a remoção pode demorar dias e até mesmo meses para ser cumprida. Os dados referentes ao período de tempo consumido até a efetiva remoção para o regime compatível não constam dentro do processo, estando disponíveis apenas em sistemas informatizados das instituições responsáveis por tal atividade aos quais não se têm acesso permitido. Portanto, não foi possível incluir dados referentes ao período de tempo médio em que o apenado recebe o direito até quando ele o usufrui efetivamente nessa pesquisa, mesmo sendo de conhecimento compartilhado que, comumente, meses podem passar sem que a decisão tenha sido efetivamente cumprida pela SUSEPE.

Logo, os dados obtidos revelam que a prestação jurisdicional do direito à progressão de regime não observa um prazo razoável para ser efetivada. Não é de forma alguma razoável causar para o apenado uma espera de, em média, oito meses e vinte e quatro dias para ter seu direito julgado. Em muitos desses casos, o apenado pode ter até cumprido requisito objetivo suficiente para trocar de regime novamente ou, até mesmo, para obter direito a outros institutos assegurados pela LEP, tal qual o livramento condicional. Porém, ele é impedido de usufruir de seus direitos por ainda aguardar pela concessão da primeira progressão de regime.

Ainda, por intermédio dos critérios estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é realizável a avaliação da razoabilidade do julgamento. Tratando do primeiro critério, que diz respeito à "efetiva duração do processo fixando o período a ser considerado", considerou-se a duração total a partir do cumprimento dos

crprs.org.br/noticias_internas.php?idNoticia=922. Acessado em: 05/05/2016.

requisitos objetivo e efetivos.

O segundo critério refere aos "critérios objetivos para aferição da razoabilidade do prazo;". No caso em estudo, consideramos que, para a aferição do direito de progressão, os requisitos são o objetivo e o subjetivo, regulados em lei e já tratados em capítulo anterior. Logo, são satisfeitos o requisito objetivo, tendo o apenado atingido 1/6 do cumprimento da pena, e o subjetivo, tendo sido acostado aos autos tanto o atestado de conduta carcerária, cumprindo o requisito legal, além de os exames psicológico e social, requeridos pelo juízo. No entanto, a tramitação não pode ser morosa ao ponto de ferir garantias na execução da pena, que podem macular o próprio sistema progressivo, como promessa, na medida em que o preso não pode suprimir etapas no sistema de execução penal. Assim, se os direitos chegam tardiamente, como o apenado pode superar a supressão de garantias?.

7 Considerações finais

Desde a antiguidade, a vida dos indivíduos é regida e organizada em torno do tempo, indicando um conhecimento consciente e coletivo de que não se pode simplesmente ignorá-lo; pelo contrário, é uma questão de sobrevivência entendê-lo e administrá-lo. Ainda, o tempo pode ser considerado um conceito abstrato, em vista que é determinado pela consciência de cada indivíduo, a qual é pessoal e constituída de percepções dependentes de diversos acontecimentos da vida. Em outras palavras, um momento longo e traumático para um indivíduo pode ser célere e excelso para outro.

Para tanto, esse tempo está associado às vidas pessoal e profissional e afeta, em decorrência, as relações jurídicas. Portanto, o período de tempo dentro do cárcere não é similar ao mesmo período em liberdade, considerando que, muitas vezes, a experiência de espera está contaminada pelo impiedoso ambiente carcerário, tornando-a traumática.

É justamente por possíveis consequências contraproducentes como essa que não se pode admitir que, durante o processo de execução penal, os direitos dos apenados, como a progressão de regime, sejam julgados sem a observância de um tempo célere. De fato, a Constituição Federal Brasileira, em concordância com os preceitos de Tribunais Internacionais, consagrou o direito fundamental do processo em tempo razoável em seu texto normativo. No advento da Emenda Constitucional n° 45, do ano de 2004, a garantia passou a ser acompanhada de uma previsão constitucional, agregando força normativa de direito fundamental ao ser inserida no art. 5°, inciso LXXVIII.

Porém, a norma é conceitualmente vaga e imprecisa por não definir objetivamente um prazo razoável no julgamento de um processo, possibilitando assim diversas interpretações em relação à sua extensão. Além disso, o fato de a Constituição atualmente prever direitos e garantias mínimas não garante o seu cumprimento. Logo, perguntemo-nos como guarnecer o cumprimento dos preceitos fundamentais de direito e tratar das questões constitucionais e de acordo com a as convenções de direitos humanos, confortando a ideia do Estado Democrático de Direito, também na execução penal?

Desse modo, o direito brasileiro necessita urgentemente de uma regulação do período máximo que o preso pode esperar pelo seu direito estabelecido pela Lei de Execuções Penais?

Tal uniformização se faz impreterível pelo fato de que, se o julgamento não ocorrer em tempo razoável, serão admitidas penas cumpridas sem a atenção aos direitos do encarcerado, o que acarretaria interpretar que a execução penal é um processo sem garantias, por que o sujeito já fora condenado.

Referências

ARAGONESES, ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal Introduc. 2.ed.Madrid: Edersa, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. SãoPaulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma Sociologia do Controle Penal – Sistema Penal e Violência.**2008.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. **Informativo Instituto de Estudos Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 3. jan./mar. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v. 1. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARVALHO, Salo *de***. Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo*de Luigi** *Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.*

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. RESOLUÇÃO CFP Nº 009/2010. Regulamentação da atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf Acessado em: 04/05/2016.

DIAS, Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Entrevista de Galeano para Ana MaríaMizrah. Disponível em http://www.brasildefato.com.br/content/eduardo-galeano-lan%C3%A7a-novo-livro-na-forma-de-um-calend%C3%A1rio>

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**.Campinas. Bookseller,2006.

FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão* – teoria do garantismo penal**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Notas sobre Derecho Constitucional y Garantias**. Buenos Aires. Argentina. Ed. Ediar 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1995.

GAUER, Ruth M. Chittó. **A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

GIACOMOLLI, Nereu. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais**, Porto Alegre, n.11, ano 6, p. 84, 2005.

GOLDSCHMIDT, James.**Problemas jurídicos y políticos del Processo Penal.** Barcelona: Bosch, 1935.

_____,James. **Principios gerenales del proceso: problemas jurídicos y políticos del processo pena**l. Buenos Aires: Europa- América,1935.p.247.

GLOECKNER, Ricardo jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. Ed. juspodvm. Salvador, 2015.

LOPES JR, Aury. A (De) Mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. BOLETIM – IBCCRIM, ano 13,nº 152 – julho -2005.

———,Aury. **O Direito de ser julgado em um prazo razoável**: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. Revista da Ajuris v. 31 n.96, dez. 2004, p.35.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva. 3° edição, 2006.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. trad. DIX SILVA, Tadeu Antonio e TOLEDO, Maria Clara Veronesi de. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2º Ed. Coimbra:Coimbra, 1998. t.4.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru; Ed. Edusc, São Paulo, 2005.

PASTOR, Daniel R. Acerca Del Derecho fundametal al plazo razonable de duración Del proceso penal in **Revista Brasileira de Ciências Criminais.v.13.n.52**, jan/fev. 2005,p. 202-249.

_____, Daniel. **El Plazo Rozonable em el Proceso del Estado de Derecho**. Buenos Aires: Editora Ad Hoc, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos o princípio da dignidade humana e a Constituição de 1988. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, p. 90, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2º edição. São Paulo. Saraiva.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria**. São Paulo: Jorge Zahar, 1999.

WOLF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Mir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan , 1989.

A REVOLUCIONÁRIA EXPERIÊNCIA DE DEFENSORAR POR MEIO DA SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS

Mariana Py Muniz Cappellari

Doutoranda em Ciências Sociais (PUCRS)

Defensora Pública do Estado do RS

Resumo: O artigo tem por intuito apresentar a revolucionária experiência de defensorar por meio da sistemática de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS, contribuindo para revelar um patamar de atuação da Defensoria Pública conforme ao texto constitucional e a normativa internacional, apresentando um acesso à justiça não mais vinculado meramente ao Poder Judiciário, mas de efetiva concretização de uma ordem jurídica justa, inclusive, em termos sociais, na medida do empoderamento e da expansão do exercício da cidadania. Para tanto, após apresentação do Centro de Referência em Direitos Humanos, bem como da sua esquemática de atuação, abordaremos a atividade de Defensorar por meio desse sistema, aliando referencial bibliográfico a tanto.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Centro de Referência em Direitos Humanos. Acesso à Justiça. Cidadania.

Abstract: The purpose of this article is to present the revolutionary experience of advocating through the systematic work of the Human Rights Reference Center of the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, contributing to reveal a level of action of the Public Defender according to the constitutional text and international regulations. an access to justice no longer linked merely to the Judiciary, but rather to the effective realization of a just legal order, including in social terms, to the extent of empowerment and expansion of the exercise of citizenship. Therefore, after presentation of the Reference Center on Human Rights, as well as its schematic of action, we will approach the Defensorar activity through this system, combining bibliographical reference to both.

Keywords: Public defense. Reference Center on Human Rights. Access to justice. Citizenship.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A emenda constitucional nº 80 de 2014 ao reconceituar a instituição Defensoria Pública, aos moldes do que então já havia sido produzido pela Lei Complementar nº 80/94, com as alterações empreendidas pela Lei Complementar nº 132/09, desvela um novo olhar institucional, muito mais sistêmico, na medida em que acentua que o acesso à justiça, função precípua da Defensoria Pública, direito humano fundamental, não se resume e tampouco se encerra no acesso ao Poder Judiciário.

Muito pelo contrário, a autonomia que lhe projeta enquanto instituição contrapoder,[1] bem como o fato de se revelar enquanto expressão e instrumento do regime democrático lhe alçam a efetiva participação nos processos decisórios de todos os Poderes da República e de definição de políticas públicas, contribuindo, inclusive, internamente para a confecção de políticas que empoderem e possibilitem o exercício de cidadania integral por parte dos vulneráveis, sejam eles economicamente ou organizacionalmente falando.

Nesse sentido, a forma de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS revela-se revolucionária, na medida em que ao trabalhar com o enfrentamento da violência, fenômeno complexo, através da oferta de atendimento multidisciplinar, busca a aproximação constante dos movimentos sociais e das lideranças comunitárias, em verdadeiro trabalho de rede, promovendo educação

[1] PAIVA, Caio Cezar. **Prática Penal para a Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

em direitos humanos, rompendo, assim, com a atuação da Defensoria Pública ainda adstrita a ideia de que o acesso à justiça se limita ao acesso ao Poder Judiciário, quando, na verdade o acesso que se requer e pleiteia é o acesso a uma ordem jurídica minimamente justa.

Enquanto instituição promotora de direitos humanos cumpre a Defensoria Pública a missão de concretizar efetiva transformação social, a qual dentro de uma ordem dita democrática requer a instituição de políticas que efetivamente contribuam para o exercício concreto da cidadania. O empoderamento político e o conhecimento dos direitos são fundamentais a tanto, o que já o faz o CRDH/DPE/RS, razão pela qual o presente artigo tem por objetivo demonstrar o quanto o modelo de atuação do Centro de Referência cumpre com os objetivos e as funções da instituição, traduzindo um defensorar, por meio de um olhar sistêmico, que anseia por um acesso à justiça social.

2 DO CRDH/DPE/RS

A Defensoria Pública tem para além de um dever institucional, um múnus constitucional de promoção da conscientização sobre o ordenamento jurídico e, por assim dizer, de conscientização sobre direitos básicos de cidadania e direitos humanos.

Pensando nisso, no ano de 2014, a Defensoria Pública do RS em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, à época, implantou o Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH-DPE/RS), tendo por objetivo fortalecer sua missão institucional de promover a informação e a cultura dos direitos humanos, garantindo a ampliação das condições de acesso à justiça de cidadãos e cidadãs vítimas de violências, especialmente a violência contra a mulher e a violência estatal, em Porto Alegre e Região Metropolitana.

A ideia então tinha por norte que no CRDH-DPE/RS se atuasse na construção de estratégias para o enfrentamento e superação da violência e afirmação de Direitos Humanos. Sendo assim as suas atividades se iniciaram em 17 de janeiro de 2014 e o convênio teve vigência até março de 2018.

Não há notícia de outra Defensoria Pública no país que tenha firmado convênio com a SDH/PR para implantação de um Centro de Referência em Direitos Humanos, até porque o projeto dos Centros de Referência em Direitos Humanos havia sido desenvolvido no âmbito do Governo Dilma. E tanto isso é verdade que o CONDEGE, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais do Brasil, firmou termo de cooperação técnica com a SDH, no ano de 2017, a fim de que as demais Defensorias Públicas do país fossem instadas à implantação de Centros de Referência aos moldes do RS.

Quando da confecção do projeto e concretização do mesmo, pensou-se que o CRDH-DPE/RS deveria estar localizado no Centro Histórico de Porto Alegre. Pois, a localização, em local central, próxima à Sede da DPE/RS, visava facilitar o acesso à população que se desloca de diferentes regiões vulneráveis da capital e região metropolitana (acessibilidade universal), a promoção de ações itinerantes e a articulação com a sociedade civil e lideranças comunitárias.

Além disso, a sua territorialidade teria como foco principal a não institucionalização, permitindo maior diálogo com os movimentos sociais e as lideranças, os quais se utilizam do espaço no mais das vezes para a realização de reuniões e eventos.

O público-alvo das ações desenvolvidas pelo CRDH abrangia as vítimas de preconceito, discriminação, intolerância, maus-tratos, negligência e abandono, especialmente as mulheres em situação de violência doméstica e as vítimas de violência estatal (principalmente do sistema de justiça e segurança pública). Indiretamente, visava alcançar os familiares, as lideranças comunitárias, órgãos e agentes governamentais encarregados da implementação dos direitos humanos e cidadania, organizações da sociedade civil que atuam em direitos humanos e cidadãos(ãs) em geral.

Assim, o trabalho do Centro representaria o compromisso com a execução e continuidade de uma política pública de caráter permanente, totalmente inserida em sua missão institucional; no III Plano Nacional de Direitos Humanos e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Por isso, estabeleceu-se que o CRDH atenderia as vítimas, seja por demanda espontânea, seja por encaminhamento de algum outro serviço ou Instituição ou pelo Disque-acolhimento.

O Disque acolhimento foi pensado como um meio pelo qual os assistidos(as) entrassem em contato diretamente com o CRDH, através de ligação gratuita (0800-6445556), a fim de buscar as primeiras orientações sobre o funcionamento do serviço, bem como esclarecer eventuais dúvidas que venham a surgir no curso de seu acompanhamento com a equipe do CRDH. O Disque acolhimento teria abrangência para todo o Estado do Rio Grande do Sul.

O procedimento estatuído no CRDH/DPE/RS para os atendimentos, cujos dados coletados são sigilosos, era composto, em regra, por quatro fases interdependentes:

1ª Fase - Atendimento inicial: Nessa fase seriam realizados a triagem e o cadastro. É uma análise da situação, do risco iminente e da necessidade de urgência no atendimento. A vítima recebe informações e orientações gerais sobre o CRDH-DPE/RS, sobre a rede de atendimentos a sua disposição e sobre possíveis estratégias de ação.

2ª Fase - Acolhimento Multidisciplinar: O atendimento nessa fase era realizado por uma psicóloga e uma assistente social. Se fazia a escuta do(a) assistido(a) em situação de violência, identificada sua demanda específica, avaliado o risco do caso e, se necessário, pactuado um plano de segurança e iniciado um plano personalizado de acompanhamento. Esta fase de atendimento podia ser realizada com a presença de Defensor(a) Público(a) ou analista processual para melhor elucidação das questões jurídicas.

3ª Fase – Atendimento Especializado: O objetivo dessa fase era aprofundar o diagnóstico preliminar elaborado pela equipe, a fim de identificar as demandas a serem tratadas nos outros tipos de atendimento, quais sejam: a) Atendimento Psicossocial, com psicóloga e/ou assistente social, com o objetivo de oferecer um espaço de escuta, suporte e reflexão ao(a) assistido(a) vítima de violência com vistas à promoção do fortalecimento subjetivo, da autonomia e do protagonismo, além de fornecer orientações, encaminhamento para a rede de atendimento e de serviços sociais existentes, para possibilitar meios de acesso às políticas públicas e a efetivação dos direitos; b) Atendimento Jurídico, com Defensor(a) Público(a), com o objetivo de oferecer orientações jurídicas e acompanhamento dos procedimentos judiciais e extrajudiciais. Também nessa fase, a equipe realizava interlocução com a rede de atendimento para encaminhar questões de atendimento psicológico, saúde, segurança, moradia, benefícios sociais, documentos, educação, trabalho/emprego, geração de renda.

4ª Fase – Educação em Direitos: o CRDH-DPE/RS realizava variadas ações em Educação em Direitos Humanos, as quais se concretizavam nos seguintes formatos: a) Programa de capacitação permanente PAZ COM VOZ, que consistia em oficinas gratuitas e abertas ao público (na programação das oficinas se procurava proporcionar a reflexão sobre os temas relacionados aos Direitos Humanos sob diferentes perspectivas, como mostra de filmes, mostra de trabalhos acadêmicos, oficinas lúdicas, debates e palestras), além do minicurso Virando a Página, destinado aos adolescentes privados de liberdade, conforme convênio entabulado com a FASE/RS; b) Palestras, debates, workshops promovidos pela sociedade civil; c) Ações itinerantes (mutirões de atendimento, orientações e divulgação do CRDH); d) Elaboração e distribuição de cartilhas; e, e) página do CRDH na rede social "Facebook" (https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos), na qual são publicadas notícias atuais sobre direitos humanos, tais como resultados de pesquisas, reportagens, vídeos, divulgação de eventos, conquistas na seara dos direitos humanos, dentre outros. No que tange ao Programa PAZ COM VOZ, só no ano de 2016 foram realizadas mais de 13 oficinas.

Especificamente quanto à 4ª fase, a equipe que compunha o CRDH-DPE/RS entendia que a "Educação em Direitos Humanos" está fundada em uma perspectiva de olhar sobre o sujeito e suas múltiplas formas de ser, estar e viver no mundo, não se restringindo a espaços institucionalizados de difusão de informações (forma tradicionalmente associada à ideia de educação). Considerando que os direitos humanos consistem em uma perspectiva de respeito à alteridade e às múltiplas formas de existência, a equipe entendia que educar em direitos humanos, diferentemente de um procedimento padronizado de trabalho, é um processo que pode se dar nos mais variados contextos de encontro com o outro.

Desta forma, educar em direitos humanos, para a equipe que compunha o CRDH/DPE/RS, tinha como

diretriz estimular e animar o outro a refletir sobre sua condição no mundo e apropriar-se de sua condição de cidadão de direitos para, por meio dos seus mais variados instrumentais políticos e subjetivos, ativamente transformar sua vida.

Por isso, nos processos educativos que atravessam os momentos de escuta e atendimento, a equipe procurava guiar a escuta e a orientação sensibilizando para a formação de uma consciência crítica de si e dos processos imbricados na construção dos contextos violentos ou violadores de direitos em que aquele(s) sujeito(s) está(ão) inserido(s).

Procurava-se, nesse sentido, estimular a reflexão, a partir da própria história que traz o sujeito até o CRDH, sobre suas condições de inserção no mundo, os processos históricos e sociais que permeiam tal inserção, incidindo em uma consciência crítica sobre os próprios modos de viver, pensar, sentir e agir, em suas relações com os outros e consigo.

Não se estabelecia limitação quanto ao número de atendimentos, os acompanhamentos eram realizados enquanto a equipe e/ou o(a) assistido(a) entendiam necessário. O desligamento do serviço de atendimento especializado somente se dava quando verificada a superação da situação de violência, o efetivo empoderamento da vítima e o fortalecimento de mecanismos psicológicos e sociais.

Em relação a dados numéricos, desde sua abertura até junho de 2017, o CRDH-DPE/RS teve mais de 2305 assistidos cadastrados e 8831 atendimentos realizados.

Tendo vista as duas linhas de ações principais a serem trabalhadas no Centro de Referência, o combate à violência doméstica e à violação de direitos humanos, inseriu-se, na estrutura do projeto de implantação do CRDH-DPE/RS, dois núcleos especializados da Defensoria Pública, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e o Núcleo de Defesa da Mulher.

O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande de Sul atua desde 2009 na prevenção de violações aos Direitos Humanos, na busca pelo restabelecimento nos casos em que ela já ocorreu e na educação na área, ou seja, na promoção do empoderamento de indivíduos e grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica, social e organizacional. Com este escopo, o Núcleo, atua no âmbito institucional, estabelecendo diretrizes de atuação da Defensoria Pública na área através da elaboração de projetos, enunciados e encontros de capacitação, bem como de ações que articulem e apoiem a atuação de todos os Defensores Públicos do Estado, na garantia de efetividade dos Direitos Humanos, inclusive com subsídios a eventual necessidade de postulação perante organismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos como os que compõem o Sistema Interamericano/OEA e o Universal/ ONU.

Externamente, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos atua prevenindo violações identificadas através de demandas ou grupos sociais vulneráveis (com os quais busca interação e articulação), restabelecendo os direitos atacados por outros particulares ou mesmo pelo Poder Público e promovendo a educação em Direitos Humanos. Para tanto, maneja instrumentos judiciais como ações individuais e coletivas (de âmbito estadual ou nacional), bem como extrajudiciais, notadamente o Procedimento Administrativo para Apuração de Danos Coletivos (Padac), onde são realizadas audiências públicas, reuniões conciliatórias entre pessoas e grupos de conflito, expedidas recomendações para o restabelecimento de direitos, firmados a conhecida função de apoio e aparelhamento aos Defensores Públicos.

Comitês e comissões dos quais o Núcleo participava:

1. Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH);
2. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – CONDEGE;
3. Conselho Deliberativo do Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Testemunhas Ameaçadas (CONDEL/PROTEGE);
4. Conselho Estadual da Pessoa Idosa (CEI);
5. Comissão Estadual de Erradicação do Trabalho Escravo no Rio Grande do Sul (COETRAE/RS);

6. Conselho Estadual LGBT;
7. Comitê Estadual de Atenção a Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas (COMIRAT);
8. Conselho Estadual do Programa de Proteção aos Defensores e às Defensoras dos Direitos Humanos (CEPPDDH/RS);
9. Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua;
10. Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência (COEPEDE);
11. Comitê Estadual contra a Tortura (CECT/RS);
12. Presidência da Rede de Direitos Humanos do Sistema de Justiça e de Segurança do RS;
13. Coordenação da Frente Estadual por uma nova política prisional.

O Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM) foi criado em novembro de 2008, com recursos do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, por meio de Convênio entre a DPE/RS e a Secretaria de Reforma do Judiciário, em cumprimento à Lei Maria da Penha. A lei prevê a garantia do acesso aos serviços de Defensoria Pública, mediante atendimento específico e humanizado, a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar. Compete ao Núcleo realizar ações e atividades voltadas à defesa dos direitos das mulheres em situação de violência, em especial a doméstica e a familiar, que configuram violação aos direitos humanos, nos termos da Constituição, da Lei Maria Penha (Lei nº 11.340/06) e consoante documentos internacionais.

Um dos mais relevantes diferenciais da atuação do NUDEM, e, de forma mais ampla, do CRDH/DPE-RS, era a estratégia de empoderamento das mulheres em situação de violência, que não se restringe à defesa e proteção frente ao ato violento. A partir dessa perspectiva, o Núcleo buscava: a) Realizar atendimento sensível, humanizado e especializado; b) Realizar trabalho em parceria e articulado com a rede de proteção às mulheres, do Município, Estado, e União; c) Incidir ativamente nos espaços de debates de políticas públicas; d) Compor equipe multidisciplinar para a prestação de atendimentos; e, e) Realizar oficinas e capacitações sobre o tema com os mais diversos públicos. O Núcleo atua através de capacitações, palestras, participação em audiências públicas, entrevistas, participação permanente na Rede Lilás, apoio aos Defensores Públicos e outras instituições (através de trocas de experiências e materiais), mutirões de atendimento e disseminação do tema.

Por fim, cabe ressaltar que, nesses cerca de três anos e meio de atuação do CRDH-DPE/RS, nunca se teve notícia do falecimento de qualquer assistido por motivo correlato às violências/violações de direitos humanos atendidas neste Centro.

3 O DEFENSORAR POR MEIO DO CRDH/DPE/RS

A Emenda Constitucional de nº 80 de 2014 traz para o texto constitucional, nos termos do seu art. 134, aquilo que já fazia referência a LC nº 80/94, mormente após as alterações procedidas pela LC nº 132/09. A instituição Defensoria Pública torna-se uma instituição permanente, cumprindo-lhe como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados, de forma integral e gratuita, em todas as instâncias.

Sinaliza-se, assim, a ampliação do parâmetro de atuação da Defensoria Pública, com a inclusão da defesa dos direitos coletivos, a promoção dos direitos humanos, a permanência, que indica impossibilidade de extinção, mormente por que cumpre com um direito humano fundamental que é o acesso à justiça; e é o fato de ser expressão e instrumento do regime democrático, o que lhe impõe a obrigatoriedade de defesa da democracia, seja interna, quanto externamente.[2]

[2] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei**

Não se fala há muito em uma assistência judiciária, limitada ao acesso ao sistema de justiça, mas, sim, jurídica, integral, que possibilite não apenas o atendimento individual, mas que focalize na integralidade e na complexidade da pessoa que chega a Defensoria Pública, buscando orientação, capacitação, educação em direitos,[3] conscientização, atendimento multidisciplinar e empoderamento para o exercício efetivo de cidadania.

A atuação na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência[4] possui interlocução com a promoção dos direitos humanos, na medida em que objetiva rever condutas ilícitas, bem como reparar minimamente, através da indenização, o dano causado, além, é claro, dentro do espectro de promoção dos direitos humanos, fomentar políticas públicas que se voltem à efetividade desses direitos, fiscalizando as já existentes e dando voz aos vulneráveis, por meio da participação em conselhos de direitos, a qual lhe permite ampliar o espectro da realidade violatória destes direitos, através da aproximação e da escuta sempre atenta dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil.

É nesse contexto que se insere o CRDH/DPE/RS, conforme podemos observar. A sua sistemática de atuação cumpre com todos os objetivos da Instituição Defensoria Pública, nos termos do art. 3º-A da LC nº 80/94, pois o foco no enfrentamento da violência, enquanto fenômeno complexo que é, faz com que as funções institucionais da Defensoria Pública sejam potencializadas, ofertando-se acolhimento integral, por meio de um atendimento multidisciplinar, o qual permite a escuta, o empoderamento, a conscientização, a

Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) a partir da publicação da Lei Complementar nº 132, a Defensoria Pública recebe adensamento nas suas atribuições, passando a ser considerada "expressão e instrumento do regime democrático", caracterizando um salto evolutivo da Instituição. A presença da Defensoria Pública melhor qualifica a democracia e promove a inclusão das classes sociais que historicamente restavam distantes do acesso à Justiça. A complexização das relações sociais exige do Estado novas e mais versáteis Instituições que possam atender aos anseios da população. A Instituição viabiliza, quando necessário, a postulação, seja judicial ou extrajudicial, com a utilização dos meios e recursos adequados à efetividade dos direitos, tornando-se, portanto, instrumento do Estado Democrático de Direito, na medida em que busca a realização dos direitos assegurados aos cidadãos. Ou seja, a Defensoria Pública transmuda-se mais uma vez, daquela Instituição destinada a prestar atendimento jurídico integral e gratuito, para a expressão e instrumento de realização do regime democrático. A definição elucida a vinculação, realizada pelo legislador constituinte, de que a democracia somente vinga em um Estado que respeita a dignidade da pessoa humana, e a Defensoria Pública, nesse contexto, deve ser considerada essencial ao processo de concretização dos direitos conferidos à pessoa humana. (...)." p. 2/3.*

[3] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) o Defensor Público passa a ser considerado também um agente de educação jurídica, sendo uma das suas atribuições institucionais a divulgação dos direitos humanos. O conhecimento acerca dos direitos e deveres de cada um não só previne litígios, como também enseja maior reflexão sobre os atos da vida. (...) Assim, reconhece-se o poder-dever do Defensor Público de dialogar com os assistidos, disseminando o conhecimento jurídico, bem como a competência e atribuição da Instituição para a promoção dos direitos humanos, capacitando a população para o exercício da cidadania. Ora, se a difusão dos direitos humanos passa a ser considerada atribuição dos Defensores Públicos, ela naturalmente tem como consequência uma nova consciência nos cidadãos, que se reconhecem como sujeitos de direitos. E, cientes deste conhecimento, evidentemente passarão a exigir a sua implementação pelo Poder Público. O aprendizado não é um fim em si mesmo, mas tem por objetivo a intervenção na realidade social, com o objetivo de transformação. A educação sobre os direitos pode transformar a compreensão do contexto onde o indivíduo vive, o papel das Instituições, as possibilidades e as limitações próprias do ser humano, gerando um agir refletido sobre os atos da vida. (...)." p. 6/7.*

[4] DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: *"(...) Como resultado da atuação na difusão dos direitos humanos, o Defensor Público deve dar uma resposta, dentro do ordenamento jurídico, para aqueles que, de alguma forma, sofreram opressão, seja por parte do Estado ou não, observando a eficácia horizontal e vertical do ordenamento jurídico. A ênfase na reparação dos direitos violados tem como objetivo amenizar as consequências da violência, obtendo uma reparação que, se efetivamente não irá apegar a lembrança do ocorrido, poderá responder à dor sofrida com o recebimento de merecidas indenizações. (...) A reparação por meio de indenizações é medida mínima que o Estado pode oferecer ao ofendido. Essa atividade assume importância, primeiro, porque recupera a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, apagando a sensação de impunidade e inoperância do Estado para com a satisfação das suas necessidades. E mais, promove a paz social na medida em que os assistidos passam a confiar em que o Estado pode operar em seu favor (e não apenas contra eles), afastando a necessidade de vingança privada. (...)." p. 7.*

educação em direitos, fortalecendo a pessoa em sua totalidade enquanto ser humano que é, inclusive, com a confecção de planos de segurança, dependendo do caso em concreto.

Além disso, a realização de um trabalho em rede tem por intuito a fiscalização, bem como proporcionar tensão nos demais órgãos, fortalecendo e buscando o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, para além da sugestão da confecção de políticas novas, as quais atendam as necessidades da população vulnerável, a qual se vê dentro dos parâmetros das 100 Regras de Brasília, consistindo a vulnerabilidade em algo bem mais além do critério meramente econômico, na medida em que vinculada a idade, gênero, estado físico ou mental, etnia, cultura, migração, pobreza, privação de liberdade, entre outros, que são circunstâncias que encerram maiores dificuldades para exercer com plenitude ante o sistema de justiça os seus direitos (ROCHA, 2013).

Nas palavras de Rocha:

> A razão de existir da Defensoria Pública é o ser humano em condição de vulnerabilidade, cabendo-lhe, enquanto serviço público, adotar as providências jurídicas e políticas, extrajudiciais e judiciais a conferir-lhe a dignidade necessária ao bem viver. Não interessa apenas ao seu Usuário, mas a toda a sociedade, diante da indivisibilidade dos direitos humanos e da interligação que caracteriza a sociedade contemporânea.[5]

No contexto de uma nova 'escravidão', conforme bem resume Rocha (2013), de uma escravidão rebatizada, uma vez que não se pode considerar livre quem não tem onde morar, quem não pode se expressar livremente, quem não teve acesso a um julgamento justo, quem não é ouvido em projetos que lhe atingem, entre outros, a aproximação da Defensoria Pública aos movimentos sociais, as suas lideranças, bem como as organizações da sociedade civil, é de crucial e fundamental importância, o que é objeto de extrema atenção por parte do CRDH/DPE/RS.

A sociedade civil e os movimentos sociais são os grandes responsáveis pela construção dos direitos humanos, a constante troca e compartilhamento de ideias com os movimentos, são o que permite a Defensoria Pública oxigenar-se democraticamente, não se encastelando na burocracia que é inerente ao sistema de justiça.

Boaventura de Sousa Santos (2011) descreve com propriedade o sistema de justiça, focando, inclusive, no ensino do direito e na formação profissional, revelando, o que observamos na prática, que o sistema judicial foi criado, não para um processo de ruptura, de inovação, mas para um processo de continuidade, de continuidade das desigualdades, diríamos.

Santos (2011) acentua que nesse sistema domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, enquanto sendo o direito um fenômeno autônomo em relação ao que ocorre na sociedade; uma concepção restritiva desse direito, de ser apenas o que está nos autos do processo; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos, que se manifesta de múltiplas formas: através da prioridade do direito civil e penal; de uma cultura generalista; da desresponsabilização sistêmica, com a transferência de culpa para fora do sistema, ou seja, o problema nunca é conosco; o privilégio do poder, na medida em que não se veem os agentes do poder em geral como cidadãos com iguais direitos e deveres; o refúgio burocrático; a independência como autossuficiência; e o que chama de sociedade longe.

Nesse sentido,

> A sexta manifestação desta cultura normativista técnico-burocrática é ser, em geral, competente a interpretar o direito e incompetente a interpretar a realidade. Ou seja, conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, as violações de direitos humanos, as pessoas a sofrerem, as vidas injustiçadas. Como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil de ideias dominantes. Aliás, segundo a cultura dominante, o magistrado não deve ter sequer ideias próprias, deve é aplicar a lei. Obviamente que não tendo ideias próprias tem que ter algumas ideias, mesmo que pense que não as tem. São as ideias dominantes que, nas nossas sociedades, tendem a ser as ideias de uma classe

[5] ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

> política muito pequena e de formadores de opinião, também muito pequena, dada a grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que se cria um senso comum muito restrito a partir do qual se analisa a realidade. Este senso comum é ainda enviesado pela suposta cientificidade do direito que, ao contribuir para a sua despolitização, cria a ficção de uma prática jurídica pura e descomprometida.[6]

O que Boaventura descreve é tudo do qual a Defensoria Pública precisa se afastar, não apenas por que somos uma Instituição contrapoder, conforme já citei Caio Paiva, mas por que constitucionalmente somos expressão e instrumento da democracia. Inexiste democracia sem um rol mínimo de direitos humanos fundamentais, e esses direitos são produtos de construções históricas e sociais, as quais se travam em campos outros que não apenas no judicial, portanto, a sistemática de atuação do CRDH/DPE/RS, ao primar e firmar as funções institucionais da Defensoria Pública, nos termos do art. 4º da LC nº 80/94, vê que o fortalecimento do trabalho em rede, por meio da participação em Conselhos de Direitos e através da aproximação e da parceria desenvolvida com os movimentos sociais, suas lideranças e organizações da sociedade civil, os quais são agentes responsáveis pela construção desses direitos, é o verdadeiro motor da democracia, e o acolhimento integral fornecido empodera e fortalece a cidadania política, permitindo resistência e a continuidade na luta pela defesa dos direitos.

Como salienta Boaventura de Sousa Santos (2011), a Defensoria Pública dentre outras Instituições do sistema de justiça, é aquela que possui melhores condições de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida, cumprindo aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e conhecimento dos direitos têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes.

Aí está à revolução da nossa sistemática de atuação, ela permite verdadeiramente uma assistência jurídica que condiz com um acesso a uma ordem jurídica que se requer justa, ela permite mais do que isso, ela busca efetiva justiça social, o que vai ao encontro de um dos nossos objetivos enquanto razão de existir que é a redução das desigualdades sociais. E esse é o nosso olhar sistémico de defensorar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivenciando um momento político e institucional no país que exige, mais do que nunca, o reafirmar dos ideais democráticos. O sistemático desmantelamento e surrupiamento dos direitos da população mais vulnerável exige uma postura ativa da Instituição Defensoria Pública, pois se é instrumento e expressão do regime democrático está a existir para e pela democracia.

Assim, procurou-se no presente artigo correlacionar a sistemática de atuação do CRDH/DPE/RS com os objetivos e as funções institucionais da Defensoria Pública, dando conta de que a sua forma de defensorar é revolucionária porquanto trabalha com a reconceituação do que seja a Defensoria Pública enquanto Instituição que é.

Mais do que o cumprimento das nossas funções institucionais de prestar acolhimento integral, multidisciplinar, de atuar na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência estatal, tortura e, na espécie, da mulher vítima de violência, da assistência jurídica integral e da promoção e difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, pensamos que o nosso trabalho tem por missão contribuir na construção da própria cidadania, a qual no Brasil vem sendo construída num longo caminho que não pode se dissociar da sua história, bem como da sua estrutura enquanto sociedade, que, desde a Colônia, traz uma base escravocrata, patrimonialista e elitista, uma vez que de acordo com Carvalho (2004) o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido, uma vez que o exercício de certos direitos, não gera automaticamente o gozo de outros, razão pela qual a cidadania inclui várias dimensões.

Entendendo com Souki (2006), no entanto, que cidadania é um método de inclusão social, temos por missão constitucional o dever de providenciar na inclusão dos chamados cidadãos subintegrados, de acordo

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

com Neves (2006), aqueles que embora lhe faltem condições reais de exercer os direitos constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e das responsabilidades do aparelho repressivo estatal, sendo integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados, mas não como detentores de direitos.

Boaventura de Sousa Santos (2011) nos convoca para uma revolução democrática da justiça e nós convocamos a Defensoria Pública para uma revolução democrática por meio da sistemática de atuação e de defensorar do CRDH/DPE/RS, pois como o mesmo autor nos enfoca: *"sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada."*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. **Lei Complementar n. 80/94.**

_____. **Lei Complementar n. 132/09.**

PAIVA, Caio Cezar. Prática Penal para a Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUKI, Lea Guimarães. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. Civitas - Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, p. 39-58, 2006.

EDUCAÇÃO E O MERCADO: PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (PNEDH) SOB UM VIÉS DE JUSTIÇA SOCIAL

Maurinice Evaristo Wenceslau (PPG-DH/UFMS/LEDD)

Floranc Felipe Curi (FADIR/UFMS/LEDD)

Resumo: Um passo desafiador para a educação é incluir uma população com toda sua diversidade cultural, para proporcionar uma educação de qualidade capaz de inserir o indivíduo não só no mercado, mas também na vida social. Nessa concepção, estabeleceu-se como objetivo verificar os eixos de atuação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) em relação ao interesse do mercado, no qual retoma a polêmica da educação mercantilizada e sua privatização. Tal questão envolve o compromisso do PNEDH em fornecer uma educação de qualidade que converta os valores materiais proposto pelo mercado em valores humanos, capazes de diminuir desigualdades sociais. Para isto, a metodologia de abordagem utilizada para discorrer sobre o objeto do tema será o dedutivo com método de pesquisa qualitativa na análise de categorias eleitas nos eixos de atuação do PNEDH. Assim, pretende-se demonstrar a relevância de desenvolver a Educação em Direitos Humanos em todos seus eixos de atuação capazes de não só influenciar as políticas de mercado, mas também para uma cultura social de justiça e paz, visto que este documento prevê possibilidades de exercícios de cidadania que encontra no Estado Democrático de Direito um campo propício para o seu desenvolvimento.

Palavrasa-chave: EDUCAÇÃO EM DIRETOS HUMANOS, MERCADO, CIDADANIA, JUSTIÇA SOCIAL.

Abstract: A challenging step for education is to include a population with all its cultural diversity, to provide a quality education that is able to launch the individual not only on the market, but also in social life. In this conception, has established itself as objective to verify the axes of action of the National Plan for Human Rights Education (PNEDH) in relation to the interests of the market, in which reproduces the controversy of commercialized education and its privatization. This question involves the commitment of PNEDH in providing a quality education that converts the material values proposed by the market in human values, capable of reducing social inequalities. To this end, the methodology of approach used to talk about the object of the theme will be the deductive method with a qualitative research method in the analysis of categories elected on shafts of PNEDH. Thus, it is intended to demonstrate the relevance of developing education in human rights in all its axes of action able not only to influence the policies of the market, but also to a social culture of justice and peace, since this document provides possibilities for exercises of citizenship that is in a Democratic State of law a field ripe for its development.

Keywords: EDUCATION IN HUMAN RIGHTS, MARKET, CITZENSHIP, SOCIAL JUSTICE.

Notas Introdutórias

O momento atual impõe relevantes desafios para assegurar na sociedade direitos, justiça social e igualdade diante dos desígnios do mercado atendidos pelo Estado, depositando na educação o ensejo de transformar a sociedade sob um viés de justiça. O problema é que o mercado impõe direitos individuais com prioridade absoluta até como questão de justiça.

Como resultado desse impasse, surge a necessidade de análise do conceito justiça, que para Rawls é a primeira virtude que deve priorizada nas instituições sociais como se busca a verdade em todos os sistemas de pensamento (RAWLS, 2002, p. 3), visto que toda atividade humana se baseia naquilo que ela acredita ser a melhor escolha, alicerçada em premissas aceitas como verdadeiras.

Assim sendo, a Educação em Direitos Humano se torna um instrumento de cidadania essencial para o desenvolvimento humano ressaltando a importância de analisar os eixos de atuação do Plano Nacional

de Educação em Direito Humanos (PNEDH) em relação ao mercado. Fomentar a cidadania para Santos é de suma importância por dizer que sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada (SANTOS, 2011, p. 84)

Com o objetivo de equacionar os Direitos Humanos frente aos direitos obedientes aos desígnios do mercado proposto em parceria com Estado, o trabalho pretende-se discutir o surgimento dos Direitos Humanos na formação do Estado, propondo uma análise dos eixos de atuação do PNEDH com mercado, bem como verificar a possibilidade de relacionar em ambos seus interesses com a educação em Direitos Humanos.

A metodologia de abordagem utilizada para discorrer sobre o objeto do tema será o dedutivo, com método de pesquisa qualitativa a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Sobre a opção do método dedutivo, Severino discorre que a ciência trabalha, pois, com raciocínios indutivos e com raciocínios dedutivos. Quando passa dos fatos às leis, mediante hipóteses, est**á** trabalhando com a indução; quando passa das leis as teorias ou destas aos fatos, está trabalhando com a dedução (SEVERINO, 2007 p. 105).

Assim sendo, por meio dessa abordagem qualitativa a pesquisa se realiza a partir do registro disponível de pesquisas anteriores como artigos e teses, se utilizando de categorias te**óricas já trabalhadas por outros** pesquisadores e devidamente registrados, a partir de suas contribuições analíticas (SEVERINO, 2007, p. 122). Outrossim, como critério de seleção do conteúdo foi selecionado como categoria os eixos de atuação do PNEDH, com um foco analítico em relação ao mercado sob um viés de justiça social.

1 O surgimento dos Direitos Humanos na formação do Estado

O surgimento dos direitos está intrinsicamente ligado com a formação do Estado, cujas teorias foram surgindo para justificar não só a formação do Estado, como também a relação do homem com a sociedade. Nesse pensamento, os direitos têm sido pensados quase sempre em articulação com os Estados, como se fossem direitos estatais ou deles decorressem naturalmente, conforme a teoria do contrato social liberal, refletindo a história dos direitos humanos a evolução do Estado moderno, tal não impede de afirmar que o Estado se tornou por vezes um predador dos direitos. Alguns teóricos consideram mesmo que os direitos foram primariamente proteções contra o Estado, como resposta à centralização política do poder (ESTEVÃO, 2011, p. 12).

Para tanto, a preocupação em preservar direitos se evidencia sobre a projeção da dignidade humana. Inicialmente, proposto por Kant, surge para dar ênfase do que seria necessário ao homem para garantir uma vida digna, da mesma maneira que pudesse assegurar como verdade o mínimo que o ser humano deve possuir para garantir sua existência, sendo tal ideia suficiente para justificar a finalidade do homem em si mesmo (*apud* CASTILHO, 2012, p. 134).

O problema é que, com a visão libertária, os direitos fundamentais do homem para viver com a dignidade entram em detrimento com a preocupação do Estado em regular e apoiar o mercado. Assim, o papel do Estado vem sendo continuamente questionado e criticado perante suas políticas públicas, de como o poder é exercido. O próprio conceito de liberdade começa a ser revisto, sendo apresentado por alguns como um caminho para um destino indesejável e cruel, com a globalização produzindo, em todos os locais, exclusão e pobreza (MOREIRA, 2007, p. 75).

Na atual conjuntura, como o Estado neoliberal é influenciado pelo capitalismo, os direitos humanos confrontam-se com sérios desafios que resultam de novas concepções do papel do Estado e do mercado, fazendo com que os direitos tendem a ser obedientes aos desígnios de mercado os direitos individuais passam a ter prioridade absoluta como questão da justiça. (ESTEVÃO, 2011 p. 13).

Diante da questão, surge o comprometimento dos países em harmonizar essa relação em âmbito internacional, se fazendo necessário constar em tratados internacionais o reconhecimento das necessidades humanas como direito perante quaisquer outros, como demonstrados nos diversos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, dentre os quais se destacam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto São José da Costa Rica (CIDH, 1969) e o protocolo Adicional de São Salvador (CIDH,

1999). Percebe-se a tentativa de igualar diante de outros interesses, numa perspectiva horizontal, o direito da dignidade humana no preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

> Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direito constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros (CIDH, 1999).

Diante dos desafios que os Direitos Humanos confrontam com o Estado, por atender os desígnios do mercado, emerge o papel da educação na tentativa de equacionar não só os interesses de ambos como também mitigar as desigualdades sociais. Esta é outra preocupação que resulta da relação entre educação e mercado diante da polêmica em privatizar a educação, visto que dispender preocupações analíticas rigorosas em obter resultados relevantes no sentido de captação da especificidade do funcionamento dos sistemas educativos para analisar a distinção entre o público e o privado pode-se revelar imprestável (MOREIRA, 2007, p. 33).

A preocupação por especificar o sistema educativo, no pensar de Oliveira e Krohling, veio concomitante com a internacionalização do mercado. Com o fim de atender à demanda dessa mão-de-obra a nível global, a educação, comprometida com o mercado, deposita no ensino profissionalizante uma formação exclusivamente tecnicista que cumpra requisitos de aperfeiçoamento humano voltados às exigências globais (*apud* WENCESLAU, SANTOS, 2009. p. 117).

Observa-se a necessidade do Estado em continuar estabelecendo diretrizes na educação, evidenciando os direitos humanos em questões políticas, com o objetivo de continuar protegendo e almejando por novos direitos garantidores da construção e desenvolvimento da capacidade humana, já que estas são decorrentes de suas próprias lutas por emancipação e transformações de melhores condições de vida.

Ressalta-se a importância de lembrar de como os valores da pessoa humana na Declaração Universal do Direitos Humanos (ONU, 1949) são direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda guerra mundial, numa época em que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na revolução Soviética, por isso em relação ao direitos já proclamados, o processo de proteção global dos direitos do homem é ainda um ponto de partida para uma meta progressiva (BOBBIO, 1922, p. 20).

Nesse contexto, a hegemonia do Estado em promover diretrizes educacionais diante de uma educação mercantilizada pode ser imposta como instância hegemônica capaz de conciliar as decisões privadas com as necessidades coletivas, da racionalidade, do bem comum (MOREIRA, 2007, p. 55).

Portanto, diante desses conflitos de interesses entre os diretos do homem e do mercado para o Estado solucionar, o exercício da cidadania é imensurável para preservar valores humanos diante da exclusão e pobreza social. Nessa concepção, a educação é um instrumento da cidadania eficaz para equacionar os direitos humanos, transformando a sociedade sob um viés de justiça. Tal pensamento se difunde nessas palavras:

> O papel da educação é importante senão a mais importante ainda, no sentido de proporcionar a uma pessoa a possibilidade de apreciar a cultura de sua sociedade e tomar parte em suas atividades, e desse modo proporcionar a cada indivíduo um sentimento de confiança seguro de seu valor próprio (RAWLS, 2002, p. 108).

Inegavelmente, a educação é um instrumento eficaz para cidadania, sendo que no Brasil tais fatos históricos citados anteriormente também impulsionaram transformações na legislação brasileira, principalmente partir da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao consagrar a educação como direito fundamental:

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

Esses direitos fundamentais assegurados pela constituição reflete a concepção de Estado Democrático de Direito, no qual a educação passa a ser também dever do Estado:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Em contraponto, mesmo a educação senso um dever do Estado e direito de todos, decorrem interesses políticos que divergem em seus objetivos constitucionais. Nossa Carta Magna (BRASIL, 1988) reflete, assim, uma combinação de Direitos inerentes ao homem, chamados de Fundamentais, que garantem o acesso à educação e à cidadania, de tal forma que lutar pela cidadania democrática e enfrentar a questão social no Brasil praticamente se confundem num país marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda com a luta pelos Direitos Humanos. Temos uma Constituição que preserva valores sociais, no entanto a realidade brasileira explode em violenta contradição com aqueles ideais proclamados. Sabemos todos que vivemos num país marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda (BENEVIDES, s.d., p. 13).

Desta forma, conceituar e analisar o papel da educação sobre o viés de justiça social, para que o interesse do mercado se adeque às necessidades humanas, capazes de diminuir desigualdades sociais, a educação deve ser traduzida, em todos os seus eixos de atuação, dentro de uma perspectiva constitucional, a diferenciado somente como aspecto de ensino profissionalizante tal qual como o seguinte conceito:

> [...] os conceitos de educação e ensino diferem quanto à sua amplitude e abrangência. Assim, o conceito de educação envolve todas as influências que o indivíduo recebe em sua vida, em diferentes instituições e circunstâncias variadas. O conceito de ensino é mais restrito; é a educação escolar, que se desenvolve em instituições próprias, ou seja, as escolas. Nestes termos, todo ensino é educação, mas nem toda educação é ensino ou educação escolar (MOREIRA, 1998, p.156).

Complementando não só o conceito do tema, como também os aspectos divergentes nos objetivos da educação, Wenceslau e Santos discorrem sobre a influência do mercado e as estratégias do capitalismo, e como têm influenciado em políticas públicas e na formação profissionalizante, criando os "balcões de negócio" no Ensino profissionalizante, sendo gerenciados incrementos e interferências nos setores em que a demanda mercadológica sinaliza como necessário ao desenvolvimento contínuo dos grupos econômicos (WENCESLAU, SANTOS, 2016, p. 116-117).

Consequentemente, ao analisar as desigualdades sociais nos preocupamos com quais critérios de justiça estamos lhe dando para justificar tais disparates sociais, sendo que em nossa própria constituição a abrangência do conceito de educação deveria reduzir as desigualdade e igualar as oportunidades. Resgatando o princípio de igualdade de Aristóteles, cuja igualdade material consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida da desigualdade, Rawls propõe uma Teoria de Justiça por meio do princípio da equidade sob um "véu da ignorância" (RAWLS, 2002. p. 21):

> Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode apresentar propostas, apresentar razões para sua melhor aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça.

Para trabalhar nas pessoas as concepções do que lhe faz bem como também o senso de justiça é mister que analisemos a educação não só para a formação profissionalizante, uma vez que que a educação não se restringe somente nas atividades de ensino desenvolvidas em sala de aula, mas também envolve os aspectos de desenvolvimento humano. Por isso torna-se imprescindível uma análise dos eixos de atuação PNEDH (BRASIL, 2006) e em quais aspectos ela se relaciona com o interesse do mercado.

2 Os eixos de atuação do PNEDH

Antes de adentrar no tópico acima, é saliente enfatizar a concessão dada à educação como direito social na Constituição Federa do Brasil (BRASIL, 1988) em decorrência da instabilidade do próprio pensamento político do Estado. Como toda mudança de pensamento humano reflete o contexto histórico social, nos anos de 1990 novos posicionamentos surgiram sobre políticas públicas devido ao surgimento de novos valores incluídos nos currículos e na organização da gestão dos sistemas de ensino. Essa mudança na educação propõe uma reforma política dentro da escola e do conhecimento. Isso se deve ao fato da emersão de classes sociais com profundas desigualdades oriundas de um sistema capitalista que transforma como base na sociedade a propriedade, o lucro e a exploração de mão-de-obra (SILVA, Y. L. T., 2016, p. 169-170). Esta ideologia neoliberal do capitalismo propõe o seguinte:

> Essa ideologia propõe um sistema de acumulação privada de bens de produção, formando concepções de mundo e de poder baseadas no acúmulo de capital, isto é, quanto maior o capital, maior será o poder que exercera na sociedade, distanciando-se de valores essenciais ao convívio social, para qual a indivíduos de classes dominadas economicamente não vocalizam suas necessidades e interesses [...] contudo, parece ser no interior da escola, onde formalmente as classes sociais se encontram que se procura entender os processos sociais responsáveis pela manutenção das desigualdades de sucesso escolar, ou seja, compreender a produção dos "excluídos do interior" do sistema (SILVA, Y. L. T., 2016, p. 170-172).

Evidencia-se que o próprio sistema capitalista estabelece valores materiais que para manter seu sistema de produção latente intensifica desigualdades desde os primeiros processos de formação escolar, mitigando valores intrínsecos da própria natureza humana. Nesse aspecto, Saviani complementa de como os valores priorizados pela sociedade reflete no processo da Educação:

> A reflexão (1) sobre os problemas educacionais inevitavelmente nos levará à questão dos valores. Com efeito, se esses problemas trazem a necessidade de uma reformulação da ação, torna-se necessário saber o que se visa com essa ação, ou seja, quais são os seus objetivos. E determinar objetivos implica definir prioridades, decidir sobre o que é válido e o que não é válido. Além disso- todos concordam- a educação visa o homem; na verdade, que sentido terá a educação se ela não estiver voltada para a promoção do homem? Uma visão histórica da educação mostra como esta esteve sempre preocupada em formar determinado tipo de homem. Os tipos variam de acordo com as diferentes exigências das diferentes épocas. Mas a preocupação com o homem é uma constante (SAVIANI, 2000, p. 35).

Percebe-se que a questão de valores trabalhados na Educação a torna como uma das primeiras instituições sociais capaz de traduzir os valores mercadológicos presente em bens materiais. Não obstante, a educação pode transformar o saber humano em valores que o capital é incapaz de agregar, já que o objetivo da educação é promover e desenvolver a capacidade humana até o ponto de reconhecer os excluídos como iguais perante uma cidadania mais ativa, para que todos promovam e participem de políticas públicas cobertos sobre um mesmo véu: o da ignorância de Rawls (2002), para uma sociedade mais justa.

Nesse sentido, o autor relaciona a injustiça também com o aspecto da desigualdade, quando simplesmente surgem desigualdades que não beneficiam a todos (RAWLS, 2002, p. 66). As desigualdades sociais surgem concomitantemente, quando a sociedade elenca valores que são aceitos como verdade (RAWLS, 2002, p. 3-4), como aconteceu na relação do poder concedida ao homem possuidor de propriedade concedido pelos demais e depois na formação do Estado pelo poder que o circunda (ESTEVÂO, 2011, p. 13). Assim, o valor da cidadania se confronta com os valores materiais impostos pelo mercado (ESTEVÂO, 2001, p. 13), que acabam sendo mitigados por aqueles que possuem maior acúmulo de capital como forma do homem buscar seu bem-estar individual (RAWLS, 2002, p. 8).

Certamente para garantir o desenvolvimento de valores na educação, para não dissipar no tempo, a Constituição Federal estabelece princípios que norteiam todo o sistema educacional, conforme alguns que se seguem:

> Art.206 O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

> II-liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III-pluralismo de idéias (sic) e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
>
> IV-gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (BRASIL, 1988).

Sem desprestigiar nenhum dos princípios que norteiam o sistema educacional, darei destaque ao princípio da liberdade do saber e da igualdade de condições, que merecidamente vem refutar a ideologia do capitalismo que prestigia o acúmulo de capitais que resulta em desigualdades sociais, no qual não pode impedir o direito de igualdade de acesso e permanência nas escolas independente de possuir bens materiais. Observa-se que os princípios garantem a todos, de forma igual, o acesso a uma educação mais livre para pensar com concepções pedagógicas universais, direcionando tanto as instituições públicas como privadas.

Observa-se há conversão de valores de valores materiais em humanos nos objetivos da Educação em Direitos Humanos proposto no PNEDH (BRASIL, 2006) bem como os principais documentos internacionais de direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, incluindo demandas antigas e contemporâneas de nossa sociedade para efetivação da democracia. Tais documentos alcançam relevância por visar à construção de uma sociedade que mesmo explorando todo seu potencial para um desenvolvimento não dispensa a justiça social e a construção de uma cultura de paz (BRASIL, 2006, p.11).

Observam-se os interesses do mercado que se volta ao desenvolvimento econômico do país até por meios de tratados internacionais, mas o Estado Brasileiro também afirmou princípios dos direitos humanos em acordos internacionais, visto que estes são universais, indivisíveis e interdependentes, e não dependentes do interesse do mercado. Decerto que, todas as políticas públicas criadas no País devem observar, em suas implementações, os princípios para construção de sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã (BRASIL, 2006, p.11).

Como resultado, verifica-se um elo de ligação entre a cultura, democracia e cidadania, por combinar o instrumento da cidadania com o regime democrático inserido na cultura educacional, gerando valores intrínsecos relativos a própria natureza humana capazes de desenvolver qualquer mercado garantidor de direitos inerentes ao ser humano. Consequentemente, questionamentos sobre os valores sociais se tornam capazes de refletir no desenvolvimento social mesmo com toda a sua estrutura de políticas de mercados, podendo os tornar mais justo na distribuição de oportunidades.

É possível perceber no documento que o governo brasileiro assume um compromisso no qual deve promover uma educação de qualidade para todos, por ser essencial ao desenvolvimento humano, assim entendido como direito de todos, incluindo o ensino fundamental, educação infantil, do ensino médio, da educação superior incluindo as diversas modalidades de ensinos, incluindo aqui os cursos profissionalizantes específicos para atender o interesse do mercado (BRASIL, 2006, p. 11). Ressalta-se que as questões levantadas como humanitárias na educação estão voltados ao aspecto intrínseco do homem, da percepção do seu lugar no mundo, em seu tempo e espaço histórico e geográfico, como também em sua posição sócio cultural, visto que todos esses fatores interferem no desenvolvimento humano que, como sempre, interfere no aspecto político e econômico do País.

Além disso, se é direito de todos à educação de qualidade, é também dever dos governos democráticos garantir a educação a todos, como para com as pessoas com necessidades especiais, como também na profissionalização de jovens e adultos, na erradicação do analfabetismo e a valorização dos(as) educadores(as) da educação, sendo que essa educação com qualidade se dará desde a formação inicial e continuada, que deve explorar os eixos do conhecimento juntamente com os Direitos Humanos. Demonstra-se que a educação de qualidade trata não só de transferir o conhecimento, como também em aflorar no homem a necessidade de compartilhar, tolerar e respeitar os direitos dos demais como valores humanos a serem priorizados nos cinco grandes eixos de atuação: Educação Básica; Educação Superior; Educação Não-Formal; Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública e Educação e Mídia (BRASIL, 2006, p. 13).

Em todos esses eixos da atuação de educação do conhecimento somados com os direitos humanos já impacta na formação sócio cultural do indivíduo, pois mesmo que este não complete até ao fim na educação

superior, os outros meios como a educação na mídia e a não-formal irá ajudar a desabrochar a semente da cidadania já plantada desde à sua formação inicial, pois não tem como desenvolver o pensamento no conhecimento sem permitir primeiro a sua liberdade de pensamento que deve estar apto para tomar decisões mais coletivas e menos egoísta. Ressalta-se que é nesse ponto das escolhas que diretamente interferi no mercado seja como consumidor, trabalhador ou empregador, pois não importa a posição em que se ocupa, mas a sua formação sobre concepção humana em relação com os outros no qual possui a mesma natureza e necessidade.

Ressalta-se neste ponto que quem compõe, dirige e mantém o mercado são os indivíduos que integram a sociedade, e sua transformação em cidadãos mergulhados em valores intrínsecos ligados à natureza e sobrevivência humana resultam da atuação dos objetivos refletidos na atuação do PNEDH (BRASIL, 2006), como a dignidade humana, capaz de conciliar valores entre o interesse do capitalismo e os Direitos Humanos com o fim de diminuir desigualdades.

Essa preocupação de trabalhar os direitos humanos e a formação da cidadania, mesmo que por meio de debates, se apresentou com maior relevância a partir dos anos 1980 e 1990, por meio de questões propostas pela sociedade civil organizada e de ações governamentais no campo das políticas públicas. Essa expressão de pensamento com liberdade encontrou dentro dos braços da democracia espaço para regulamentar esses direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que por meio da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), formalmente consagrou o Brasil como Estado Democrático de Direito. A partir desse momento o país passa a ratificar os mais importantes tratados de Direitos Humanos, além de reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Diretos Humanos e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2006, p. 22-23).

Verifica-se que o tema alcança projeções globais, apresentando similaridade também com a economia de mercado globalizada, que estrategicamente ultrapassa limites territoriais para conquistar uma diversidade de consumidores com culturas diferentes mas com idênticas necessidades naturais, com o fim de manter-se num equilíbrio econômico financeiro.

Não obstante, os direitos humanos também ultrapassa limite territorial para estabelecer parâmetros dignos de qualquer ser humano em qualquer lugar no mundo com respeito à dignidade da pessoa humana, que transcende em qualquer cultura e território, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, gênero, classe social, região, cultura, religião, orientação sexual, identidade de gênero, geração e deficiência. Em contrapartida, garantir a efetivação desses direitos para uma vida digna com saúde, educação, lazer, moradia entre outros requer um processo de construção da concepção de cidadania e uma formação consciente de direitos e deveres (BRASIL, 2006, p. 23). Portanto, se a concepção de cidadania é instrumento para formação e preservação de Direitos Humanos, seu conceito surge como base para esse processo de construção, podendo ser definido nessas palavras:

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 1998, p.14).

Percebe-se também que a cidadania, relaciona-se com o conceito de justiça como virtude para Rawls, por ser uma das formas de rejeitar ou por em revisão qualquer teoria no qual possa ser questionada como não verdadeira dentro de um sistema de pensamento; da mesma forma que leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou absolvidas se são injustas (RAWLS, 2002, p. 3-4).

Para transformar alunos em cidadãos, o regime democrático é fundamental para reconhecimento, a ampliação e a concretização dos direitos, visto que ela está alicerçada na soberania popular, na justiça social e no respeito integral aos Direitos Humanos (BRASIL, 2006, p. 24). Percebe-se esse reconhecimento de direitos em nossa própria Constituição Federal Brasileira e na Lei de diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB - Lei Federal nº 9394/1996) em que afirmam o exercício da cidadania como uma das finalidades da educação (BRASIL, 2006, p. 9).

Nesse patamar, o Estado democrático de direito delineou para as Instituições de Ensino Superior (IES), a urgência em participar da construção de uma cultura de promoção, proteção, defesa e reparação dos direitos humanos por meio de ações interdisciplinares, pois ao relacionar as múltiplas áreas do conhecimento

descobre-se que há inúmeras formas diferentes de introduzir a temática dos direitos humanos no ensino de graduação e pós-graduação, pesquisa e extensão (BRASIL, 2006, p. 37). Veja-se que trabalhar a temática com ações interdisciplinares alcança as várias formações profissionais que mais tarde atuará no mercado de trabalho, tornando esses profissionais molas propulsoras para uma cidadania democrática.

Em relação à educação não formal, os espaços para trabalhar essas atividades se encontram em inúmeras dimensões por incluir ações das comunidades, dos movimentos e organizações sociais, políticas e não governamentais até as do setor da educação e da cultura. Percebe-se a possibilidade de trabalhar a educação de uma maneira não formal em movimentos sociais, entidades civis e partidos políticos estimulando os grupos sociais a refletirem sobre as suas próprias condições de vida no contexto histórico no qual se haja inserido para perceber o papel que desempenha na sociedade contemporânea (BRASIL, 2006, p. 43).

Por consequência, os valores aceitos como verdade sobre um sistema de pensamento como virtude (RAWLS, 2002), impulsionam uma transformação dos valores sociais capazes de gerar ações coletivas direcionadas às necessidades primordiais de grupos ou comunidades perante o encaminhamento de suas principais reivindicações na formulação de propostas ou reformas nas políticas públicas.

Em outras palavras, a organização política do Estado deve considerar necessidades de todos seus integrantes, para que além de serem atendidas diante de uma educação formadora de indivíduos em cidadãos convertam os valores materiais proposto pelo mercado em valores humanos.

3 Considerações Finais

Retomando-se ao princípio de equidade de Rawls (2002) percebe-se que para retornarmos à posição original onde estaremos cobertos pelo "véu da ignorância" deve-se trabalhar a educação não só para buscar ou transmitir conhecimento, no qual são aptos somente em atender as necessidades do mercado, mas também para desenvolver no ser humano saberes e aptidões capazes de conscientizar qualquer profissional do mercado de trabalho sobre seu papel como cidadão, sujeito de direitos e deveres amparados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse processo de construção do conhecimento humano, percebe-se que há o desenvolvimento de capacidades e habilidades naturais do homem que podem ser aceitos e valorados como verdade, conceituado como virtude por Raws (2002). Tal proposta reflete-se nos objetivos que regulam a Educação em Direitos Humanos traçados nos eixos de atuação formal e não-formal proposto pelo PNEDH (BRASIL, 2006).

Desse modo, é possível relacionar a Educação em Direitos Humanos com o interesse do mercado, equilibrando o interesse de ambos num ponto comum: valores humanos. A imprescindibilidade de harmonizar o interesse de ambos é vital, visto que o mercado além de suprir necessidades humanas também oferece um ideal de realização pessoal baseado no acúmulo de capital em detrimento da maioria desprivilegiada.

Para isto, a metodologia de abordagem dedutiva com opção pelo método de pesquisa qualitativa na análise de categorias eleitas nas linhas de ação em Educação em Direitos Humanos, ressalta os objetivos do documento inseridos na formação inicial do indivíduo, que de forma continuada, refletirá na construção do pensamento humano antes mesmo de ser inserido no mercado de trabalho. E, diante da necessidade humana a ser suprida por bens materiais oferecidos pelo capitalismo globalizado e deste pelos seus consumidores, percebe-se que é possível conciliar os interesses entre ambos na convergência de valores como o de fomentar políticas públicas voltadas a priorizar em preencher lacunas estritamente necessárias na sobrevivência humana ao invés de transpor valores humanos em materiais.

Diante disso, formar o indivíduo requer uma educação com qualidade, construindo cidadãos com finalidade de fomentar a liberdade, cujo processo de desenvolvimento do saber se funda em valores de solidariedade, respeito e justiça. Por certo, um dos primeiros passos é incorporar no sistema de ensino um despertar sobre o surgimento dos Direitos Humano diante do poder tutelado pelo Estado, no qual permite a influência do mercado e as estratégias do capitalismo em suas políticas públicas e no ensino profissionalizante.

Em suma, o Estado somos nós. Se este apresenta desigualdade e exclusão social é devido à ausência de

participação de seus próprios integrantes que ao invés de fomentar e exigir do poder estatal políticas públicas que atendam a necessidade de toda uma coletividade, acaba por individualizar seus interesses como faz o mercado, sendo parte de uma minoria. Não obstante, com o fim de diminuir as diferenças e proporcionar meios de acesso igualitários a educação deve ser trabalhada sempre sobre um viés transformador do ser humano para uma justiça social.

Referências Bibliográficas

BENEVIDES, M. V. M **Democracia e Direitos Humanos: Reflexões para os jovens**. São Paulo, sem data. Disponível em: <http:dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4_7_maria_victoria_democracia_dh.pdf> acesso em 17/10/2017

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado. tmh> acesso em: 01 set. 2017

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: 2006.

CASTILHO, R. **Filosofia do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acesso em 30/01/2018.

_____. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos econômicos, sociais e culturais, "Protocolo de San Salvador", 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> acesso em 15/02/2018.

DALLARI, D.A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

ESTEVÃO, C. V.(2011) Democracia, Direitos Humanos e Educação. **Para uma perspectiva crítica de educação para os direitos humanos**. Revista Lusófona de Educação 17.(P. 11-30). Disponível em : <CV Estêvão - Revista Lusófona de Educação, 2011 - redalyc.org> acesso em 15/10/2017.

ESTÊVÃO, C. V. Políticas & valores em educação**. Repensar a educação e a escola pública como um direito.** Vila Nova de Famalicão: Húmus, 2012, p. 17 – 29.

MOREIRA, O. R. **Políticas Públicas e o Direito à Educação**. Belo Horizonte: Fórum 2007.

MOREIRA, R. Capítulo 7 – **A estrutura didática da educação básica**. In: MENESES, J.F.C et al. Estrutura e funcionamento da educação básica: leituras. São Paulo: Pioneira, 1998.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, B. S. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, ed. 3.

SAVIANI, D. **EDUCAÇÃO: DO SENCO COMUM À CONSCIÊNCIA FILOSÓFICA.** Campinas: Autores Associados**,** 1996, ed. 11**..**

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2007, ed.23.

SILVA, Y. L. T. **DOCUMENTOS CURRICULARES NACIONAIS COMO TRADUÇÃO DE POLÍTICAS DE ESCOLA E DE CONHECIMENTO.** In: SILVA, F.C.T.; RASSLAN, M.C. (Org.). OBSERVATÓRIO DE CULTURA ESCOLAR: estudos e pesquisas sobre escola, currículo e cultura escolar. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, v. 2, p. 169 -186.

WENCESLAU, M. E; SANTOS, D. O. **ARTICULAÇÃO DA PESQUISA JURÍDICA: O PNEDH e as Produções do CONPEDI em Educação em Direitos Humanos**. *In*: SILVA, F.C.T.; RASSLAN, M.C. (Org.). OBSERVATÓRIO DE CULTURA ESCOLAR: estudos e pesquisas sobre escola, currículo e cultura escolar. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, v. 2, p. 109 -130.

A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI N.º 13.467/2017, REFERENTE À ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT

THE RESTRICTION OF ACCESS TO JUSTICE IN LAW N.º 13.467 / 2017, ON THE AMENDMENT OF ARTICLE 790, §3 AND §4 OF THE CLT

Simone Stefani Signori[1]

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar, sob o enfoque do direito fundamental do acesso à justiça e da pesquisa empírica de julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, as consequências da alteração do Artigo 790, §3º e §4º da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 13.467/2017, que instituiu a Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Acesso à justiça, reforma trabalhista, justiça gratuita, insuficiência de recursos.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the consequences of the amendment of Article 790, §3, and §4 of the Consolidation of the Labor Laws, under the fundamental right of access to justice and the empirical research of the Regional Labor Court of the 4th Region. Work, introduced by Law no. 13467/2017, which instituted the Labor Reform.

Keuwords: Access to justice, labor reform, free justice, lack of resources.

INTRODUÇÃO

O Presidente da República Michel Temer (interino) editou o Projeto de Lei n.º 6.787 (chamada de minireforma trabalhista), em dezembro de 2016, encaminhando ao Congresso Nacional. A grave crise econômica, a recessão e a onda de desemprego crescente foram algumas das justificativas apresentadas (LEITE, 2017).

Em sua redação original, a PL 6.787/2016 alterava a Consolidação das Leis do Trabalho em apenas seis artigos da parte do direito material e um artigo da parte do direito processual. Entretanto, o relator, Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB/RE) modificou substancialmente o projeto de lei, passando a ser numerado como PL 38/2017 (LEITE, 2017).

O PL 38/2017 tramitou em tempo recorde na Câmara e no Senado Federal, tendo sido sancionada na íntegra pelo Presidente da República Michel Temer e convertido na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (publicada em 14/07/2017), entrando em vigor 120 dias após a data da sua publicação (LEITE, 2017).

É evidente o curto tempo em que a PL 38/2017 tramitou no Congresso Nacional, diferentemente do que ocorreu com o projeto de lei do Código de Processo Civil de 2015. Porém, neste artigo, opta-se por tecer breves comentários sobre a alteração do artigo 790 e seus parágrafos §3º e §4º da CLT, introduzido pela Lei n.º 13.467/2017, a qual poderá dificultar o acesso do trabalhador, dito hipossuficiente, na justiça laboral.

Nesse sentido, o artigo analisa a reforma trabalhista, o regramento da justiça gratuita na legislação infraconstitucional e uma possível redução do acesso à justiça, com a inserção da exigência da comprovação de hipossuficiência econômica, em patamar nunca antes exigido.

Por fim, passa-se a verificar o posicionamento do TRT4 a respeito da reforma trabalhista, referente ao art. 790, §3º e §4º da CLT, com a apresentação de algumas observações após a realização de uma pesquisa empírica de julgados a respeito, assim como pelo estudo dos enunciados advindos das duas jornadas sobre a reforma trabalhista realizadas no Tribunal.

[1] Mestra em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle – UNILASALLE. Especialista em Direito Público pela ESMAFE/RS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Email: simone.s.s@terra.com.br.

1 DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 790, §3º E §4º DA CLT: NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

A Justiça do Trabalho tem a incumbência de solucionar os conflitos no âmbito trabalhista. Para os casos de dissídios individuais, onde os beneficiários são pessoas determinadas, individualizadas, as Varas do Trabalho são investidas da função de processar as ações referentes à esta esfera. Já nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho são ajuizados os dissídios coletivos, que não versam de interesses concretos, mas abstratos em si, pertencentes a uma categoria específica. Ocorre, entretanto, que para utilizar-se da jurisdição, como forma de solução de conflitos, as partes envolvidas devem custear o processo em todas as fases, sendo as custas despesas processuais que o jurisdicionado paga para postular em juízo em razão dos serviços prestados pelo Estado (MARTINS, 2003).

A Lei n.º 13.467/2017 alterou o artigo 790 e seus parágrafos §3º e §4º da CLT, passando a exigir a comprovação da hipossuficiência econômica (com parâmetros predefinidos na lei) para pleitear o benefício da gratuidade da justiça na justiça do trabalho. Senão vejamos o referido artigo:

> Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.
>
> § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Conforme se observa no dispositivo *supra,* a reforma trabalhista criou nova regra para concessão da justiça gratuita, com a inclusão do §3º do artigo 790 da CLT. Nessa senda, a lei faculta ao juiz conceder o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS.

Em suma, o teto da previdência, no ano de 2018, perfaz o montante de R$ 5.645,80 (Cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos)[2]. Logo, para aqueles com renda de até R$ 2.258,32 (Dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois centavos), seria uma faculdade ao juiz conceder, ou não, o benefício da gratuidade da justiça.

De outra monta, conforme teor do §4º do artigo 790 da CLT, a parte deverá comprovar a condição de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas, para ter direito à concessão da justiça gratuita.

No texto anterior, não havia a exigência de comprovação de um patamar de salário para a concessão do benefício. E, ainda, para obter o benefício da justiça gratuita, bastava a apresentação da declaração de hipossuficiência de recursos para arcar com as custas judiciais. Com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, passou a ser obrigatória a comprovação da insuficiência de recursos, para pleitear o benefício.

A alteração trazida pela redação dos parágrafos 3º e 4º do artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho afigura-se inconstitucional. Na redação anterior do dispositivo, bastava a declaração de hipossuficiência para assegurar a concessão da justiça gratuita. Inclusive, havia casos excepcionais, em que o alto salário do reclamante levava a que o magistrado não lhe concedesse o benefício da gratuidade. Todavia, com a nova redação do dispositivo, traz o risco de ser indeferido o benefício da gratuidade para reclamantes com salários médios, na faixa de 4 a 7 mil reais mensais, por exemplo, por terem receio justificadamente de propor ações trabalhistas, em face da alta possibilidade de não serem beneficiados pela justiça gratuita, ainda que possam comprovar despesas familiares que lhes reduzam o salário efetivamente disponível (CASTRO, 2017).

[2] Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018. Acesso em 27.04.2018.

Antes da reforma trabalhista, nos termos do art. 14 da Lei n.º 5.584/70 na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei n.º 1.060/50, seria prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. O §1º do art. 14 da Lei n.º 5.584/70 estabelece que a assistência judiciária é devida a todo trabalhador que perceber salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo legal, ficando, porém, assegurado idêntico direito ao trabalhador de maior salário, desde que comprovado que sua situação econômica não lhe assegure o seu sustento e de sua família. Senão vejamos:

> Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n.º 1.060, de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.
>
> § 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (grifo nosso).
>
> § 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.
>
> § 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Por conseguinte, veio a Lei n.º 10.288/2001, a qual revogou tácita e parcialmente o §1º do art. 14 da Lei n.º 5.584/1970, ao acrescentar o §10º ao art. 789 da CLT, nos seguintes termos:

> "O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária ao trabalhador desempregado, ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos, ou que declare, sob responsabilidade, não possuir em razão de encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda."

A respeito da Lei 1.060/1950, cabe evidenciar que o STF declarou a recepção do art. 12 pela Constituição Federal de 1988, pacificando a questão, após muitas discussões sobre a compatibilidade com o Art. 5º, LXXIV da Carta Magna. Vejamos:

> **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: ART. 12 DA LEI 1.060/1950 E RECEPÇÃO**
>
> **O art. 12 da Lei 1.060/1950 ("A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita") foi recepcionado pela presente ordem constitucional.** Com base nessa orientação, o Plenário, em julgamento conjunto, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e a eles deu provimento para determinar aos juízos de liquidação e execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferido no curso da fase cognitiva. Vencido o Ministro Marco Aurélio quanto à conversão. **O Tribunal conclui que o art. 12 da mencionada lei seria materialmente compatível com o art. 5º, LXXIV, da CF ("O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos".) Frisou que a taxa judiciária seria tributo da espécie taxa.** Portanto, deveria guardar pertinência com a prestação do serviço público referente à Administração da Justiça, além de ser divisível. Ademais, não obstante estivesse topograficamente fora do Sistema Tributário Nacional, **a doutrina e a jurisprudência em matéria tributária reconheceriam o art. 5º, LXXIV, da CF, como imunidade, por conseguinte assim deveria ser lido o termo "isenção"do art. 12 do diploma normativo impugnado.** Contudo, impediria observar que a norma imunizante seria condicionada por uma situação de fato, a ser comprovada em juízo, qual seja, a insuficiência de recursos econômicos para promover uma ação, sem colocar em risco o próprio sustento e do núcleo familiar. A fim de concretizar a imunidade nos estreitos limites em que justificada, a legislação exigiria do Estado-Juiz a emissão de um juízo de equidade tributária e forneceria para isso os meios processuais adequados, como, por exemplo, a modulação da gratuidade, a irretroatividade do benefício e a possibilidade de revogação do ato concessivo da benesse fiscal. Não seria justo privilegiar tributariamente jurisdicionado que recuperasse sua capacidade contributiva para adimplir obrigação relacionada à taxa, em detrimento de todo corpo social que pagaria impostos sobre as bases econômicas renda, patrimônio e consumo. RE 249003 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015 (RE-249003); RE 249277 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015 (RE – 249277); RE 284729 AgR/MG, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015(RE-284729).[3]

[3] Disponível em: <http://www.emagis.com.br/area-gratuita/informativos-stf/o-art-12-da-lei-1-060-50-foi-recepcionado-pela-cf-88/>. Acesso em 20.05.2018.

Por fim, como já referido, a Lei n.º 13.467/2017, no §3º do art. 790 da CLT mudou sua redação, para exigir daqueles que requererem justiça gratuita, a comprovação de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite dos benefícios da Previdência Social.

Entretanto, evidencia-se que está pendente de decisão final pelo plenário do STF a ADI n.º 5766/2017 (Origem: Brasília, Relator: Min. Roberto Barroso) que analisa a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n.º 13.467/2017, inclusive sobre o tema "justiça gratuita" após o advento da reforma trabalhista.

Importante salientar que, a assistência judiciária gratuita difere do benefício da justiça gratuita. Porém, a assistência judiciária gratuita abrange o benefício da justiça gratuita, sendo este espécie (MARTINS, 2003).

Porém, quando falamos do benefício da justiça gratuita, regulado no art. 790, §3º da CLT, sabemos que o mesmo pode ser concedido, a requerimento da parte ou de ofício, por qualquer juiz, de qualquer instância, a qualquer trabalhador, independentemente de ser ele patrocinado por advogado ou sindicato, que litigue na justiça do trabalho, desde que perceba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios da Previdência Social.

O benefício da justiça gratuita, que será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos (CLT, art. 790, §4º) implicaria na isenção do pagamento de despesas processuais, abrangendo as custas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais.

A inconstitucionalidade da norma é patente, pois viola o contido no art. 5.º, incisos LIV e LXXIV da Constituição Federal. De maneira igual, há nítido conflito com o arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil. (CARVALHO, 2018).

Passo a citar os artigos violados da Constituição e os requisitos para a concessão da gratuidade da justiça previstos no artigo 98 e 99 do CPC:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL
>
> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."
>
> CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
>
> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei *(parágrafos suprimidos).*
>
> Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso. § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. § 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça. § 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade. § 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos. § 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

O CPC prevê o direito à gratuidade de justiça àquele que comprovar insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, porém não traz a exigência de comprovação de salário dentro de determinado patamar, como previu o art. 790, §3º da CLT. Ou seja, na justiça do trabalho há

mais rigidez para a concessão do benefício da justiça gratuita ao requerente, apesar de se tratar de trabalhador, dito hipossuficiente, a quem deveria recair maior proteção.

Referente a esta exigência da comprovação do estado de hipossuficiência econômica, disposta no art. 790, §3º da CLT, a mesma constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e obstáculo a direito fundamental do acesso à Justiça do Trabalho para os trabalhadores, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional (LEITE, 2017).

Analisar a proteção dos direitos fundamentais no Brasil deve ocorrer com base em uma análise sistemática do direito constitucional pátrio. Isso significa que a proteção dos direitos sociais deve dar-se também conforme o direito adquirido, e contra medidas restritivas aos direitos fundamentais. A preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais deve certamente preservar as conquistas existentes, tanto pela concretização normativa como pelos novos posicionamentos jurisprudenciais.

A ideia da proibição do retrocesso legal está diretamente ligada ao pensamento do constitucionalismo dirigente que estabelece as tarefas de ação futura ao Estado e à sociedade com a finalidade de dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades. Em razão disso, tanto a legislação como as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo desses anos de aplicação do direito constitucional com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais (CANOTILHO, 2006).

Canotilho assevera que as cláusulas de evolução reacionária ou de retrocesso social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente, sem alternativas ou compensações. O legislador não pode extinguir ou restringir o direito, violando núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido (CANOTILHO, 2006).

A proibição do retrocesso social confere aos direitos fundamentais, em especial aos sociais, estabilidade nas conquistas dispostas na Constituição Federal, proibindo o Estado de alterar, quer seja por mera literalidade, ou como escusa de realização dos direitos sociais.

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Assim, convém lembrar que, se houver (ou não) menção expressa no direito positivo a um direito à segurança jurídica, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que num Estado de Direito autêntico temos um Estado de segurança jurídica. Do contrário, também "o governo de leis", como expressão da vontade política, poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades (SARLET, 2011).

A ideia de estabilidade inserida no princípio da proibição de retrocesso, não pretende tornar a Constituição e as normas infraconstitucionais imutáveis, mas dar segurança jurídica, preservando os direitos sociais conquistados. Ademais, a segurança jurídica é uma medida contra ações retrocessivas do Estado, ignorando direitos adquiridos. Nesse ponto, os direitos sociais deveriam ser entendidos como irredutíveis e passíveis somente de modificações que aumentassem seu alcance.

A segurança jurídica, na sua dimensão objetica, exige um patamar mínimo de continuidade do direito, já na perspectiva subjetiva, segurança jurídica significa a proteção da confiança do cidadão na continuidade da ordem jurídica, significando uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2011).

A proibição do retrocesso limita a liberdade do legislador de extinguir total ou parcialmente, de modo arbitrário um direito sem criação de outro equivalente. No caso em comento, a alteração legislativa do artigo 790, §3º e §4º da CLT representa uma ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social, tendo em vista que um número menor de trabalhadores terão direito à concessão do benefício da gratuidade da justiça, para o ingresso de demandas junto à justiça do trabalho.

2 DA REDUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

A fim de transpor o óbice financeiro para o acesso à justiça, o Estado brasileiro impôs radical transformação ao instituto da assistência judiciária, ao dispor no ordenamento constitucional em seu art. 5º,

LXXIV que "prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Esta possibilidade de garantir instrumentos de acesso à justiça ao necessitado é de extrema relevância para o cidadão brasileiro, uma vez que, além de o Brasil ser um dos países mais pobres no ranking mundial de pobreza, a maior parte dos procedimentos judiciais possuem custos altíssimos e são cobrados do demandante (CESAR, 2002).

O acesso à justiça é um direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao judiciário, alcança também o acesso ao aconselhamento, consultoria, buscando a justiça social.

O artigo 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal *("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito")* é muito mais abrangente que o acesso ao Poder Judiciário e suas instituições por lesão a direito. Esse direito vai muito mais além, protegendo também a ameaça de direito, e segue-se com uma enorme gama de valores e direitos fundamentais do ser humano. Por tudo isso que, quem busca a defesa dos direitos espera que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, em substituição da força de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social.

Cumpre registrar que o Direito brasileiro, no âmbito infraconstitucional, garantiu acesso à proteção jurisdicional dos hipossuficientes econômicos, por meio da Lei nº. 1.060/50, que estabelece normas para a concessão da gratuidade de justiça ao necessitado. De acordo com a redação do art. 4º, não há necessidade de que o requerente do benefício declare de punho próprio ou em documento apartado, a condição de necessitado. Basta que se faça a afirmativa no corpo da petição, já que o supracitado artigo, em seu §1º proporcionou em favor do requerente a presunção *iuris tantum* da veracidade do alegado, tido como verdadeiro até a prova em contrário (DIDIER/OLIVEIRA, 2005).

Conforme a Lei n.º 1.060/50 verifica-se que o único requisito indispensável para a concessão da gratuidade judiciária é a declaração na exordial de que o jurisdicionado não tem condições de arcar com as custas do processo, sem que isto interfira no seu sustento e no de sua família.

Nesse sentido, salienta-se que o acesso à justiça é um direito fundamental da cidadania, que tem sede constitucional e nas declarações internacionais de Direitos Humanos, e que não pode ser atingido com o advento da Lei n.º 13.467/17.

O artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica assim define:

> "Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza."[4]

Kazuo Watanabe aborda o tema do acesso à justiça com muita propriedade, assim definindo: *"A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa."* (WATANABE, 1988).

O Autor Kim Economides quando trabalhava com o professor Mauro Cappelletti no projeto de Acesso à Justiça de Florença/ Itália trouxe uma duradoura contribuição, em nível mundial, sobre os temas da justiça e cidadania. Relata o autor que, há pouco mais de dez anos desenvolveu um projeto sobre o acesso à justiça na Inglaterra, o qual estabeleceu a importância de se olhar tanto o lado da oferta, quando o lado da demanda de serviços jurídicos, ao mesmo tempo em que evidenciou a complexa relação existente entre os dois pólos. Essa nova perspectiva analítica deriva do fato do problema não estar mais limitado ao acesso dos cidadãos à justiça, mas que inclui também o acesso dos advogados (operadores do direito) à justiça (ECONOMIDES, 1997).

O projeto de Acesso à Justiça de Florença foi desenvolvido em torno da metáfora de três ondas: a primeira onda refere-se à assistência jurídica, a segunda onda traduz-se pela justiça/ interesse público e a terceira onda, conhecida hoje como "abordagem de acesso à justiça", incluindo a justiça informal, o desvio de

[4] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em 17.07.2016.

casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei. O autor também ressalta a existência de uma quarta onda, a qual está relacionada ao movimento de acesso à justiça pelos operadores do direito (inclusive os que trabalham no sistema judicial) à justiça (ECONOMIDES, 1997).

A quarta onda expõe as dimensões da ética e da política na administração da justiça. Em muitas outras sociedades, a lei é percebida como fora do alcance, a justiça é uma utopia distante, um ideal inatingível. Por fim, o autor salienta quais seriam as responsabilidades das faculdades de direito em equipar os futuros advogados, para atenderem às necessidade legais do público, não apenas passando o conhecimento jurídico em si, mas informando aos alunos, algo de valor e do potencial da lei, em termos de seu poder de transformar as relações sociais, bem como para melhorar a condição humana (ECONOMIDES, 1997).

Sobre o acesso à justiça, salienta-se que, embora o acesso efetivo à justiça vem sendo aceito, nas modernas sociedades, como um direito social básico, o conceito de efetividade ainda é vago. A efetividade plena poderia ser expressa como uma completa "igualdade de armas", porém muitos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados (CAPPELLETTI, 1988).

Segundo Cappelletti, o "acesso à justiça" possui difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob as promessas do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos e a justiça social pressupõe o acesso efetivo. O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos. (CAPPELLETTI, 1988, pág. 08).

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido reconhecido e ganhou maior importância entre os novos direitos individuais e sociais, pois a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos de reivindicação.

Sobre a problemática do acesso à justiça, Cappelletti conclui que o nosso Direito é realmente complicado, pelo menos na maior parte das áreas e ainda permanecerá assim. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Por fim, o autor lista alguns obstáculos do acesso à justiça: custas judiciais, honorários advocatícios, sucumbência, falta de celeridade processual e aptidão para reconhecer um direito, propor uma ação ou defesa. Como soluções práticas, surge a assistência judiciária para os mais pobres, representação dos interesses difusos e o acesso à representação em juízo (CAPPELLETTI, 1988).

Voltando à questão da gratuidade, assevera-se se o conceito legal de assistência judiciária gratuita é aquele da Lei n.º 1.060/50, que continua em vigor e abrange todas as despesas do processo, inclusive "os honorários do advogado e do perito", nos termos do art. 98, §1º, do CPC. Assim, uma norma que pretenda estabelecer gravames ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente a norma geral e a também norma contida no Código de Processo Civil, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o direito do trabalho, não poderá ser aplicada porque a normatização mais ampla afasta (SOUTO MAIOR, 2017).

Sobre a aplicabilidade da norma, em termos de direitos fundamentais, a norma específica só pretere a norma geral quando for mais benéfica. Isto porque, se uma norma geral, aplicável a todos, tratando de direito fundamental, cria um patamar mínimo que, portanto, não pode ser diminuído por regra geral, sob pena de inserir o atingido na condição de subcidadão (SOUTO MAIOR, 2017).

Há quem defenda que a Lei n.º 13.467/2017 trata-se de uma contrarreforma, a qual buscou mudar o sistema protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho. No primeiro nível, flexibilizaram-se e precarizaram-se direitos materiais assegurados aos trabalhadores na legislação vigente. No segundo nível, a organização sindical ficou fragilizada, para que os trabalhadores que não tenham a devida força para resistir à retirada de direitos. E, por fim, no terceiro nível, dificultou-se o acesso à justiça do trabalho, pois tanto as normas como as atitudes patronais podem vir a ser questionadas. Conclui-se que acesso à justiça ficou restrito após a reforma trabalhista (CASTRO, 2017).

A reforma trabalhista dificulta o acesso do trabalhador ao Judiciário, em virtude da necessidade de comprovação do salário, no patamar de 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS. No regramento anterior bastava que o trabalhador comprovasse a percepção de até 02 (dois) salários mínimos, ou, declarasse nos autos a hipossuficiência, a qual era presumida. Por isso, a alteração legislativa inverte a ótica processual, passando a não prever a miserabilidade do trabalhador, mas ao contrário, a sua autossuficiência (CARVALHO, 2018).

3 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Realizou-se uma pesquisa empírica de alguns julgados do TRT4, a respeito da concessão do benefício da gratuidade da justiça após o advento da reforma trabalhista, que alterou o artigo 790 da CLT, passando a exigir da parte que requerer o benefício a comprovação que não tem condições de arcar com as custas processuais, considerando o patamar trazido pelo §3º, o qual prevê que o requerente deve perceber remuneração igual ou inferior à 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Primeiramente, cabe ressaltar que o TRT4 já realizou duas jornadas sobre a reforma trabalhista, ocasião em que juízes e desembargadores debateram temas referentes às alterações na legislação trabalhista. A 1ª Jornada sobre Reforma Trabalhista ocorreu em 10 de novembro de 2017, composta por 08 (oito) comissões, resultando em 37 (trinta e sete) conclusões sobre temas da Lei n.º 13.467/2017. Os enunciados dessa jornada entraram em vigor no dia seguinte (11/11/2017), o qual coincide com a entrada em vigor da reforma trabalhista. Os enunciados são orientações, sem força de súmula ou de outro texto jurisprudencial.[5]

A 2ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista, evento promovido pela Escola Judicial reuniu juízes e desembargados, nos dias 05 e 06 de abril de 2018 em Porto Alegre, ocasião em que vários pontos da reforma foram debatidos. Em seguida, os enunciados resultantes dos trabalhos nas comissões foram submetidos a uma votação virtual (Plenária Virtual) aberta aos magistrados do Estado, no período de 15 a 25 de abril, resultando na aprovação de alguns enunciados.[6]

Nas duas jornadas não houve pacificação do ponto específico sobre o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (Alteração do Art. 790, §3 e §4º da CLT), porém definiu-se a questão do Direito Intertemporal e a aplicabilidade da lei nova no direito material e processual do trabalho na 1º Jornada, bem como a aplicabilidade da previsão dos honorários de sucumbência aos processos em curso. Vejamos:

> 1ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista
>
> Comissão n.º 01 (Aprovado por maioria)**. DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. LEI NOVA. TEORIA DO EFEITO IMEDIATO.** Dada a qualidade de ordem pública, em que fundam as disposições trabalhistas e a natureza de trato sucessivo do contrato de trabalho, a Lei 13.467/2017 é aplicável de imediato aos contratos de trabalho em curso à data de sua vigência, de forma não retroativa, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e observado o art. 468 da CLT.
>
> 2ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista
>
> (Comissão 01: Sucumbência e Honorários) - **ENUNCIADO 1. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO**. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida, no momento da propositura da ação.

Além da análise dos enunciados das jornadas, realizou-se uma pesquisa empírica de 10 (dez) acórdãos do TRT4[7], a fim de verificar como Tribunal está aplicando a alteração legislativa do art. 790, §3º e §4º da CLT,

[5] Disponível em: < https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/152495>. Acesso em 19.05.2018.

[6] Disponível em:< https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/171541>. Acesso em 19.05.2018.

[7] Processos pesquisados no TRT4: 1) RO 0020530-84.2017.5.04.0004, 2) RO 0021183-20.2017.5.04.0802, 3) RO 00200981-07.2016.5.04.0017, 4) RO 00200.54-69.2016.5.04.0234, 5) RO 0020307-65.2017.5.04.0802, 6) 0020508-57.2017.5.04.0026, 7)

nos seus julgados. Mais especificadamente, procurou-se acompanhar a repercussão da alteração legislativa no TRT4.

Cabe salientar que, os acórdãos pesquisados foram julgados após a reforma trabalhista, e a pesquisa empírica utilizou o marco temporal, de abril a maio de 2018; e, como palavras-chave para a busca jurisprudencial: assistência judiciária gratuita, reforma trabalhista e/ou AJG e Lei n.º 13.467/2017.

Observou-se em alguns julgados que, o critério adotado pelos desembargadores para aplicação da nova regra foi a data do ajuizamento da reclamatória trabalhista. Ou seja, as ações ajuizadas antes de 11/11/2017 (data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017), adotaram-se os requisitos da lei anterior para concessão do benefício, sob inúmeras justificativas: respeito aos artigos 10 e 14 do CPC, riscos calculados pela parte que ingressou com a ação trabalhista antes da alteração legislativa, respeito ao ato jurídico perfeito e o princípio da segurança jurídica, dentre outros.

A questão da incidência das disposições da Lei n.º 13.467/2017 foi debatida em diversos acórdãos. Nos casos analisados, os desembargadores verificaram qual o período em que vigorou o contrato de trabalho, concluindo que os contratos anteriores à data da entrada em vigor da reforma (11.11.2017) não seriam regidos pelo novo diploma, de modo que os direitos decorrentes do contrato anterior à reforma devem ser preservados, em respeito ao ato jurídico perfeito, na forma no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Nesse ponto, salienta-se o conceito de ato jurídico perfeito descrito no art. 6º, §1º da Lei de Introdução ao Direito *"Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou"*.

Outra questão trazida pelos julgados foi a ressalva do art. 468, caput da CLT, a qual, inclusive, está descrita no enunciado da 1ª Jornada sobre Reforma Trabalhista citado *supra,* o qual prevê que as alterações da condições de trabalho, no contratos individuais de trabalho, só podem ocorrer se houver mútuo consentimento das partes, e sem prejuízos ao empregado.

Esse dispositivo foi utilizado como fundamento, para a não aplicar a Lei n.º 13.467/2017 nos contratos individuais de trabalho anteriores à reforma, mas que continuaram em vigor após o período da *vacatio legis* da referida lei. Assim, nesses casos, decidiu-se pela aplicação das regras vigentes no momento da assinatura do contrato de trabalho, restando os direitos decorrentes albergados pelo ato jurídico perfeito. Nesse sentido:

> O contrato de emprego "*é espécie de contrato sinalagmático, ou seja, de obrigações recíprocas, de maneira que, quando da admissão, o empregador assumiu o compromisso de quitar as obrigações trabalhistas legalmente previstas, o que passou, portanto, a integrar o patrimônio jurídico do empregado, de modo que a alteração posterior das condições contratuais acabaria por inevitavelmente violar o sinalagma contratual inicial*" (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0021046-35.2015.5.04.0373 RO, em 15/12/2017, Juiz Convocado Carlos Henrique Selbach - Relator).

Os fundamentos da segurança jurídica, da garantia da não-surpresa e do princípio da causalidade foram trazidos para justificar a inaplicabilidade das disposições da Lei 13.467/2017 às reclamatórias trabalhistas ajuizadas anteriormente ao advento da lei, para fins de análise de pedido de justiça gratuita e honorários sucumbenciais.

Seguem algumas ementas dos acórdãos pesquisados:

> **RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 13.467/2017. REGRAS PROCESSUAIS.** A inaplicabilidade da "Reforma Trabalhista" estende-se às regras processuais, na medida em que a presente demanda foi ajuizada em momento anterior a 11/11/2017, data da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. Com fundamento na segurança jurídica, e tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade (na medida em que a expectativa de custos e riscos da demanda é aferida no momento da propositura da ação), mantém-se a decisão recorrida quanto à inaplicabilidade das disposições da Lei 13.467/2017 com relação às matérias a serem fixadas na sentença, tais como limites da justiça gratuita e honorários sucumbenciais. Provimento negado **(TRT4, RO n.º 0020530-84.2017.5.04.0004, 3ª Turma, Relator Alexandre Correa da Cruz, Julgado em 25.04.2018).**

RO 002221148.2017.5.04.0341, 8) ROPS 0020702-16.2017.5.04.0751, 9) ROPS 0020975-03.2017.5.04.0231, 10) RO 0021407-92.2016.5.04.0025.

> **BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. CONHECIMENTO DO RECURSO.** Para concessão do benefício da justiça gratuita é suficiente declaração de pobreza a provar a situação de hipossuficiência econômica do trabalhador autor da reclamatória trabalhista, bem como da sua presumida impossibilidade de arcar com os ônus da lide sem prejuízo do sustento próprio e/ou do de sua família. Aplicação dos arts. 98, § 1º, e 99, § 3º, ambos do novo CPC **(TRT4, RO n.º 0021183-20.2017.5.04.0802, 4ª Turma, Relator João Paulo Lucena, Julgado em 10.05.2018).**
>
> **JUSTIÇA GRATUITA. PROCESSOS ANTERIORES À LEI Nº 13.467/17**. As normas que regem a justiça gratuita não têm natureza puramente processual, mas também possuem caráter substantivo, uma vez que não operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia. É o caso do parágrafo quarto do art. 790 da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/17. Com efeito, o dispositivo limita o benefício da justiça gratuita à parte que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais. Trata-se de norma processual substancial, pois extrapola os limites do processo e impõe ao trabalhador ônus não sabido quando da propositura da ação. Assim, a exigência que ela prevê não se aplica às reclamatórias que já se encontravam em curso. Entendimento em sentido contrário caracterizaria decisão surpresa à luz do art. 10 do CPC, além de afrontar a expectativa legítima das partes e o princípio da segurança jurídica. **HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PROCESSOS EM CURSO**. O presente feito é ajuizado antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. Assim, as normas introduzidas pelo referido diploma no tocante aos honorários sucumbenciais não se aplicam ao caso. Recurso do reclamante a que se dá provimento **(TRT4, RO 0020981-07.2016.5.04.0017, 4ª Turma, Relator Des. André Reverbel Fernandes, Julgado em 18.04.2018).**

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 dispôs que o Estado brasileiro prestaria assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, com o fim de minimizar um dos entraves do acesso à justiça e possibilitar a participação efetiva de um maior número de pessoas no processo jurisdicional.

O benefício da assistência judiciária gratuita difere do benefício da gratuidade, uma vez que este consiste na isenção de toda e qualquer despesa necessária diretamente ao processo; e o primeiro diz respeito ao patrocínio da causa por um advogado.

A reforma trabalhista alterou o artigo 790 da CLT, com a inclusão do §3º que criou nova regra para a concessão da justiça gratuita na justiça laboral, facultando ao juiz conceder o benefício àqueles que receberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS, que atualmente perfaz o total de R$ 2.258,32 (Dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois centavos).

Conclui-se que a alteração legislativa do artigo 790 da CLT é inaceitável constitucionalmente, por restringe o acesso à justiça, tornando altamente arriscado ao trabalhador ingressar com uma ação trabalhista, diante do advento da regra mais rígida para concessão da gratuidade da justiça (CASTRO, 2017).

Nesse sentido, evidencia-se que o STF declarou que o artigo 12 da Lei n.º 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (Precedentes: REXT 249003, REXT 249277, AGREG no RE 284.729). Assim, a única regra para a concessão da gratuidade da justiça é a avaliação da possibilidade de pagamento das custas, "desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Ou seja, o STF permite a avaliação do caso concreto sem critérios objetivos ou tabelas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 01.05.2018.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça (tradução de Ellen Gracie Northfleet).** Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Fábio Lopes de. **A reforma trabalhista e a Justiça do Trabalho: breves comentários à lei 13.467/2017**. **Revista do TRT 10**, [S.l.], v. 21, n. 2, p. 43-52, nov. 2017. ISSN 0104-7027. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/189>. Acesso em: 17.05.2018.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002.

CASTRO, Antonio Escosteguy. **A restrição ao acesso à justiça na Lei n.º 13.467/17.** In Revista Fórum Justiça do Trabalho, ano 34, n.º 408, (dez. 2017), p. 9-24, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50).** 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

ECONOMIDES, KIM. **Lendo as ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia?** Tradução: Paulo Martins Garchet, 1997. Disponível em: http://www.comunidadesegura.org.br/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiaversusmetodologiakimeconomides.pdf. Acesso em 21.05.2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A reforma trabalhista (lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 208, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Acesso à justiça e acesso a direitos: o mandado de injunção na perspectiva da lei nº 13.300/2016.** Revista da AJURIS, v. 44, n. 143, p. 49-72, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** Revista Eletronica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar/abr/maio, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MAR-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista.** Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n.º 404 (agosto de 2017), p.89-131, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna: Participação e processo**. São Paulo, Editora RT, 1988.

MADRE PELLETIER E AS NARRATIVAS DAS MULHERES - UM ESPAÇO DA MEMÓRIA

Priscila Vargas Mello
Mestre, priscilavargasm@gmail.com

Simone Schroeder
Doutoranda, schroeder02@gmail.com

RESUMO: O estudo tem como objetivo apresentar as narrativas das mulheres privadas de liberdade na penitenciária feminina Madre Pelletier e os impactos da prática extensionista capaz de ser um instrumento de efetivação do acesso à justiça no cárcere feminino e, como forma de dar visibilidade às mulheres privadas de liberdade dentro do espaço prisional, mediante dados que atestam as transformações na comunidade. A partir dos testemunhos por meio de diários, construímos a hipótese de que a escrita é um modo de elaboração que auxilia no enfrentamento do processo vivido durante o cárcere.

Palavras-chaves: mulheres, cárcere, narrativas, extensão universitária.

1 INTRODUÇÃO

Cheia de narrativas e espaços vazios de incertezas, no tempo de privações no regime fechado, na cidade de Porto Alegre/RS, as mulheres privadas de liberdade convivem no antigo convento, denominadas de espaço prisional – "Castelo cor de rosa", denominado Penitenciária Feminina Madre Pelletier.

Neste convento, de capela queimada, de gatos que perambulam no vazio da solidão encontram entre os olhares frios e subjetividades múltiplas – o estigma; ou seja, enquanto "o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável". (GOFFMAN, 1998, p.12). Maria Lúcia Karam afirma que a " [...] a justiça criminal vai favorecer ainda mais a distribuição desigual desse atributo negativo, selecionando para fazer parte da população criminosa aqueles indivíduos pertencentes às camadas mais baixas [...]" (KARAM, 1991, pág. 107).

Sistematizamos o estudo a partir da abordagem empírica das narrativas de algumas mulheres, para observar o avesso da história, em poder dar visibilidade a essas falas dentro do espaço prisional e se expandir fora do cárcere. Segundo Feldman, o julgamento repete o trauma, "ao produzir sua invisibilidade e ao mostrar como o poder do trauma de anular a visão infiltra-se nas operações do processo e se apodera da estrutura do julgamento".(FELMAN, 2014, p.118)

Analisar a partir do registro das observações dos encontros extensionistas e entrevistas aplicadas às mulheres privadas da liberdade, especificamente no ano de 2017 alguns olhares circunscritos podem dizer muito mais sobre as práticas na prisão. A extensão universitária, enquanto instrumento de transformação da comunidade, constitui ponte fundamental entre o ensino superior e as necessidades da comunidade que estão no entorno da universidade. Esse espaço se aproxima na concepção do Direito Achado na Rua[1], ao trabalhar com mulheres e prisão e o espaço do desenvolvimento da cidadania por meio da extensão universitária, como pilar de múltiplos saberes, ao permitir e abrir a consciência de novos sujeitos para uma participação democrática.

[1] O Direito Achado na Rua, expressão criada por Roberto Lyra Filho é o centro desta tese de José Geraldo de Sousa Júnior cujo objetivo é caracterizar uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática. Esta proposta está imbuída de um claro humanismo, pois toma o protagonismo dos sujeitos enquanto disposição para quebrar as algemas que os aprisionam nas opressões e espoliações como condição de desalienação e de possibilidade de transformarem seus destinos e suas próprias experiências em direção histórica emancipadora, como tarefa que não se realiza isoladamente, mas em conjunto, de modo solidário.

A pretensão é indicar caminhos que permitam abrir a consciência do leitor para uma cultura de cidadania, de onde emerge, transformador, "a Universidade se aproxime da comunidade prisional, como elo de construção coletiva". Além disso, muito mais do que permitir auxílio e transformação ao território que cerca o espaço acadêmico, permite o resgate da humanidade perdida e constrói pontes para empoderamento de todos os sujeitos envolvidos.

Especificamente quanto ao acesso à justiça penal das mulheres aprisionadas, desenvolvemos a hipótese de que a extensão universitária viabiliza o acesso à informação, permite a contextualização das demandas criminais e auxilia no empoderamento dessas mulheres quanto às suas garantias e direitos.

No entanto, a partir das narrativas das mulheres privadas de liberdade naquele espaço prisional pode ter impacto na memória do cárcere, cujas fragilidades são demonstradas por meio da linguagem. Benjamin comenta que "em toda a linguagem há um lamento que a emudece. Em todo luto há uma inclinação para o emudecimento, que é maior que a capacidade de se comunicar". Aliás, a impossibilidade de narrar não é externa à história, é o próprio coração da história. (FELMAN, 2014, p.212-216). Dessa forma, o objetivo é observar esse processo através de atitudes e sentimentos descritos pelos diários escritos na prisão durante períodos de privações, em que o encarceramento passa a ser despido, sentido, onde há o espaço do testemunho, dos restos do tempo e da fala naquele tempo de vozes. A criação e a identificação dessas posições são as principais ações no presente estudo.

Retratar a fala dessas mulheres, é despir-se no tempo e na forma que julgamos necessária, administrando o desejo de encararmos a nós mesmos a cada dia, em outro tempo de despertar dentro e fora da prisão.

2 RELATOS DE UM TEMPO DE PRISÃO – NARRATIVAS DAS MULHERES

Através dos relatos, pode-se permear o outro lado, aquele lado oprimido e silencioso, que muitos não permitem ouvir, que fica obscuro dentro do cárcere. Talvez, quando se tece qualquer pesquisa empírica, se vislumbre, comumente os números e ou a quantidade de mulheres presas, a quantidade de pena aplicadas, quantas foram condenadas e quantas mulheres permanecem presas provisoriamente. Todavia, a atenção se desvela secundária quando se trata do que essas mulheres pensam, e que lugar os efeitos do aprisionamento ocupa dentro da vida dessas mulheres e; que lugar permeia este processo de reconstrução dentro do cárcere.

Segundo algumas pesquisas, as narrativas dessas mulheres ficam invisíveis perante a dormente hipótese de que ninguém quer ouvi-las. Segundo Garland, o motivo pelo qual os criminosos passaram a ser vistos como sujeitos não detentores de direito e a cidadania perpassa a ideia de que a comunidade se convence de que tais sujeitos são o "outro", o "sujeito perigoso" a ser combatido e excluído do espaço público. A prisão é por excelência o "espaço do não-dizível – isto é, o que acontece e o que se sente na vida no cárcere não são temas facilmente verbalizáveis. Nesse espaço onde o uso da palavra é regulamentado e os discursos (des)legitimados a todo momento, – nos dá acesso apenas a uma parte da história."(BRAGA,p.53).

O objeto da análise perpassa o contexto, no regime fechado, em Porto Alegre/Rs, na comunidade prisional feminina Madre Pelletier, vislumbrando como há possibilidades de construção de uma nova face, permeada por escritas de diversas presas, naquele espaço prisional quando realizadas oficinas, semanalmente com a utilização de um grupo focal, permanente e de escuta. A partir de uma abordagem empírica, por meio das narrativas das mulheres privadas de liberdade, percebe-se uma das formas que a intervenção da sociedade civil assume no cárcere, a partir do art. 4º da Lei de execução penal, por meio da extensão universitária.

Em sentido semelhante, Honneth (2008, p.70) trabalha com a ideia de *reificação*, ou seja, "[...] a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma 'coisa' significa justamente tomá-la(o) como 'algo', despido de quaisquer características ou habilidades humanas." A prisão, apesar de suas mazelas é espaço de convívio e de confinamentos, onde tudo se explora e se dimensiona em alta subjetividade, em que o outro deve ser estigmatizado porque eu devo ser perdoada.

Entre o discurso do perdão, a fala que grita, o silêncio barulhento do estigma que permeia aqueles

espaços, como se o outro fosse o outro e todas as suas culpas pudessem ser ainda mais revividas.

Assim, a abertura do diálogo entre a comunidade e a prisão pode flexibilizar o fechamento característico da instituição prisional, possibilitando assim a redução do impacto da prisão sobre a vida do condenado e de todos que de alguma forma se relacionam com ele" (BRAGA, 2012, p.91).

Como bem ensina Foucault (2012, p.191) "De nada serve definir ou redefinir os delitos, de nada serve fixar-lhe uma sanção, se não se leva em conta a realidade da punição: sua natureza, possibilidades e condições de aplicação, seus efeitos, a *maneira como se pode manter o controle sobre ela*. É preciso vislumbrar ao mesmo tempo, e como indissociáveis, a legislação penal e a instituição penitenciária". Mas de outro lado, o que pensam essas mulheres acerca dessa realidade.

Segundo o Foucault (2002, p. 130), a escrita de si atenua os perigos da solidão e permite outro olhar ao que se viu ou pensou. A prática dessa escrita desempenha o papel das vestes do grito barulhento e solitário que permeia o espaço prisional feminino dentro de suas narrativas e subjetivdades.

Apresentar esse estudo permite compreender a extensão universitária como ferramenta capaz de contribuir para a facilitação do acesso à justiça e empoderamento de mulheres aprisionadas, partindo da experiência com aquelas que se encontram aprisionadas na Madre Pelletier.(SCHROEDER, MELLO 2017.)

Segundo Louro (2007, p.212) "(...) nada é inocente, desde a escolha do objeto, das questões, dos procedimentos investigativos até, obviamente, as formas que utilizamos para dizer tudo isso". Partirmos dessa constatação justamente porque falamos a partir de um local específico.

Falamos a partir de nossas experiências e vivências construídas no cárcere feminino. Falamos de mulheres, de pessoas concretas, com as quais dialogamos e convivemos semanalmente, por meio da extensão como aproximação emancipatória por meio das escritas. (SCHROEDER E MELLO, 2017).

Assim pondera Freire (1996, p.77):

> Ninguém pode estar no mundo, com o mundo e com os outros de forma neutra. Não posso estar no mundo de luvas nas mãos *constatando* apenas. A acomodação em mim é apenas o caminho para a *inserção*, que implica *decisão, escolha, intervenção* na realidade. Há perguntas a serem feitas insistentemente por todos nós e que nos fazem ver a impossibilidade de *estudar por estudar*. De *estudar* descomprometidamente como se misteriosamente, de repente, nada tivéssemos que ver com o mundo, um lá fora e distante mundo, alheado de nós e nós dele em favor de que estudo? Em favor de quem? Contra que estudo? Contra quem estudo?

Dessa forma, a permanência do pesquisador no cárcere ,além da dificuldade de acesso e das questões éticas que envolvem pesquisas com populações vulneráveis, a prisão é um espaço de dor e de sofrimento, que inevitavelmente impacta psíquica e emocionalmente quem atravessa os seus muros".(BRAGA, p.53).

Portanto, por mais que a abordagem tenha o objetivo de " as narrativas de percepções das mulheres privadas de liberdade, o compromisso é de compreender o sistema de justiça criminal como lugar no qual prepondera a desigualdade social e o descompromisso com os direitos humanos. (SCHROEDER E MELLO, 2017).

O conhecimento da técnica jurídica é fundamental, mas mais ainda é a necessidade de (re)pensá-la no contexto do sistema que hoje vivenciamos, o qual, basicamente, consiste na busca constante de *inimigos*, passíveis de serem selecionados e absorvidos pelo sistema de justiça criminal (ZAFFARONI, 2010).[2]

[2] Zaffaroni (2010) desenvolve a ideia do *Autoritarismo Penal Cool Latino-Americano*. Em síntese, trata-se da referência às políticas proibicionistas e violadoras de direitos humanos inerentes ao funcionamento de nossos sistemas de justiça criminal (uso arbitrário da prisão, desrespeito às garantias processuais, atuação massiva tanto da criminalização primária, secundária, etc.). A crítica consiste no fraco desenvolvimento epistemológico do *autoritarismo cool*, que, na verdade, apenas repete (ou repercute) o discurso produzido massivamente (e acriticamente) pelos meios de comunicação e demais agências sociais. Enquanto a condição de inimigo produzida nos séculos passados possuía certo "brilho perverso" (ou seja, notório desenvolvimento teórico, ainda que a partir de bases/fundamentos duvidosos) hoje o *autoritarismo cool* exige combate do inimigo que não se sabe muito bem identificar (ou melhor, que se identifica arbitrariamente, a partir de interesses políticos e econômicos); sustenta-se, sempre, atuação repressiva e violadora de direitos humanos; mostram-se ausentes fundamentos reflexivos ou que apresentem substancialidade ao projeto penal desenvolvido.

Alessandro Baratta, defende que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar o processo de criminalização dos comportamentos socialmente danosos, constituindo-se, o mito de que existe uma igualdade, todavia, esta refere-se somente ao aspecto formal (BARATTA, 1991, p. 166).

Assim, é fundamental a construção de pesquisas, relatos e nativas que levem em consideração o olhar feminino acerca da prisão, pois o sistema de justiça criminal ainda comporta práticas que desconsideram as especificidades femininas (BUGLIONE, 2000; MENDES, 2014). Dessa forma, pensar o cárcere a partir do olhar feminino possibilita a produção de conhecimento que leva em consideração vozes que foram (e ainda são) por muitas vezes deslegitimadas, simplesmente por se encontrarem aprisionadas e, por consequência, usurpadas (equivocadamente) da condição de sujeitos de direitos. Trata-se também de dar visibilidade a determinada experiência de sofrimento moral, que deve ser compreendida como "[...] a associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos." (HONNETH, 2003, p.216-217).

Como salienta Freire (1996, p.78) "Não é na resignação, mas na *rebeldia* em face das injustiças que nos afirmamos". Essa rebeldia, comprometida com os direitos humanos e com a necessidade de construção de um direito que leve à efetivação das necessidades dos sujeitos privados da liberdade que impõe a oitiva dessas mulheres.

3 A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA E O EMPODERAMENTO FEMININO: UM ESPAÇO DE FALA

A extensão universitária corresponde à atividade realizada pelas universidades no sentido de levar o conhecimento às comunidades e de promover a reflexão de todos os participantes (comunidade e alunos extensionistas). Dessa maneira, a atividade de extensão serve para promover substancial reflexão sobre o confronto estabelecido entre o que foi aprendido em sala de aula e o que se vê na prática (CANTO E SILVEIRA, 2009, p.14).

Portanto, se a extensão universitária pode (e deve) ser vista como uma ferramenta capaz de interferir no social, por meio da qual a universidade dialoga diretamente com a comunidade de seu entorno e, ainda, é capaz de produzir tamanha reflexão em seus participantes, nada mais coerente que a sua prática não corresponda a atuações de natureza estritamente jurídicas. Não podemos esquecer que "É necessário partir da ideia de que a dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade e de que todos merecem ser estudados nas faculdades para que se possa avaliar do seu relativo valor" (SANTOS, 2007, p.75). Pertinente a análise de Honneth (2003, p.213-224) quanto ao reconhecimento jurídico, pois, assim como o amor, o direito também possui sua limitação, pois não assegura a particularização dos indivíduos. Ou seja, o reconhecimento jurídico é anônimo, cumpre satisfatoriamente a ampliação do reconhecimento, mas sacrifica a individuação.

A educação em Direitos Humanos, nessa perspectiva, é um processo de aprendiz do que faz homens e mulheres despertarem do sono imposto pela escuridão das opressões que ainda se fazem presentes em seus cotidianos. (FONSECA E RAMPIM, p.45).

Na percepção da autora, a experiência clínica com afetados pela violência de Estado tem revelado modalidades de sofrimento psíquico, modos singulares de subjetivação o, "que nos convocam a investigar e capazes de intervir nesse sofrimento, intensificado pela privatização e pela individualização, decorrente de efeitos do silêncio e do esquecimento", ao fazer alusão a ditadura (VERA BRASIL, p 331)

Se olharmos sob outro enfoque, o tempo de prisão e os relatos vivenciados por mulheres em regime fechado na penitenciária feminina madre pelletier, que estão submetidas a velada violência institucional sofrem duplamente pelo descaso estatal e pela violência velada que perpassa a hipócrita relação de poder no espaço prisional - institucional, cuja disciplina possui maior valor em detrimento de direitos.

Mas nossa referência consiste em esclarecer que, ainda que as mulheres presas participantes da

extensão universitária vivenciem claro sofrimento moral e, praticamente, completo não conhecimento de sua condição humana, cabe ressaltar que a prática extensionista viabiliza certa recuperação de sua autoestima.(SCHROEDER, MELLO,2017).

Aqui não temos o objetivo de discutir como os valores atribuídos aos sujeitos privados da liberdade são construídos em nossa sociedade, embora seja visível o autoritarismo e o populismo que compõem os discursos sobre encarceramento na sociedade brasileira (ZAFFARONI, 2010; CARVALHO, 2017).

Segundo Vera Brasil (2015,p. 329) O quadro de desigualdades cultural, social, econômica que configura o cenário atual e o padrão de violência que se apresenta no conjunto das relações sociais e, em especial, na prática dos agentes públicos iluminam a ordem de grandeza desse desafio.

Aliás, os próprios criminólogos que também têm servido para legitimar, reforçar e veicular as maiores atrocidades da humanidade. Assim, expor esses discursos explicar como eles se desenvolveram na história deve ser um manifesto da criminologia contra os abusos de poder e de violações dos direitos humanos, desencadeados pelo caráter do funcionamento ordinário dos sistemas penais.

Segundo Reys Mate, o papel da recordação de reconhecer uma injustiça ainda persistente no passado dos vencidos da história, e não como um "custo" da marcha do progresso, e com isso resgatar do passado um direito à justiça (REYS MATE, p. 28). "A injustiça feita às vítimas da história não tem reparação possível. Este deveria ser o ponto final filosófico: podemos e devemos manter viva a injustiça passada, inclusive reivindicar o direito à reparação, sabendo que não há justiça neste mundo que possa reparar o dano" (REYS MATE, p. 29). Ao transpormos para a prisão feminina, é preciso fazer uma reflexão sobre as narrativas dessas mulheres em tempo de privação de liberdade, para resgatar outros significados e se a Universidade pode se aproximar da memória dessas histórias e pensar acerca do cárcere em relação às mulheres, segundo o seu espaço de fala.

Portanto, a memória acaba por ter um papel duplo na ação educadora libertadora, pois é condição para a sua realização, bem como é fruto dessa prática que (re)constrói essa memória e difunde - a dentro da história em processo.

A prática da tortura com refere, Vera Brasil (2015, p.332); produz duas figuras: a do torturado e a do torturador, os quais, no ato de violência, são destituídos duplamente de dignidade. Essa ação vai mais além dos afetados diretamente e produz efeitos em diversas direções: nos mais próximos, como os familiares, companheiros e amigos, bem como no tecido social esgaçado pela impunidade e pelo desrespeito à dignidade humana. Da mesma forma, mas em outra dimensão, a prisão atinge de forma significativa a pessoa privada de liberdade, seus familiares e os direitos dali decorrentes; ou seja, no aspecto emocional, familiar e social, como bem refere Morrison "ao alertar para o fato de que o sistema penitenciário moderno não serve apenas para afastar o excluído do espaço civilizatório e alocá-lo em locais de higienização, mas para manter viva a economia e a governo político de um território aparentemente civilizado".

Os entraves na prisão, são produto da relação de poder, ou seja, o comportamento inquisitivo característico daqueles que guarnecem as pessoas privadas de liberdade, sobretudo, por ser a essência de sua principal função, impedir fugas.(WOLFF, 2007,p.99.) Evidentemente, tal discricionariedade dificulta a efetividade de direitos nas instituições penais. (BRAGA, 537)

4 AO OBSERVAR AS FRAGILIDADES: CONTANDO COM AS VOZES E NARRATIVAS DE UM TEMPO

Estar dentro da prisão, possibilita um olhar mais acurado do avesso carcerário, ou seja, de alguns pontos que se invizibiliza, o que está na superfície, sobretudo o que é velado dentro da prisão.

A experiência no presídio feminino ultrapassou os limites daqueles muros, e encontra-se totalmente desvinculada da crítica de Morrison ao alertar para o esforço de uma criminologia crítica apenas teórica e pouco vinculada a prática, aos estudos estatísticos que possam mover as políticas públicas.

Pelo contrário, a percepção prisional a partir da extensão Universitária pode ir além de revisar

seus arquivos históricos, mas ouvir quem faz parte dessa história, as mulheres que ali podem escrever seus sentimentos, contar a sua experiência e demonstrar os impactos do encarceramento.

Segundo Bauman, a construção dos Estados-nação é uma violência perpétua contra os grupos de minorias que jamais tiveram a oportunidade de contar a sua própria história. (BAUMAN, p.53-86)

Aliás, é da experiência das injustiças, do sentimento moral de indignação que essas geram e na transmissão de testemunhos e da interpretação daqueles que não querem esquecer este passado, que se desvela a natureza eminentemente política e conflituosa da memória enquanto prática social, voltada ao presente com a intenção de transformá-lo. (GÓMEZ, 2014). A memória, construção no presente sobre os acontecimentos do passado. Da mesma forma, o espaço prisional, os lados obscuros que envolvem o acesso à informação, os direitos não recebidos, as visitas não concedidas, as relações de poder em troca de benesses.

Ademais, dentro da penitenciária; não paramos para analisar o (outro) sistema carcerário em que vivemos, um sistema maior que produz aqueles muros, que nos convence da existência da liberdade e que produz discursos estereotipados que naturalizam as nossas construções sociais, ao classificar em categorias. Além do discurso, a realidade demonstra o avesso de quem permanece nas proximidades do interno prisional, cuja burocratização das instituições totais ultrapassam as presas, mas alcançam, também, àqueles que ali penetram para construir um espaço de trocas de saberes. Dessa forma, a atividade de extensão também é atingida por burocratizações e categorizações naquele tempo de trabalho intramuros.

A instabilidade das relações com a segurança, ainda que o Projeto extensionista esteja legitimado perante todas as autoridades, autorizado e conveniado, faz com que sempre tenhamos que enfrentar entraves durante a nossa entrada e no deslocamento das apenadas.

Neste aspecto, José Carlos Moreira da Silva Filho (2015,p.141); afirma tanto que o avanço e as ações, de políticas e de reflexões mais diretamente voltadas a responsabilização judicial dos agentes que praticaram crimes contra a humanidade em relação a justiça de transição, e o pilar da reforma das instituições democráticas, concentrando o seu poder de fogo nas instituições de segurança pública "a busca de informações sobre as violações e o esforço na reconstrução dos fatos suscitam tanto a necessidade de políticas de memória como de reparação, como também a reforma das instituições de segurança e responsabilização. A bem da verdade, indo em direção de um desses aspectos, está-se indo em direção dos outros".

No entanto, a abertura desses espaços nas instituições totais possam ser o espaço dos resistentes que esperam por uma decisão, uma informação de seu processo, e consigam a efetividade do acesso à justiça.

Por outro lado, resistir aos entraves que perpassam os muros da prisão seja um dos fatores relevantes, como tratar da memória como arma para recuperar o passado, ao buscar o desejo de justiça aos que ali permanecessem na solidão de seu seu sofrimento. Dessa forma, por meio das práticas extensionistas que ocorrem semanalmente possa se construir outros olhares e novas escritas de mulheres que permanecem naquele espaço prisional.

O grupo geralmente é de apenadas, isto é, presas com sentença com trânsito em julgado, entretanto, algumas presas provisórias já participaram e participam do grupo, tendo em vista que há galerias com a população mesclada, ou seja, presas provisórias e presas definitivas.

Todas as quartas-feiras o grupo de extensão, formado por alunos e professores do direito, nutrição e psicologia, se reúne para realizar as atividades da semana, cada aluno membro do grupo é responsável pela elaboração e desenvolvimento das atividades que ocorrerão no dia.

Diante do ambiente hostil do cárcere, buscamos resgatar valores pessoais que ficam imersos durante o aprisionamento, tais como: autoestima, amizade, respeito, perdão, família, resiliência, através de poesias, escritas, música, dinâmicas e atividades que envolvam o movimento do corpo, o olhar e o toque. Por outro lado, levamos o direito à informação acerca dos direitos e garantias fundamentais, através de oficinas esclarecedoras de direitos e deveres dispostos na Lei de Execução Pena.

Assim, já trabalhamos diversos temas que careciam de atenção, a exemplo disso foi o estigma que segundo Goffman é a "situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena." (GOFFMAN,

1988, p.7). Ao tratarmos deste assunto, visualizamos os desdobramentos negativos do estigma, considerando que este é um acontecimento que não atinge somente quem já possui uma condenação, mas também quem está em situação anterior a esta, considerando que a sociedade de uma forma geral, move toda a sua carga estigmatizante, também, em face do acusado, sobretudo, se este for integrante, como na maioria dos casos, das classes excluídas da sociedade. (TRINDADE, 2003,p.50). Aliás, a discriminação recai contra as pessoas que foram presas, os seus familiares e tudo que dizer respeito à pessoa cumpre ou cumpriu pena, situação visualizada nas escritas produzidas durante a atividade.

No dia, com o tema posto buscamos proporcionar um ambiente onde a fala é valorizada, através do exercício da escuta ativa, que significa escutar atenciosamente o que o outro diz, com o empenho de entendê-lo, que basicamente é manifestada por "um olhar atento, uma expressão facial que represente interesse pela fala do outro e um balançar afirmativo da cabeça"(MILANI, 2017, p.35-52), que além de auxiliar na compreensão dos sentimentos delas, ainda favorece o desenvolvimento da confiança entre o grupo.

Nesse sentido, buscamos fortalecer o vínculo a cada reunião, sempre em busca de trabalhar assuntos que carecem de atenção, a partir das necessidades apontadas por relatos dentro da prisão.

A comunicação foi crescendo a cada encontro, no entanto, estar no espaço prisional é entender que não se terá alcance a tudo e a todos, tampouco a inteira autonomia do tempo e do espaço. (LIMA, 2013, p.446-456).

Na teoria benjaminiana está presente na crítica da ideia de progresso, e, em segundo lugar, pelo sujeito central da história: o oprimido, o que está em perigo e que sofre, mas que se indigna, protesta e luta. "O problema é com os perdedores. Estes, ao perder, ficaram de fora do desenvolvimento histórico. Seu passado se converteu em algo inerte, quase natural. (REYES MATE, p. 23)

Assim, adentrar nos espaços prisionais, tece, também, um campo de abertura para trazer os relatos dos oprimidos. A teoria do conhecimento de Benjamin arranca o passado frustrado desse estupor ao descobrir vida nessas mortes. Os projetos frustrados dos que foram esmagados pela história estão vivos em seus fracassos como possibilidade ou como exigência de justiça" (REYES MATE**,** p. 23).

Nos encontros com o grupo de extensão e com as detentas há questionamentos e percepções confusas e vislumbra-se um espaço obscuro que cada vez se distancia do acesso à informação. Algumas mulheres presas, por desconhecerem, e outras, com o intuito de auxiliar, costumam opinar nas situações processuais de outras, mas acabam criando uma rede de informações infundadas, gerando insegurança e maior ansiedade no encarceramento.

De outro lado, os aspectos financeiros em relação a remuneração dos salários dos funcionários públicos permeiam a tensão dos espaço prisional, isto é, são fatores que refletem na quebra a continuidade das ações gerando sentimento de frustração e incertezas pela espera, os quais são sentidos intensamente pelas apenadas.

Tendo em vista que o distanciamento entre uma reunião e outra pode gerar quebra de vínculo e por consequência desistência. Por outro lado, as reivindicações pelos agentes são justas, considerando as frágeis condições de trabalho e falta de estrutura, que há dez anos já era evidenciada nos relatos dos servidores(WOLFF, 2007,p.85). Mas nossa referência consiste em esclarecer que, ainda que as mulheres presas participantes da extensão universitária vivenciem claro sofrimento moral e, praticamente, completo não conhecimento de sua condição humana, cabe ressaltar que a prática extensionista viabiliza certa recuperação de sua autoestima.

Nesse sentido, é o relato das participantes que serão denominadas de cores pode revelar o tecido opaco que permeia a prisão:

> Um dos relatos de Cinza:
>
> Muitas coisas que eu pensava, que eu também tinha dúvida do meu processo. Tinha uma época que eu pensava que nunca mais ia sair da cadeia e nessas reuniões eu ia percebendo que ia ter fim, que minha pena ia ter fim, entendeu? Eu comecei a ficar fraca, ficar forte, né? Eu comecei a me animar nos encontros. Eu vou conseguir, eu sou capaz de ser feliz, eu comecei a ser ouvida.

Ainda, no mesmo caminho responde Azul.:

> Pra mim é como se toda a quinta-feira a gente conseguisse passar um degrauzinho a mais na escada,

> é como se vindo pra cá [encontro extensionista] a gente pudesse mudar um pouco as coisas. Não ser só um número. A tua voz é ouvida, tu aprende, troca conhecimento, tu troca experiências. Em cada uma das gurias que vieram pra cá, que eu conheci até hoje, agente troca experiências, emoções, sentimentos, agente se conhece. O projeto pra mim é uma bandeira. Sabe aquela bandeira que tu levanta assim *vamos mudar as coisas*.

Como extraímos de Honneth (2003) não é possível pensar o sujeito longe do social, pois é a partir da interação que ele forma-se e (re)significa suas experiências. E sua interação com o outro contribuirá ainda mais nesse caminho de reconhecimento, reflexão e construção social. A extensão universitária, portanto, constitui ferramenta de empoderamento porque tende a facilitar o acesso à informação (conhecimento jurídico acerca dos direitos das pessoas privadas da liberdade e do funcionamento do processo penal), permite o diálogo (sujeitos de diferentes realidades se encontram e constroem juntos a solução para seus problemas), humaniza as relações (todos estão sujeitos ao mesmo círculo de atividades) e possibilita a reflexão crítica quanto ao funcionamento do sistema de justiça criminal (Quem são essas mulheres aprisionadas? Quais delitos cometeram? De que forma compreendem a justiça e atuação dos operadores jurídicos? Como pensamos nossa atuação profissional – presente e futura - a partir das situações problemas. (SCHROEDER, MELLO,2017).

Ao chegar no local das atividades, a experiência de retirar os enormes cadeados das duas portas de ferro que dão acesso à sala, experiência que faz parte dos símbolos da prisão de bater e abrir os cadeados.

Houve, muitos relatos acerca do tempo. Além da saudade ela falava um pouco sobre a história de sua vida, cujo relato de Lilás resignifica o tempo de prisão.

> "Saudade no momento é palavra triste e ao mesmo tempo feliz, pois sinto saudade de todas as coisas boas que vivi até aqui. Saudade me faz sentir falta da minha mãe, dos meus filhos e dos meus netos. Enfim, de toda a minha família e amigos, aos quais conquistei ao longo dos anos. Hoje estou aqui reclusa na minha liberdade, mas isso jamais me impediu de ir ao encontro, mesmo que em pensamento das pessoas que fazem parte da minha vida. Saudade me traz muitas recordações vividas juntos com as pessoas que eu amo. Hoje sinto muita saudade de dar e ganhar um abraço da minha mãe, pois há quase dez anos não a vejo, sabia que não iria resistir, fui as lágrimas escrevendo esta linha.

Segundo alguns aspectos, outros relatos demonstram a trama que permeia a percepção sobre justiça:O encontro se referia ao símbolo da justiça e sua representatividade. Sobre o tema do dia; justiça. os símbolos trazidos mostram a imagem da deusa Themis, ou seja, da venda nos olhos, balança e espada". Os símbolos, a memória e a escuta trazem um pouco da história.

Algumas mulheres presas já tinham ouvido falar, outras não. Quando perguntamos qual o significado da venda nos olhos, todas prontamente responderam que a justiça é cega. Depois da apresentação, todas foram convidadas a escreverem sobre o que significa justiça. A justiça para mim representa "uma cegueira": Comenta azul: "*Eu me senti a pior pessoa do mundo, quando negaram o emprego pra mim só porque eu já tinha cumprido pena.* " "Fora o que te fazem passar, tu é um nada, ninguém! As coisas acontecem aqui dentro da prisão quando tu tem dinheiro. Senão tu é ninguém"!

De outra parte "Amarela, reponde que a justiça é " Um emaranhado de burocracias que ninguém se entende, e quem está na ponta sofrendo isso, sabe menos ainda. Além do temo que se espera pelas informações ; ainda há um tempo de desinformações.

Dessa forma, para promover a desconstrução "os efeitos do impacto dentro da prisão não podemos desconsiderar a importância da produção de subjetividade, que consiste (a modos variados de pensar, de perceber, de sentir e de agir que habitam sobre os setores mais atingidos e no conjunto da sociedade". Segundo Vera Brasil, "A democracia e Direitos Humanos são valores inseparáveis. Quanto mais débil a política de direitos Humanos, mais imperfeita e débil é a democracia"(Vera Brasil, 2015, p. 329). Além disso comenta a Vera Brasil, que os efeitos conscientes ou não dessa violência política totalitária atravessaram o modo de funcionamento das instituições e a vida no conjunto da sociedade, incrustado nas relações sociais. Violências do passado, que "permanecem em atividade nos dias atuais, remanescentes do período autoritário, agora voltadas para os setores empobrecidos que habitam as periferias, espaços prisionais e atingem manifestantes nas ruas". (Vera Brasil, 2015, p. 330).

Assim, através dessa práticas sociais realizadas dentro da prisão podem ter efeitos diversos em razão dos direitos e garantias de cada população que se escuta. Algumas podem contribuir para um novo olhar que perpassa as narrativas e o espaço prisional e o significado de justiça, os sentimentos e a memória retratada nos relatos de quem está submetida a instituição estatal dentro de um espaço obscuro e vivido por muitos, mas desconhecido por outros. Assim, trabalhar com as narrativas representa o reconhecimento e o empoderamento dessas mulheres acerca de seus direitos, as vezes morosamente concedidos como se fosse um mero favor estatal. Tal fundamento vem sendo percebido no relato de Lilás ao afirmar:

> "Nem sempre a justiça é verdadeira, queremos tanto justiça, mas ninguém faz nada. Vemos na televisão roubalheira, e cadê a justiça? Acho que a justiça tem só para quem tem dinheiro. Pronto falei isso é fato. Por isso que às vezes eu entendo menos ainda o que se passa dentro da prisão e o que vocês estudam.
>
> .Rosa refere: "Justiça é uma coisa muito complicada de se entender, é muito distante, para umas pessoas funciona, para outras não. Por exemplo, vi uma pessoa da lava jato pagar R$ 52 mil para receber uma domiciliar porque tinha filhos menores. E as outras mães que também têm filhos menores, que não têm os R$ 52 mil para pagar? A justiça para essas mães não funciona? Justiça tem que ser para todas as pessoas iguais, ou não? Justiça é complicada."
>
> Azul relata.
>
> "Justiça, no momento é um pouco complicado eu explicar o que significa. Às vezes ela é tão falha, mas também é justa em alguns casos, talvez pelo pouco conhecimento que tenho não consiga explicar o que é no momento, mas vou tentar. A justiça para mim serve para julgar, analisar, condenar e absolver. Mas a justiça existe para que tenhamos ordem no momento em que vivemos. O nosso País está precisando muito de justiça, mas sem a venda dos olhos, porque está demais o que vem acontecendo com os nossos governantes. Eu quero e espero uma justiça ampla e digna para que possamos olhar para frente e ter esperança de um Brasil melhor.
>
> Sabe é complicado estar aqui reclusa, mas ainda me resta um pingo de esperança para poder sair e viver em um mundo melhor. Esse mundo só se faz com justiça que venha até o espaço prisional e que conheça as nossas falas e que nos ouça, com olhos de ver. Aí sim, eu acredito nela." (verde).
>
> "Justiça deveria ser quando alguém comete um delito muito grande e é julgado honestamente, sem subornos, com investigação e provas concretas para depois condenar. No mundo onde vivemos o que mais tem é injustiça, pois têm muita gente presa inocente e gente assassina, criminosa e traficante e grande; solto. Existem juízes e policiais corruptos que vendem a liberdade para quem têm dinheiro. Cadeia foi feita para pobre. Rico e gente "grandona" se vão presos não ficam muito tempo, ficam meses e saem. Portanto eu acho que no momento o que está prevalecendo é a injustiça." (Marrom).
>
> Na percepção de Laranja:
>
> "Estar na prisão é torna-se cada vez mais invisível. Sou indiferente nesse espaço. O estado não se preocupa com o que tu fala, mas simplesmente pelo julgamento de seus atos".
>
> Eu acredito que através da minha escrita , que eu seja ouvida, nem que seja através desse livro vozes de um tempo:
>
> Enfim, a agonia é tanta
> Que faz a gente pensar.
> Que para senti-la
> Não precisa se esforçar.
> Agora a agonia está
> Chegando ao fim.
> E tudo vai mudar aqui,
> Eu muito aprendi
> Que lá, na rua,
> É o meu lugar.

Viva a vida (Afirma vermelha)

De uma maneira que sua presença não seja notada, mas sua ausência seja extremamente sentida.

Tais relatos e narrativas representam o espaço da invisibilidade da justiça, do direito à informação. Para Reyes Mate, Benjamin retratou "porque está reconhecendo que a democracia dos Estados democráticos é só para alguns. É uma crítica severa ao pensamento político por não ter visto algo tão enorme que, não obstante, para alguns é tão evidente".(REYS MATE, 2011,p.162) No entanto, é preciso fazer a reflexão de que espaço queremos construir e para isso devemos registrar as falas de vozes e de um tempo vivido na prisão, nas narrativas dessas mulheres para que haja maior visibilidade, apesar do oculto dentro da prisão, ainda permanecer em estado de solidão e de ausências.

5 Considerações finais

Nossa proposta reside na perspectiva de trabalho permanente e conjunto com os diversos saberes, buscando trazer um novo olhar com encaminhamentos efetivos. Por fim, com a atividade extensionista o que se busca é a superação do Estado de indiferença social e estatal em relação àqueles que cumprem pena privativa da liberdade e àqueles que trabalham junto à execução penal; aprimorar a atuação da comunidade acadêmica através de políticas públicas; no sentido de revelar o "invisível" ocultado pelo discurso oficial.

Aliado, a necessidade de acesso à universidade de práticas jurídicas emancipatórias, com efetiva responsabilidade social das faculdades de Direito.

Por fim, a partir da vivência construída na Madre Pelletier, diversos aspectos precisam ser pensados. É necessário desvelar quem são as mulheres privadas da liberdade, trazer os relatos, contar históricas e resignificar o espaço prisional, conseguir uma aproximação com o que as mulheres pensam em relação ao aprisionamento, além disso, as dificuldades vivenciadas no cárcere, em razão do gênero.

Dessa forma, somente levando em consideração as vozes dessas mulheres será possível construir uma outra história, em que os invisíveis possam ser ouvidos. De outra parte, a extensão comprometida com o empoderamento de seus participantes, no caso em exame, das mulheres possa revelar as limitações diárias do sistema de justiça criminal. Talvez, este espaço prisional que se abre ao diálogo possa transformar o conflito em empoderamento, a invisibilidade em novas ações e a prisão feminina se desvelar através do diálogo e da aproximação com a Universidade, com novas trocas de saberes, significados e pertencimento. Como bem refere Roberto Lira Filho (2015.p.390), é preciso que a política criminal nela inserta venha da realidade social e, não simplesmente , baixe sobre ela. "Esses feitiços", afirma o autor, "têm agido contra os feiticeiros, capazes de rabiscar paráfrases das últimas publicações estrangeiras, sem atentar para o homem a que se destinam. Tais reformas de meia confecção nunca se ajustam ao corpo social que pretendem vestir; e ele rompe-as, ou deforma-as, fazendo substituir empirismos e primitivismos ao lado das belas edificações, muito científicas , mas sem funcionalidade, sem alcance e sem uma dose prudente de realismo e de pragmatismo".

A capacidade de apreender o novo é uma prova para cada cultura, com a condição de defini-la não como um conservatório da identidade, mais precisamente como a matriz cultural de onde partimos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, Criticismo e Crítica do controle penal. In: _____. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p.47-177.

BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 2. reimp. Rio de janeiro: Ed. Revan, 2014, p. 166).

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.86.

BRAGA, ANA GABRIELA MENDES. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRAGA, A. G. M. (2012). Reintegração social: discursos e práticas na prisão-um estudo comparado. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-140255/pt-br.php>. Acesso em 17 maio 2017.

BRASIL, Vera Vital. **Reparação Psicológica: Um projeto em construção**.p. In Direito Achado na rua, vol.7, UNB, 2015,p.329 -334.

BRASIL. Política Nacional de Extensão Universitária. Manaus – AM, Maio de 2012. Disponívelem: <http://www.proec.ufpr.br/downloads/extensao/2012/legislacao/Politica%20Nacional%20de%20Extensao%20Universitaria%20maio2016.pdf>

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. **Discursos Sediciosos:** crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 2000. v.5, n.9/10, p.203-219.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penalogia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. In: CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Sofrimento e Clausura no Brasil contemporâneo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CASTILHOS, T. O.; SCHROEDER, S. . Motivação e Cárcere: um diálogo crítico. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo; LAZZARI, Felipe da Silveira. (Org.). DEMOCRACIA E(M) SISTEMA PENAL. 1ed.Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.v. 1.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência / Álvaro Ricardo de Souza Cruz. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIA, D.S.. Construção Conceitual da Extensão Universitária na América Latina. Brasília:2001.

DIAS DA FONSECA, Livia Gimenes e RAMPIN, Talita Tatiana Dias. ***As lutas por direitos e as (in) transições brasileiras no contexto latino-americano.*** *Direito achado na rua, vol.7, 2015, UNB. p.35-43.*

FOUCAULT, Michel. Segurança, Penalidade e Prisão. *Dos Suplícios às Celas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p.32-36.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?**. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz Terra, 1992.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 30.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina.** *Direito achado na rua, vol.7, 2015, UNB* (2015p.133-145)

FILHO, Roberto Lyra. **Humanização e disciplina: Orientação e sentido das reformas Penitenciárias em nosso tempo.** *Direito achado na rua, vol.7, 2015, UNB. p.387-391.*

GARLAND, David. **A Cultura do Controle:** Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HONNETH, Axel. ***Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais***. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. **Civitas Revista de Ciências Sociais**, v.8, n.1, 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/civitas/article/view/4322>. Acesso em 01 dez. 2015.

LIMA, Gigliola Marcos Bernardo de et al. Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 446-456, set. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 02 out. 2017.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: as afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. *Educação em Revista* (46), 2007, pp. 201-218.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATE, Reyes**. Meia-noite na história": Comentários às teses de Walter Benjamin *Sobre o conceito de história*.** São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

MELLO, P. V. (2016). **As mulheres presas e o acesso à justiça penal:** ignorância de quê(m). Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre.

MELLO, Priscila Vargas e SCHROEDER, Simone. **Acesso à justiça na Madre Pelletier e perspectivas de empoderamento.** Anais do Sociology of law. Ed. UnilaSalle. Canoas, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista:** novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILANI, Raquel. "Sim, Eu Ouvi o que Eles Disseram": o Diálogo como Movimento de Ir até Onde o Outro Está. Bolema, Rio Claro, v. 31, n. 57, p. 35-52, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-636X2017000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 29 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Coordenadores: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.p.49.

RICOEUR, Paul. *A Memória, a História, o Esquecimento*. Campinas: UNICAMP, 2007.

RUDNICKI, Dani; SCHROEDER, Simone. Uma Visão Contemporânea da Pena de Prisão. In: RUDNICKI, Dani. (Coord.). **Sistema Penal e Direitos Humanos (im)possíveis interlocuções**. Porto Alegre: Uniritter, 2012. p.104–131.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SOUSA JR, Jose Geraldo. **O Direito como liberdade: o Direito Achado na Rua. Experiências populares emancipatórias de criação do direito**. Brasília, UNB.2008 (tese de doutorado, UNB).

SCHROEDER, Simone et al. Penitenciária Feminina Madre Pelettier: Uma Construção Interdisciplinar para o Acesso à Justiça. **Direito e Psicologia**, p.171–192, 2010.

SILVEIRA, R.; CANTO, Maria José Azevedo do. **Extensão e Formação no Ensino Superior: da prática assistencialista à perspectiva transformadora**. In: Raquel da Silva Silveira e Maria José Azevedo do Canto. (Org.). Direito e Comunidade: Perspectivas em Extensão. Porto Alegre: UniRitter, 2009, v. , p. 11-28.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização...Uma (Dis)Função da Pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Buscando o Inimigo: de Satã ao Direito Penal Cool. In: _____; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal.** Rio de Janeiro: GZ, 2010.

GT09: DIREITO, INCERTEZA E DESORDEM: 20 ANOS DE PESQUISA NO PRISMAS

(IN)SEGURANÇA JURÍDICA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CELEUMA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Thaiane Correa Cristovam

Resumo: Objetiva-se no presente trabalho uma reflexão crítica, apresentada sob a perspectivada segurança jurídica, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e responsável pela uniformização da sua interpretação, tendo como enfoque a análise de suas recentes decisões concernentes à presunção de inocência. Propõe-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente à presunção de inocência, assente nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 84.078/2010, 126.292/2016 e 152.752/2018, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. A partir da análise dos julgados explicitados, pode-se perceber que a presunção de inocência é tema deveras conturbado na jurisprudência do STF, considerando-se que nos últimos 8 anos este não somente alterou seu entendimento no ano de 2016, como também o pautou novamente em 2018, no HC 152.752, que tinha como paciente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste contexto de insegurança, as recentes decisões do STF abordadas são símbolo da incerteza que paira sobre a atuação jurisdicional. Daí que se pode denotar um descolamento entre a atividade do STF e o cumprimento de seu dever de defesa da integridade do ordenamento constitucional, o que acaba fomentando um tipo de caos jurídico.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Supremo Tribunal Federal. Segurança Jurídica. Guardião da Constituição.

Abstract: This paper's main objective is a critical reflection, presented in the perspective of integrity, about how the Brazilian Supreme Court exercises its role as the guardian of the Constitution and the responsible subject for its interpretation, having as a main focus the analysis of the Court's recent decisions concerning the presumption of innocence. The paper's methodological proposal is bibliographical research and the analysis of the Brazilian Supreme Court jurisprudence alluding to the presumption of innocence, based on the rulings presented in the *Habeas Corpus* 84.078/2010, 126.292/2016 and 152.752/2018, and in the Declaratory Actions of Constitutionality 43 and 44. Inquiring the cited rulings, it could be noted that the presumption of innocence is a them rather tumultuous in the Brazilian Supreme Court's jurisprudence, considering that in the past 8 years the Court has not only altered its understanding of the matter in 2016, but it also has ruled on the subject once again in 2018, in the HC 152.752, which had as the defendant the ex-President Luiz Inácio Lula da Silva. In such a context of insecurity, the recent rulings of the Brazilian Supreme Court can be seen as a symbol of the uncertainty that hovers the jurisdictional activity. Therefore, it can be noted the detachment between the Court's activity and the fulfilling of its duty of defending the integrity of the constitutional system, what ends up fomenting a type o juridical chaos.

Keywords: Presumption of Innocence. Brazilian Supreme Court. Integrity. Guardian of the Constitution.

1 Introdução

É inegável que o Supremo Tribunal Federal está "na boca do povo". Suas decisões vem sendo quase que diariamente comentadas em programas televisivos, sua pauta vem cada vez mais ditando a agenda política brasileira. Diante disto, é inevitável questionar se este protagonismo do Poder Judiciário, em especial no que concerne à interpretação da Constituição por parte de seu órgão de cúpula, se demonstra benéfico para o panorama jurídico-político do país.

Isso porque, não obstante os debates acadêmicos contemporâneos sobre a fundamentação da legitimidade do controle de constitucionalidade, sobre a possibilidade da existência de apenas *uma* resposta correta aos casos complexos que são analisados diariamente por Cortes Constitucionais e da tentativa do Poder Legislativo de uniformização da prestação jurisdicional por meio da promulgação, no Brasil, de um novo Código de Processo Civil no ano de 2015, com o objetivo de cultivar uma atividade jurisdicional fundada na segurança jurídica, a realidade que se apresenta é outra, e ela passa ao largo da integridade.

Neste contexto de insegurança e caos, as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a verdadeira celeuma concernente à presunção de inocência e à prisão em segunda instância são símbolos da incerteza que paira no entorno da atuação jurisdicional no Brasil. Para além disso, deve-se levar em consideração o fato de que uma Corte Constitucional, como mais alto órgão do Poder Judiciário e guarda da Constituição, deve ter por norte a estabilidade de sua jurisprudência - o que evidentemente não implica na impossibilidade de sua revisão - e a congruência desta com a integridade do texto constitucional - o que, por sua vez, não deve levar à conclusão de que a sua interpretação não pode desenvolver-se e adaptar-se às novas realidades sociais, mas também não deve ter o condão de deturpar as previsões da Constituição.

Desta forma, propõe-se no presente trabalho realizar uma breve reflexão crítica acerca do tema da presunção de inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo como enfoque principal a análise dos julgamentos realizados nos *Habeas Corpus* 84.078/2010, 126.292/2016 e 152.752/2018, e da medida liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Para tanto, empregar-se-á o método de pesquisa bibliográfico, assim como a inquirição dos casos acima explicitados.

2 A segurança jurídica e o tribunal constitucional

Há algum tempo, vem perpassando as discussões acadêmicas relacionadas ao Direito Constitucional a questão relacionada à legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelos Tribunais Constitucionais. Com efeito, o debate emergiu ante a inevitável tensão originada do fato de uma Corte não eleita possuir o poder (e, no caso do Brasil, a legitimidade constitucionalmente outorgada) para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos provenientes de um Poder cuja autoridade democrática deriva diretamente do sufrágio.

Com a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e o célebre julgado da Suprema Corte norte americana *Marbury v. Madison*,[1] a revisão judicial de constitucionalidade foi justificada afirmando-se ser o papel de cada um dos três Poderes, assim como do povo, opor-se a atos considerados inconstitucionais, preservando-se, neste ínterim, a decisão política fundamental: a Constituição.[2]

É dizer que, em um primeiro plano, a defesa da revisão judicial de constitucionalidade foi justificada com base no fato de que todo o cidadão e funcionário do Governo deveria opor-se à atos inconstitucionais. Desta feita, em sendo os juízes não somente cidadãos, como também membros de um dos três Poderes, seria seu dever declarar inconstitucionais atos contrários ao texto da Constituição.

De outra banda, a ideia de preservação do Direito foi utilizada por Ronald Dworkin, na medida em que o célebre jurista edificou sua teoria filosófico-jurídica sobre a legitimidade do exercício da revisão judicial no pressuposto do Direito como integridade (a interpretação judicial é feita levando em consideração o passado e o futuro da prática jurídica)[3] e na possibilidade de uma resposta correta (ou ao menos na praticamente virtual inexistência de casos nos quais não haja uma resposta adequada).[4]

A teoria hermenêutica contemporânea, por sua vez, especialmente aquela representada por Lenio Streck, ainda que por caminhos e fundamentos diferentes dos sustentados por Ronald Dworkin, também defende a perspectiva da existência de uma resposta correta. O autor gaúcho sustenta a possibilidade de uma hermenêutica jurídica que seja avessa a discricionariedades, isto é, que conforme efetivo limite às decisões judiciais. Neste sentido, o jurista propõe uma teoria da decisão judicial, cujo cerne é a concretização

[1] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison. 5 U.S. (1 Cranch) 176, (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

[2] KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 103.

[3] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 225.

[4] DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 144.

da Constituição, embasada em cinco princípios: (1) preservar a autonomia do direito; (2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; (3) o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; (4) o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; e (5) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.[5]

Neste contexto, o intuito de preservação da integridade do Direito também pode ser observado com a promulgação do novo diploma processual civil no ano de 2015. Isso porque, o novo Código de Processo Civil gerou diversos debates sobre a sua busca de institucionalização de um sistema de precedentes e de maior necessidade de fundamentação das decisões no ordenamento jurídico brasileiro.[6] A exemplo disso, pode-se mencionar a previsão do art. 489[7] do diploma processual o qual positiva diversas hipóteses nas quais não se considera fundamentada uma decisão judicial. Assim vem a redação do dispositivo legal:

Além disso, no que toca à observância dos precedentes, tanto dos Tribunais superiores, como do próprio Tribunal do Estado ou da Região, pode-se mencionar a instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976),[8] do Incidente de Assunção de Competência (art. 947)[9] e da Reclamação (art. 988),[10] todos instrumentos que tem por escopo a uniformização da jurisprudência e a preservação da

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 601-620.

[6] FEITOSA, Adriano Gonçalves; SEIXAS, Bernardo Silva de; PINTO, Jhennifer Cristine Souza. Precedentes e jurisdição constitucional no Novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. n. 35, p. 233-251, dez. 2016.

[7] *Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º* Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: *I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º* No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. *§ 3º* A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

[8] *Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º* A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. *§ 2º* Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. *§ 3º* A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. *§ 4º* É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. *§ 5º* Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

[9] *Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º* Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. *§ 2º* O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. *§ 3º* O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. *§ 4º* Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

[10] *Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; § 1º* A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. *§ 2º* A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. *§ 3º* Assim que recebida, a reclamação será autuada e

segurança jurídica.

Perceba-se, neste ínterim, que os argumentos jurídicos explicitados e o movimento legislativo observado atualmente têm um fio condutor comum que lhes perpassa como pano de fundo: a estabilidade, a preservação das disposições contidas na Constituição e nos textos legais. É dizer, a segurança jurídica.

Por outro lado, a despeito disso, também se pode observar esta dinâmica a partir de outro viés, assente no fato de que a necessidade da positivação e da instituição de um sistema mais uniforme de decisões judicias é reflexo da realidade do sistema judiciário brasileiro, caracterizado por uma espécie de caos decisório e por decisões divergentes proferidas em casos bastante similares. Quer dizer, pela insegurança jurídica e pela incerteza.

Esta situação caótica que marca a atividade do Poder Judiciário brasileiro é somente agravada por alguns importantes julgados proferidos por seu órgão cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Isso também em razão de que um dos papéis de importância a ser exercido pelo STF, além da primordial guarda da Constituição, é a uniformização da interpretação constitucional. A atuação da Corte, contudo, não somente não tem se dado neste sentido, como também vem deturpando preceitos constitucionais expressos no texto da lei maior. Instaura-se, a partir disso, um ciclo vicioso e nocivo para o sistema jurídico, no qual o guardião da Constituição vem lhe dilapidando e mitigando direitos e garantias fundamentais.

3 Presunção de inocência: a celeuma infindável

A análise da jurisprudência de um Tribunal faz-se importante na medida em que as decisões por ele proferidas são reflexo da sua forma de atuação e do papel por ela exercido na estrutura institucional de um determinado sistema constitucional. Para além disso, deve-se levar em consideração o fato de que uma Corte Constitucional, como mais alto órgão do Poder Judiciário e garante da Constituição, deve ter por norte a estabilidade de sua jurisprudência - o que evidentemente não implica na impossibilidade de sua revisão - e a congruência desta com a integridade do texto constitucional - o que não pode levar à conclusão de que a sua interpretação não pode desenvolver-se e adaptar-se às novas realidades sociais, mas também não deve ter o condão de deturpar as previsões da Constituição.

A presunção de inocência, neste contexto, representa uma verdadeira celeuma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na medida em que durante os últimos 8 anos não somente a Corte alterou seu entendimento originário quanto ao tema no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292[11] no ano de 2016, como também pautou a questão para novamente debate-la em 2018, no julgamento do *Habeas Corpus* 152.752[12], que tinha como paciente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O julgado do ano de 2016, no qual houve a reversão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, HC nº 126.292/SP, teve como Relator o Ministro Teori Zavascki e foi impetrado em face da decisão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação, determinou a expedição de mandado de prisão em face do paciente. Isto é, determinou o Desembargador da Corte paulista a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado do Acórdão condenatório.

Até aquela ocasião, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria estava assentada no julgamento do HC 84.078/MG,[13] de relatoria do Ministro Eros Grau, Acórdão no qual ficou reconhecida a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, uma vez que esta feriria o previsto no inciso LVII do

---

distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. *§ 4º* As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. *§ 5º* É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292-SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ em 17-05-2016.

[12] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 152.752. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJ em 10-04-2018.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-MG. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ em 26-02-2010.

art. 5º da Constituição Federal,[14] o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, a jurisprudência do STF dava-se na esteira de que a prisão decorreria necessariamente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento do HC 125.292/SP, contudo, o Ministro Relator, em sua fundamentação, asseverou o entendimento pretérito do STF, anterior ao HC 84.078/MG, afirmando que este aceitava a execução provisória da pena, ainda que a decisão condenatória fosse recorrível, uma vez que os recursos direcionados às instâncias extraordinárias (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) não seriam dotados de efeito suspensivo. Afirmou, nesta esteira, que o princípio constitucional da presunção de inocência aplicar-se-ia somente aos graus de jurisdição ordinária, uma vez que somente perante o juiz singular e o Tribunal de segundo grau seria permitida a análise fático-probatória.

Assim, consignou o Relator naquela oportunidade que tendo havido em segundo grau juízo de culpabilidade do acusado, fundamentado em análise de conjunto probatório que não poderia ser revisto pelas instâncias extraordinárias, a relativização do princípio da presunção de inocência, e até mesmo sua inversão, seria admissível, de forma que seria cabível reconhecer-se a vigência do art. 637 do Código de Processo Penal,[15] dispositivo que prevê que o Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo.

Lançou o Ministro Teori Zavascki a inteligência de que a execução da sentença penal condenatória na pendência de julgamento de Recurso Extraordinário não comprometeria o núcleo essencial do princípio do pressuposto da não culpabilidade, porquanto, até o julgamento em segunda instância, o acusado teria sido tratado como se inocente fosse, e a ele teriam sido assegurados todos os direitos e garantias inerentes ao processo penal. Daí que não seria contrário à Constituição a execução da sentença, enquanto pendentes de julgamento os recursos interpostos às instâncias extraordinárias. Asseverou seu entendimento mencionando diversos ordenamentos jurídicos alienígenas, nos quais é permitida a execução da sentença penal condenatória, ainda que pendente a análise de recursos.

Afirmou o Relator, por fim, que as instâncias extraordinárias seriam utilizadas com fins protelatórios, de forma a dar-se a ocorrência prescrição da pretensão punitiva, uma vez que estes instrumentos processuais não acarretariam a interrupção do prazo prescricional. Nesta leitura, os recursos extraordinários antes de constituir uma garantia, representariam instrumentos de inibição da efetividade da jurisdição penal.

Neste contexto, votou o Ministro Relator no julgamento do HC 126.292 por denegar a ordem de *Habeas Corpus*, tendo sido acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da jurisprudência da Corte, os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandwski.

A decisão proferida nos autos do *writ* mencionado foi determinante, na medida em que serviu de fundamento para o indeferimento, pelo Ministro Marco Aurélio, em 5 de outubro de 2016, da medida cautelar pleiteada nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, na qual se requer a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal,[16] em decisão que ficou assim ementada:

> MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU.

[14] *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.* In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de mar. 2018.

[15] *Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.* In: BRASIL. Código de Processo Penal. Lei 3.689 de 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 17 de jul. 2017.

[16] *Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.* In: BRASIL. Código de Processo Penal. Lei 3.689 de 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 17 de jul. 2017.

> COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).[17]

Ademais, também relevante a decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.292 para o posterior julgamento do *Habeas Corpus* 152.752,[18] que tinha como paciente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e cuja própria admissão pelo Supremo Tribunal Federal configurou uma exceção à sua jurisprudência, consubstanciada na Súmula 691, *in verbis: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar."*[19]

Isso porque, o entendimento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado no verbete acima transcrito implica no reconhecimento da incompetência do STF para o julgamento de HC impetrado em face de decisão monocrática do Relator que indefere a liminar. Ocorre, no entanto, que esta foi precisamente a hipótese apresentada no *Habeas Corpus* nº 152.752, tendo em vista que se tratou de *writ* impetrado contra decisão monocrática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido liminar, no HC nº 434.766.[20]

É importante salientar, no entanto, que durante o trâmite do HC no Supremo Tribunal Federal e antes do julgamento pelo plenário da Corte, porém após a análise do pleito liminar pelo Ministro Relator, o Superior

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ em 07-03-2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+43%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+43%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zubmaqe>.

[18] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 152.752. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJ em 10-04-2018.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 434.766. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJ em 06-02-2018.

Tribunal de Justiça proferiu julgamento de mérito, denegando a ordem pleiteada pelo ex-Presidente. A despeito disto, o caos jurídico que orbita o direito fundamental à presunção de inocência já se configurou no próprio fato de ter sido admitido o HC 152.752 e determinado seu julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, antes do julgamento colegiado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a própria jurisprudência sumulada da Corte Suprema é no sentido da sua incompetência para conhecer o remédio constitucional.

Para além disto, perceba-se que que todos estes reiterados julgamentos foram proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade, por via de *Habeas Corpus*. Todavia, não obstante a considerável controvérsia e debate entre a academia jurídica e a sociedade gerados pela decisão, assim como a profunda insegurança jurídica por ela acarretada aos Tribunais inferiores e réus em processos penais, os quais ora têm automaticamente decretada a prisão após a prolação da decisão de segunda instância, e ora têm concedido o direito de recorrer em liberdade, o Supremo Tribunal Federal hesita em colocar em pauta o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais se debate o tema da (in)constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cuja decisão terá efeitos *erga omnes* e pode, finalmente, sepultar a questão.

Por outro lado, embora o Supremo Tribunal Federal venha afirmando sua jurisprudência no sentido de que inexiste incompatibilidade entre o pressuposto da não culpabilidade previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal e a prisão do réu após a decisão de segunda instância, e independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, há Ministros da colenda Corte, vencidos no julgamento do HC 126.292, que seguem concedendo ordens para determinar a soltura de réus que se encontram em situações tais. Como exemplo, pode-se citar o *Habeas Corpus* 137.063/SP,[21] cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, no qual foi concedida a ordem de soltura do réu, em decisão disponibilizada em 13 de setembro de 2017.

Afirmou o eminente Ministro quando da concessão da ordem pleiteada:

> Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5°, LVII, da CF, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, consequentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4°, IV, da CF.
>
> Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5° da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.[22]

Daí, pode-se denotar, que a questão não se faz em nada pacificada na Corte Suprema brasileira, conquanto ainda persistem decisões divergentes no tocante à (in)compatibilidade da determinação da prisão após a prolação de Acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição com o direito fundamental à presunção de inocência. Em tal contexto, a insegurança é tanta que a liberdade ou a manutenção da prisão de um réu depende da designação do Relator ao processo.

De outra banda, no que toca à correção da decisão, é relevante colocar-se que dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Da leitura, na esteira do entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski acima citado, não há qualquer método interpretativo por meio do qual se extraia do dispositivo constitucional a possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da sentença. O trânsito em julgado da sentença implica que esta não é mais passível de recursos, não importando serem eles direcionados às instâncias ordinárias ou às instâncias extraordinárias. Trânsito em julgado não significa decisão de segundo grau. Trânsito em julgado importa em decisão final, *não passível de qualquer outro recurso*, significa imutabilidade da decisão.

---

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 137.063-SP. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ em 13-09-2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5051205>. Acesso em 18 de jun. 2018.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 137.063-SP. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ em 13-09-2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5051205>. Acesso em 18 de jun. 2018, p. 06-07.

Para o direito fundamental, não há relevância no fato de ser o recurso (extra)ordinário, uma vez que a extraordinariedade de um instrumento processual em nada afeta o significado de *trânsito em julgado*, tendo em vista que este é o marco final do processo penal. Aury Lopes Jr., assim como Lenio Streck,[23] utilizaram suas colunas no boletim de notícias virtual "Consultor Jurídico" para comentar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, asseverando o primeiro jurista que:

> O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com Streck) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.[24]

O panorama brasileiro de discricionariedade judicial fica patente a partir da leitura das decisões prolatadas nos HC 126.292 e 152.753. O que fez o Supremo Tribunal Federal, em especial no primeiro julgado, foi alterar o significado da Constituição, foi riscar dela a expressão "*até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*". O STF afirmou, a partir deste julgamento, que a Constituição não foi uma decisão política tomada pela sociedade brasileira a partir da Assembleia Constituinte mais democrática que já teve o país, mas sim que a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é, que o STF pode dizer qualquer coisa sobre a Constituição e os demais terão de segui-lo. Passou-se por cima de expressão literal do texto constitucional. Violou-se direito fundamental do cidadão brasileiro, cláusula pétrea do texto fundamental.

Sequer pode-se tentar defender a decisão proferida pelo STF com o argumento de que ocorreu uma *mutação constitucional*, na medida em que esta, de acordo com Konrad Hesse, sempre pressupõe a vinculação com o texto escrito; o que ocorre na mutação, é a alteração de seu significado histórico que tem implicações na sua concretização, permanecendo o texto escrito inalterado.[25] Em realidade, o que se fez no julgamento foi um verdadeiro *rompimento constitucional*, tendo em vista que houve o desvio do texto, sem sua alteração formal.[26] Daí que, "Nesse caso não há uma *mutação,* mas *rompimento*. Por isso o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito".[27]

Nestes julgamentos ficou assentado no ordenamento jurídico brasileiro o poder do Supremo Tribunal Federal em fazer da Constituição o que melhor lhe aprouver. Curiosamente, aquele que deveria ser o garante da Constituição e de seus preceitos fundamentais, foi aquele que violou direito fundamental, cláusula pétrea da carta constitucional.

Daí que a postura de supremacia judicial da Corte, acoplada à insegurança jurídica acarretada pelas divergentes decisões, representam-se patológicas para o sistema constitucional brasileiro, na medida em que não há qualquer mecanismo que possibilite à sociedade ou aos demais poderes a reversão e a correção da inacertada e violadora decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Patológica, portanto, uma vez que o guardião antes de proteger, efetivamente contribuiu para a morte da garantia fundamental da presunção de inocência.

---

[23] STRECK, Lênio. **Janot Cria um Novo Método Jurídico – a estatística e… não conta tudo**! Consultor Jurídico. 26 de abr. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-conta-tudo>. Acesso em: 7 mai. 2016.

[24] LOPES JR., Aury. **Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 Jurídico**. Consultor Jurídico. 4 de mar. 2016. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 7 mai. 2016.

[25] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 51.

[26] *Idem*, p. 46.

[27] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

4 Considerações finais

A explanação proposta teve por objetivo refletir criticamente sobre as decisões recentemente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na temática da presunção de inocência e da possibilidade de determinar-se o recolhimento à prisão de réus condenados em segundo grau de jurisdição, a despeito de que estas decisões estejam pendentes do julgamento de recursos, e, portanto, ainda não acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada. Para isto, foram analisadas as decisões proferidas nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 84.078/2010, 126.292/2016 e 152.752/2018, e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

A partir da análise dos julgados explicitados, foi possível constatar-se que a presunção de inocência é tema deveras conturbado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerando-se que nos últimos 8 anos este não somente alterou seu entendimento no ano de 2016, como também o pautou novamente em 2018, no *Habeas Corpus* 152.752, que tinha como paciente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e cuja admissão configurou uma exceção à sua própria jurisprudência, consubstanciada na Súmula 691, tendo em vista que se tratou inicialmente de *writ* impetrado contra decisão monocrática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu a liminar requerida no *Habeas Corpus* nº 434.766. Ademais, todos estes julgamentos foram proferidos em sede de controle incidental de constitucionalidade. Todavia, a despeito da controvérsia gerada pela decisão, o Supremo Tribunal Federal vem hesitando em colocar em pauta o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, cuja decisão será dotada de efeitos *erga omnes* e que pode levar ao apaziguamento do tema.

Desta feita, não obstante a necessidade de cultivar-se uma atividade jurisdicional fundada na segurança jurídica, a realidade que se apresenta é outra, e ela passa ao largo da integridade. Neste contexto de insegurança e caos, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal abordadas são símbolo da incerteza que paira sobre a atuação jurisdicional. Neste sentir, foi possível denotar-se uma dissonância entre a atividade jurisdicional exercida pelo órgão cúpula do Poder Judiciário brasileiro e o cumprimento de seu dever de defesa da integridade e do zelo pelo ordenamento constitucional e pelos direitos fundamentais, o que acaba fomentando a incerteza e desordem.

Referências

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Lei 3.689 de 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 17 de jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 434.766. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJ em 06-02-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ em 07-03-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ em 07-03-2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.NUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+43%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zubmaqe>. Acesso em: 17 de jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>. Acesso em 10 de mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>. Acesso em 10 de mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292-SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ em 17-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 137.063-SP. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ em 13-09-2017. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5051205>. Acesso em 18 de jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-MG. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ em 26-02-2010.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison. 5 U.S. (1 Cranch) 176, (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

FEITOSA, Adriano Gonçalves; SEIXAS, Bernardo Silva de; PINTO, Jhennifer Cristine Souza. Precedentes e jurisdição constitucional no Novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. n. 35, p. 233-251, dez. 2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

LOPES JR., Aury. **Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 Jurídico**. Consultor Jurídico. 4 de mar. 2016. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 7 mai. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio. **Janot Cria um Novo Método Jurídico – a estatística e… não conta tudo**! Consultor Jurídico. 26 de abr. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-conta-tudo>. Acesso em: 7 mai. 2016.

GT10: DIREITOS ANIMAIS E SOCIEDADE DE RISCO

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AGRESSÃO AOS ANIMAIS: UMA RELAÇÃO PAUTADA NO PATRIARCALISMO

Gisele Kronhardt Scheffer

RESUMO: Este artigo tem como objetivos abordar a violência doméstica e sua relação com os maus-tratos contra os animais, além de propor alternativas de soluções. A metodologia utilizada é ampla pesquisa bibliográfica em renomados autores da área. Como resultado, foi encontrada estreita relação entre violência doméstica e maus-tratos a animais. Em famílias violentas, o animal de estimação normalmente serve como um objeto contra o qual a agressão pode ser perpetrada. Quando um ato de crueldade animal ocorre em conexão com casos de violência doméstica, é mais provável que tal violência seja exercida por homens. A mesma sociedade patriarcal, que concede maior poder aos homens sobre mulheres, crianças e animais, é a chave para compreender as raízes da violência familiar. Animais de mulheres agredidas também são constantemente maltratados pelo homem, como forma de vingança ou atemorização. Além disso, crianças que vivenciaram ou testemunharam violência doméstica são três vezes mais propensas a participar de abuso de animais em comparação com aquelas que não a testemunharam ou experimentaram. A exposição à crueldade contra os animais pode ter um impacto significante na criança em desenvolvimento, incluindo a dessensibilização e o declínio de empatia. Conclui-se que, em atendimentos a casos de violência doméstica, é importante que, além da mulher e da criança, seja dada a devida importância ao animal afetado pela situação. Deve-se não somente reconhecer a conexão entre violência doméstica e abuso aos animais, mas, também, responsabilizar o agressor pelos danos, tanto às pessoas como aos animais. Constata-se que a maneira mais eficaz para que o ciclo dos maus-tratos seja rompido é a educação, com a consequente conscientização sobre o respeito à vida em todas as suas formas.

Palavras-chave: Violência Doméstica e Animais. Perfil do Agressor. Patriarcalismo.

ABSTRACT: This article aims to address domestic violence and its relation to animal abuse, and to propose alternative solutions. The methodology that was used is extensive bibliographical research with renowned authors of the area. As a result, a close relation has been found between domestic violence and animal maltreatment. In violent families, the pet usually serves as an object against which aggression can be perpetrated. When an act of animal cruelty occurs in connection with domestic violence cases, such violence is more likely to be carried out by men. The same patriarchal society, which gives men greater power over women, children, and animals, is the key to understanding the roots of family violence. Battered women's animals are also constantly being mistreated by man as a form of revenge or fear. In addition, children who have experienced or witnessed domestic violence are three times more likely to engage in animal abuse compared to those who have not witnessed or experienced it. Exposure to cruelty to animals can have a significant impact on the developing child, including desensitization and declining empathy. It is concluded that, in cases of domestic violence, it is important that, besides the woman and the child, due importance be given to the animal affected by the situation. It is necessary not only to recognize the connection between domestic violence and animal abuse, but also to hold the perpetrator responsible for damages to both people and animals. It is verified that the most effective way to break the cycle of maltreatment is education, with the consequent awareness of respect for life in all its forms.

Keywords: Domestic Violence and Animals. Profile of the Perpetrator. Patriarchy.

Sumário: 1 Introdução. 2 A multifacetada violência doméstica. 3 Crianças abusadas: prováveis reprodutoras da violência? 4 Possíveis soluções para a problemática. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Até as décadas de 1960 e 1970 os cientistas sociais prestaram pouca atenção a formas de violência em que animais podiam ser maltratados, mulheres podiam ser espancadas por seus maridos ou amigos e crianças podiam ser vítimas de abusos e negligência. Não relacionavam abuso de animais, violência doméstica e maus-tratos infantis, que eram tratadas como formas distintas de violência. Atualmente, porém, em vez de serem vistas como formas de violência não relacionadas, a ciência social está finalmente lidando com as possíveis ligações entre elas. Ascione atribui a demora na percepção de que estas violências estão intimamente conectadas principalmente pela dificuldade na definição e registro de maus-tratos, além da falta de interesse dos pesquisadores em concentrar seus estudos em como os animais são tratados – ou maltratados – em nossa sociedade (ASCIONE, 2005, p. 26).

A violência doméstica não ocorre isoladamente de outras formas de abuso, e há um crescente reconhecimento de que a violência doméstica, o abuso infantil e de animais ocorrem frequentemente nos mesmos lares. (KOGAN et al., 2004, p. 418). O certo é que o abuso de animais e a violência interpessoal em relação aos seres humanos compartilham características comuns: ambos os tipos de vítimas são seres vivos, têm capacidade de sentir dor e angústia, podem exibir sinais físicos de dor e sofrimento e podem morrer, como resultado de ferimentos infligidos (ASCIONE, 2001, p. 3).

"Nas últimas décadas, surgiu a concepção da família multiespécie, que consiste em um grupo familiar composto por pessoas que reconhecem e legitimam seus animais de estimação como membros da família". Uma associação entre maus tratos contra os animais e a violência doméstica foi encontrada e nomeada internacionalmente como *Link*, que significa "elo" (GARCIA; MONSALVE, [s.d.]).

A violência doméstica contra a mulher é definida na legislação brasileira, na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também chamada "Lei Maria da Penha", como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, [...] em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".[1] Não é um fenômeno contemporâneo, mas apenas nos últimos 50 anos esta problemática tem sido tratada com a devida importância, sendo desenvolvidas políticas e estratégias para diminuir sua prevalência na sociedade. Infelizmente, estudos demonstram que ainda é um problema que afeta milhões de mulheres no mundo todo. Segundo a Organização Mundial da Saúde, aproximadamente 30% das mulheres do mundo entre 15 e 69 anos de idade são abusadas por seu companheiro. Na América Latina 25% a 50% das mulheres sofrem violência doméstica. Segundo dados de 2013, da Secretaria de Políticas para as Mulheres do Brasil, 38.020 mulheres são agredidas diariamente, sendo que em 68,8% das ocorrências os agressores são os cônjuges, companheiros ou ex-maridos (GARCIA; MONSALVE, [s.d.]). No Brasil, estima-se uma co-ocorrência de violência doméstica por parceiro íntimo contra mulheres e maus-tratos contra os animais da família entre 71% e 83%, segundo dados obtidos em abrigos para mulheres agredidas em onze cidades do estado de São Paulo (CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA, 2018). Além disso, 71,8% dos incidentes acontecem na própria residência da vítima, permitindo entender que é no âmbito doméstico onde se gera a maior parte das situações de violência vividas pelas mulheres (WAISELFISZ, 2012, p. 18).

É difícil, porém, determinar o número de crianças diretamente vitimizadas ou expostas à violência doméstica, mas calcula-se que, nos Estados Unidos, entre 10% a 20% das crianças encontram-se nessa situação (GARCIA; MONSALVE, [s.d.]). No Brasil, por sua vez, em 2015 o serviço de Disque Denúncia da Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República registrou 162 mil relatos de violência física, psicológica e sexual contra crianças e adolescentes. Dados da Sociedade Internacional de Prevenção ao Abuso e Negligência na Infância estimam que a violência doméstica atinja 18 mil crianças por dia no Brasil (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA BRASIL, 2016).

1 Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, Art. 5º, III. (BRASIL, 2006).

Devido à relevância e à gravidade do tema, este artigo apresenta como problemas de pesquisa: Como os animais são afetados pela violência doméstica? Qual o perfil do agressor doméstico? Quais os efeitos da violência doméstica nas crianças, em relação aos animais? e Quais as possíveis soluções para essa problemática? Objetiva abordar a violência doméstica, relacionando-a com os maus-tratos contra os animais, e propor alternativas de soluções. Para o alcance dos citados objetivos, este trabalho está estruturado da seguinte forma: primeiramente será abordada a violência doméstica e sua relação com maus-tratos aos animais; a seguir será enfocada a criança vítima da violência doméstica que testemunha também o abuso e/ou a morte de seu animal de estimação, e que poderá se tornar uma reprodutora da violência testemunhada ou sofrida, tanto com animais como com humanos; e, por fim, serão apontadas possíveis soluções para a problemática levantada.

2 A MULTIFACETADA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em praticamente todos os sentidos, os seres humanos gostam de exercer poder sobre outros animais. Legalmente, animais são considerados propriedade e isso os torna alvos fáceis de abuso. Porque os humanos determinam as leis e normas sobre como os animais são tratados – quais animais são dignos de proteção legal – e dada a ineficaz resposta do sistema de justiça criminal à crueldade contra os animais, os agressores estão em posição superior de poder e provavelmente não serão dissuadidos de suas ações. Além disso, os animais são as únicas vítimas de discriminação sistemática e exploração que verdadeiramente não podem falar em seu próprio nome (FLYNN, 2001, p. 79).

Maus-tratos com animais costumam ser "a ponta do *iceberg*" e o primeiro sinal de alerta de um indivíduo ou família em apuros. Em casos de violência doméstica, abuso infantil e abuso de idosos, o abuso de animais pode ser uma forma de o agressor silenciar as vítimas ou impedi-las de deixar um relacionamento violento. Os abusadores matam, ferem ou ameaçam animais para exercer poder sobre as vítimas humanas e mostrar-lhes o que poderia acontecer com elas. Matar um animal de estimação da família pode eliminar uma fonte de conforto e apoio para a vítima humana. Às vezes, as próprias vítimas abusam dos animais, seja para proteger o animal de danos ainda maiores ou para deslocar sua hostilidade contra o agressor (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]).

A violência contra seres humanos ou animais pode assumir a forma de abuso ou negligência física, sexual ou emocional. A maneira como os animais são vistos em uma família é uma janela para as relações interpessoais e a dinâmica familiar. Investigadores que encontram crueldade, abuso ou negligência com animais raramente se surpreendem ao ver outras questões ocultas sob a superfície, como a violência doméstica, o maltrato infantil e o abuso dos idosos (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]). Flynn (1999, p. 972) complementa, afirmando que o abuso de animais tende a ser conduzido majoritariamente por homens. Para Garcia e Monsalve [s.d.], "embora os homens também possam ser vítimas de violência doméstica, as mulheres são por muito as maiores vítimas deste tipo de violência interpessoal". E, segundo Flynn (2001, p. 75-76), tal como acontece com outras formas de violência familiar, o tratamento abusivo de animais ocorre em todos os níveis socioeconômicos. No entanto, assim como o abuso infantil e o abuso de mulheres, os perpetradores podem estar representados majoritariamente entre os indivíduos socioeconômicos mais baixos.

Relativamente pouca atenção é dada a um aspecto do problema: o abuso intencional de animais como um método de violência doméstica. Frequentemente, os abusadores exploram o vínculo emocional próximo, compartilhado por uma vítima e seu companheiro animal, para causar danos à vítima humana. O abusador pode prejudicar ou matar o animal para causar danos emocionais à mulher, usar ameaças contra o animal para obter obediência ou controle sobre ela, ou usar esses métodos para abusá-la ou coagir seu retorno depois que ela deixar a casa. As vítimas sofrem de angústia e desespero ao testemunhar seu parceiro torturar seu amado animal diante de seus olhos e, frequentemente, falam de como sua preocupação com o animal impede sua saída da casa. Como as instituições que abrigam mulheres vítimas de violência doméstica normalmente não aceitam animais, uma vítima que parte deve deixar seu animal no domicílio. Ao fazer isso, ela fica vulnerável a danos através do abuso contínuo do animal – abuso que pode forçá-la a retornar ao agressor apenas para proteger o animal (UPADHYA, 2014, p. 1163). O abuso de animais, portanto, é uma

forma de poder e controle usada para manipular, intimidar e retaliar outras pessoas na violência doméstica (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]).

Adams assegura, ainda, que existe uma ameaça ou morte real de um animal, geralmente um animal de estimação, como forma de estabelecer ou manter o controle sobre mulheres e crianças que estão sendo sexualmente vitimizadas. E há um uso de animais em violação sexual de mulheres ou crianças, ou o uso de animais para obter algum tipo de gratificação sexual (ADAMS, 1994, p. 65). A vitimização sexual de mulheres, crianças e animais, porém, ocorre de forma a ser invisível para a maioria das pessoas (ADAMS, 1994, p. 72).

A National Link Coalition ([s.d.]) utiliza o Modelo Duluth de Poder e Controle[2], para explanar a relação entre abuso animal e violência doméstica:

a) Isolamento: o agressor recusa-se a permitir que a mulher leve seu animal ao veterinário e a proíbe de socializar seu cão com outros cães.

b) Ameaças: o agressor ameaça ferir ou matar o animal de estimação se a mulher sair de casa ou afirmar qualquer independência.

c) Abuso legal: batalhas de custódia envolvendo animais de estimação. O agressor move acusações de roubo se a mulher sair de casa com o animal.

d) Negar e culpar: o agressor culpa à mulher ou ao animal por sua crueldade. Mata o animal de estimação e diz que não tinha importância, porque o animal era velho.

e) Abuso emocional: o agressor doa, mata ou desaparece com animais de estimação para tirar a fonte de amor incondicional da mulher. Faz a mulher forçadamente participar no abuso sexual de animais.

f) Abuso econômico: o agressor recusa-se a permitir que a mulher gaste dinheiro em alimentos para animais de estimação ou com cuidados veterinários.

g) Intimidação: o agressor prejudica ou mata animais de estimação: "Da próxima vez vai ser você...". O alvo do agressor abrange também animais de estimação da família ou de amigos que ajudam a mulher a escapar.

g) Uso de crianças: o agressor prejudica ou mata animais de estimação para intimidar as crianças. Culpa a mulher pelo "desaparecimento" do animal de estimação da família para criar desavenças entre ela e os filhos.

Fernández (2013) também assegura ter sido encontrada estreita relação entre maus-tratos a animais e violência doméstica. Nestas situações, quando um ato de crueldade animal ocorre em conexão com casos de violência doméstica, é mais provável que a violência seja exercida por homens. A mesma sociedade patriarcal, que concede maior poder aos homens sobre as mulheres, crianças e animais, é a chave para compreender as raízes da violência familiar. A autora ressalta que diferentes estudos mostram a ocorrência de crueldade contra os animais em casas onde as mulheres são agredidas. Ascione (1998) conduziu uma pesquisa, no norte do Estado de Utah, Estados Unidos da América. A amostra contou com 38 mulheres de idades entre 20 e 51 anos, com idade média de 30 anos, acolhidas em um abrigo por terem sido agredidas por seus companheiros. As mulheres aceitaram conceder as entrevistas apenas à equipe do abrigo. Baseado nos dados coletados, Ascione concluiu que a 71% das mulheres entrevistadas relataram agressão também aos seus animais de estimação. Foram casos como ameaças de colocar gatinhos em liquidificador,

[2] A Roda do Poder e Controle ilustra o padrão de comportamentos e ações utilizadas pelo agressor para controlar intencionalmente ou intimidar a sua companheira (BASINSKAITE et al., 2011). A Roda do Poder e Controle representa a experiência de mulheres que viviam com um companheiro que as maltratava. Esta não procura explicar todos os tipos de violência doméstica, mas sim oferecer uma explicação mais precisa da violência exercida pelos homens contra as mulheres com quem mantêm uma relação de intimidade. As palavras no centro da roda são "poder e controle" significando que as relações de intimidade são caracterizadas por um padrão de ações que o companheiro usa intencionalmente para controlar ou dominar a sua companheira íntima. Um agressor usa sistematicamente ameaças, intimidação e coerção para instigar o medo na sua companheira. Estes comportamentos são traduzidos pelos raios da roda. Uma vez que a violência física e sexual concretiza e perpetua as relações de abuso, o aro da roda surge como o símbolo dessa concretização (BRITO; ORTIZ, 2014, p. 39, 41).

enterrar gatos vivos e decapitá-los, atirar e matar gatos, deixar cães passarem fome, negligenciar atendimento veterinário, entre outros.

Flynn (2008, p. 161) levanta uma questão interessante: quando os animais de companhia testemunham a mulher sendo agredida fisicamente, eles podem desempenhar dois papéis. O primeiro é o de confortar, apoiando emocionalmente a vítima após o episódio violento. O segundo é o de proteger, às vezes arriscando sua própria integridade física. De qualquer maneira, testemunhar o abuso de uma vítima é sempre muito perturbador para o animal de estimação. Similarmente aos sintomas de estresse em humanos, as mulheres reportaram muitas manifestações físicas de estresse em seus *pets* quando estes testemunharam o abuso sofrido por elas, incluindo tremores, encolhimento e micção, entre outros. É importante observar, portanto, que tanto a violência sofrida pela mulher agride o animal, como a violência sofrida pelo animal agride a mulher.

Para Adams (1995, p. 76-77), ferir os animais, como ferir as crianças, pode ser o ato que convence a mulher da necessidade de separação do seu parceiro. Apenas o dano à criança pode convencer a mulher a deixar a casa, pois sua tolerância sobre o que é aceitável contra a criança foi violada, mas a morte de seus animais de estimação é o sinal final que convence uma mulher agredida que seu parceiro é capaz de cometer assassinatos. O grau em que ela ou as crianças têm um relacionamento intenso e respeitoso com um animal é a extensão em que ele pode prejudicá-la, maltratando o animal. E o grau em que ela se preocupa com seus filhos é, da mesma forma, o grau em que ele pode prejudicá-la, maltratando os filhos. Ele maltrata o animal ou as crianças sabendo que, desse modo, irá prejudicá-la.

Na sequência será enfocada especificamente a criança vítima da violência doméstica que testemunha também o abuso e/ou a morte de seu animal de estimação, e que poderá se tornar uma reprodutora da violência testemunhada ou sofrida, tanto com animais como com humanos.

3 CRIANÇAS ABUSADAS: PROVÁVEIS REPRODUTORAS DA VIOLÊNCIA?

Baldry (2005) conduziu uma pesquisa em Roma, Itália, envolvendo 268 meninas e 264 meninos, com média de idade de 11 anos e 8 meses, que enfrentavam abuso doméstico e que foram vítimas de *bullying*. Foram administrados questionários sobre a vitimização de abuso doméstico, *bullying* e participação em abuso de animais. As crianças que vivenciaram ou testemunharam violência doméstica foram três vezes mais propensas a participar de abuso de animais em comparação com participantes que não testemunharam ou experimentaram violência doméstica. Randall Lockwood, vice-presidente sênior da *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (ASPCA), em entrevista concedida a Siebert (2010), afirma que crianças que testemunharam abuso de animais, ou elas mesmas foram vitimizadas, demonstraram um comportamento conhecido como "abuso reativo": reencenam o que foi feito com elas, tanto com irmãos mais novos como com animais de estimação. Crianças que testemunharam o animal da família sendo maltratado, geralmente acabaram por matá-lo, a fim de terem, ao menos, um pouco de controle sobre o que elas julgam ser "o destino inevitável do animal".

Kellert e Felthous (1998) afirmam que é mais fácil, na infância, praticar violência contra um animal do que contra os pais, irmãos ou adultos. Ainda no que tange à relação entre violência doméstica e crianças agentes de maus-tratos aos animais, Boat, Loar e Phillips (2008) asseguram que a exposição à crueldade contra os animais pode ter um impacto significante na criança em desenvolvimento, incluindo a dessensibilização e o declínio de empatia, reforçando a ideia de que a criança, assim como o animal de estimação, é descartável. Para os autores, testemunhar a crueldade contra os animais em ambiente doméstico leva à imitação de comportamentos abusivos.

Quando as crianças abusam de animais, eles podem estar imitando a violência que eles experimentaram em casa – seja entre os pais ou a violência que os pais lhes infligiram. Crianças em lares onde ocorreram abusos contra a mulher ou abuso infantil podem ter testemunhado também abuso animal. Homens violentos podem ter ameaçado ou ferido os animais de companhia de sua parceira e/ou filhos, criando um clima de terror para vítimas humanas e animais (FLYNN, 2001, p. 81).

O impacto emocional sobre as crianças que testemunham ou perpetram atos de crueldade contra os animais pode ser vitalício e devastador. O abuso de animais faz parte de um ciclo intergeracional de violência. Crianças que vivem em lares com violência doméstica e abuso de animais absorvem atitudes e normas familiares insalubres e transmitem esses valores aos seus próprios filhos quando eles crescem (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]) e, para Dadds (2008), em família violentas e abusivas, o animal de estimação normalmente serve como um objeto contra o qual a violência pode ser perpetrada.

Flynn (1999) conduziu uma pesquisa envolvendo duzentos e sessenta e sete estudantes de graduação em uma universidade pública no sudeste dos Estados Unidos no final da década de 1990. Os alunos completaram um questionário que perguntava sobre suas experiências com violência familiar e crueldade contra animais. A amostra foi predominantemente branca (73%). Cerca de um quinto eram afro-americanos. Oito em cada 10 tinham menos de 21 anos e 92% tinham menos de 25 anos. A maioria era solteira (90%) e não tinha filhos (96%). Quase 92% tinham irmãos e irmãs. Aproximadamente 90% tinham animais de estimação em suas famílias durante a infância e 80% possuíam atualmente animais de estimação. Os resultados revelaram que aqueles que cometeram crueldade contra animais na infância ou adolescência foram fisicamente punidos com mais frequência por seus pais do que aqueles que não cometeram abuso contra animais. Os efeitos psicológicos combinados de ser tanto a receptora da violência de um dos pais quanto o perpetrador da violência contra um animal podem não apenas compor problemas de personalidade, mas também reforçar duplamente o uso instrumental da violência. Em outras palavras, os homens podem aprender que a violência é apropriada quando são fisicamente atingidos por seus pais e quando eles têm a chance de perpetrar violência interpessoal em animais.

É preocupante a forma pela qual a exploração sexual influencia o comportamento em relação aos animais, pois evidências sugerem que crianças vítimas de abuso sexual ferem animais (ADAMS, 1994, p. 65). O testemunho de sobreviventes de abuso sexual infantil revelou que as ameaças e o abuso de seus animais de estimação eram frequentemente usados para estabelecer controle sobre eles, enquanto também asseguravam seu silêncio, forçando-os a decidir entre a vitimização ou a morte do animal (ADAMS, 1994, p. 67).

Estima-se que 90 por cento das crianças em famílias onde há espancamento estão cientes dessa violência. As crianças precisam expressar seus sentimentos e preocupações, mas, em vez disso, eles podem encontrar uma atmosfera de silêncio, porque não é seguro expressar sentimentos na presença de um homem controlador. O agressor pode, também, influenciar as crianças a serem abusivas com os animais de estimação. A mãe, por sua vez, não só deve testemunhar as crianças sendo coagidas a ferir os animais, mas ela também não pode intervir para parar o abuso. Percebe-se, portanto, quão intimamente interligados são a violência física e o abuso psicológico (ADAMS, 1995, p. 76).

Adams (1995, p. 77) prossegue, afirmando que aqueles 90% das crianças que estão cientes do comportamento de agressão do parceiro de sua mãe podem testemunhar espancamentos, estupros ou ferimentos em animais, percebendo, dessa forma, a impotência de sua mãe. Mesmo que as crianças queiram proteger sua mãe ou um animal de estimação, elas geralmente são incapazes de fazê-lo e se sentem culpadas por sua incapacidade de intervir. Se tentarem proteger sua mãe ou o animal, elas mesmas correm o risco de serem feridas. Podem, então, culpar a mãe por sua impotência e enfurecer-se com ela, não com o agressor.

Nas crianças em risco de se tornarem futuros agressores violentos, a crueldade contra os animais pode ser um dos primeiros sintomas de desvio de conduta a aparecer. Desenvolver um senso de empatia por animais é, assumidamente, uma ponte para o fortalecimento de uma maior empatia pelos seres humanos, fazendo a violência contra estes ser menos provável de ocorrer (ASCIONE, 2001). Por essa razão há tantos estudos sobre a ligação entre crueldade animal na infância e posterior violência contra seres humanos, e, certamente, a violência doméstica é um fator importantíssimo a ser considerado.

Como o abuso contra o animal é um indicador de um lar caótico, no qual a segurança das crianças está em risco, tal abuso deve ser percebido e documentado, da mesma forma que um problema de bem-estar humano, e ser redefinido, também, como violência doméstica (GARCIA, 2009). A seguir, serão enfocadas medidas que podem contribuir para a solução da problemática.

4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A PROBLEMÁTICA

Sabendo que violência familiar e abuso contra os animais estão ligados, é importante que exista uma ampla programação educacional e de conscientização pública sobre essa ligação. Apresentações comunitárias, eventos especiais, abordagens específicas sobre o tema em escolas, programas em universidades e treinamento para profissionais aumentarão a conscientização e poderão alavancar estratégias organizacionais eficazes. O abuso de animais é agora reconhecido como parte da violência familiar com sérias implicações para as vítimas e para a sociedade. Reconhecer o vínculo entre o abuso de animais e a violência doméstica, os maus-tratos infantis e o abuso de idosos proporcionará aos profissionais uma ferramenta importante. Ao trabalhar em conjunto, a conscientização profissional e pública será levantada, o que, por sua vez, levará a comunidades mais seguras e saudáveis e a programas mais eficazes (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]).

Os estatutos de violência doméstica devem tratar a crueldade animal como uma ofensa, quando cometida com o propósito de prejudicar ou coagir a vítima humana. O fracasso da lei em fazê-lo deixa um método poderoso de dano sub-regulamentado e, assim, deixa o abuso de seres humanos e animais subestimados. A designação de abuso animal como delito de violência doméstica preenche uma lacuna importante na abordagem criminosa dessa violência e possibilita um grande número de medidas especializadas de proteção e reabilitação atualmente disponíveis para as vítimas, como mandados de proteção e terapia obrigatória para o agressor. Portanto, a frequência com que a violência doméstica e o abuso de animais co-ocorrem, o dano grave que este abuso inflige e os substanciais benefícios de proteção e remediação que se seguem sugerem que a criminalização dessa forma de abuso é uma abordagem necessária e altamente eficaz contra abuso doméstico e animal (UPADHYA, 2014).

Os abrigos para mulheres vítimas de violência doméstica são uma opção para aquelas vítimas que saíram de seus lares, mas não têm para onde ir. Ascione (1998) aborda uma série de questões práticas e políticas que devem ser levantadas quando da implementação de programas para abordar animais de mulheres que entram em abrigos, pois questões de gestão de saúde e espaço geralmente impedem a presença de animais de estimação em tais instalações. Primeiro, a equipe de abrigo de violência doméstica precisa ser treinada sobre a potencial significância da separação de animais de estimação e da crueldade contra animais como estressores emocionais adicionais, tanto para mulheres quanto para crianças. Isso significa que os administradores desses locais devem reconhecer a necessidade das vítimas virem acompanhadas pelos seus animais de estimação. Segundo, informações sobre abuso animal podem ser valiosas no desenvolvimento de planos de segurança para mulheres que permanecem em casa com seus agressores e para aquelas mulheres que planejam voltar para casa depois da permanência em um abrigo. Terceiro, os abrigos de animais precisam desenvolver políticas que garantam métodos para lidar com um agressor que tente reivindicar o animal de estimação (em alguns casos, como método de coagir ou intimidar ainda mais seu parceiro).

Ascione e Shapiro (2009) asseguram que outra importante medida é o surgimento, nas últimas duas décadas, do campo de Direito Animal, que é um poderoso instrumento de inovação em relação à ligação entre violência doméstica e abuso animal. Evidências de seu crescimento são encontradas, também, em periódicos, conferências, cursos, livros de casos e advogados especializados em Direito Animal. O campo de Direito Animal é em grande parte responsável por um número de desenvolvimentos judiciais, legislativos e regulamentares que fornecem uma política relevante para a ligação violência doméstica/abuso de animais. Além de suas funções punitivas e de dissuasão para perpetradores em risco e reais, as leis educam e moldam a atitude do público em geral em relação à importância do abuso de animais e sua relação com outras formas de violência. O reconhecimento de animais como sencientes poderá apoiar iniciativas tais como processar por lesão injusta e angústia mental, além do valor de mercado de um animal de companhia maltratado, bem como a reclassificação do abuso de animais de um crime contra a propriedade para um crime contra a sociedade. Mais uma vez, essa classificação permitiria que o abuso de animais fosse encarado mais seriamente no contexto da justiça criminal.

Zorza (2006, p. 65, 78) afirma que nos Estados Unidos as leis já criminalizam o abuso de animais. No Maine, porém, uma nova lei sancionada em 31 de março de 2006 permite que os atos protejam os animais de estimação prospectivamente quando as vítimas procuram proteção judicial para si e seus animais de estimação. Especificamente, a lei permite que a vítima leve os animais, tenha os animais abrigados ou

cuidados por alguém que a vítima designe, ou faça outras disposições para proteger os animais de estimação, como proibir o agressor de ter qualquer contato com o animal.

No Brasil, entretanto, a ligação entre violência doméstica e os maus-tratos aos animais não tem sido muito estudada, nem reconhecida nas políticas e estratégias que combatem a violência doméstica. Constitui-se, porém, em um aspecto de vital importância, ao se considerar que, segundo cifras do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 44,3% dos domicílios têm pelo menos um cão e 17,7% pelo menos um gato. Os animais de estimação, portanto, podem fazer parte do ciclo da violência doméstica e serem as primeiras vítimas. Dessa forma, a suspeita de maus-tratos contra os mesmos pode ser utilizada como indicador para a detecção e/ou prevenção de outros tipos de violência. Esse reconhecimento permite uma pronta intervenção por parte de uma equipe multiprofissional em saúde, com participação dos médicos veterinários, que podem ser os primeiros, ou os únicos profissionais a ter acesso a situações de abuso no contexto da família (GARCIA; MONSALVE, [s.d.]).

Quando animais são abusados, as pessoas correm risco; quando as pessoas são abusadas, os animais correm risco. O aumento da conscientização sobre o elo está incentivando os legisladores, as agências comunitárias e as pessoas interessadas a agir, dando maior importância à suspeita de abuso de animais, sabendo que eles também podem estar prevenindo outras formas de violência (NATIONAL LINK COALITION, [s.d.]).

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto conclui-se que há uma estreita ligação entre violência doméstica e maus-tratos aos animais. Não só as pessoas, mas também os animais sofrem em lares violentos e patológicos.

Acredita-se que os objetivos propostos foram atingidos, bem como elucidados os problemas de pesquisa: os animais são diretamente atingidos pela violência doméstica na forma de espancamentos, mutilações, mortes e até mesmo sendo utilizados como objetos de coação para as vítimas humanas; o perfil majoritário do agressor é o indivíduo do gênero masculino, o qual acredita que a mulher, as crianças e os animais são suas propriedades e deles pode dispor conforme sua vontade; as crianças vitimizadas pela violência doméstica, além de sofrerem abusos físicos e psicológicos, podem, no futuro, tornar-se perpetradores de crueldades contra animais e, até mesmo, contra pessoas; e, finalmente, foram apontadas possíveis soluções para a problemática, como o acolhimento de mulheres vítimas – juntamente com suas crianças e animais – em abrigos, terapia para os agressores e a adoção de medidas legislativas e judiciais que levem em consideração, além das pessoas, também os animais envolvidos em situações de violência doméstica. A autora acrescenta, também, a necessidade de atendimento terapêutico para as vítimas da violência, para que possam superar, ou pelo menos amenizar, as sequelas existentes e futuras.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Carol J. Bringing peace home: a feminist philosophical perspective on the abuse of women, children, and pet animals. **Hypatia**, Hoboken, NJ, v. 9, n. 2 p. 63-84, 1994. Disponível em: <https://goo.gl/vTUriU>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. Woman-battering and harm to animals. In: ADAMS, Carol J.; DONOVAN, Josephine. Animals and Women: feminist theoretical explorations. Durham, NC: Duke University Press, 1995. Disponível em: <https://goo.gl/4uAafB>. Acesso em: 21 abr. 2018.

ASCIONE, Frank R. Battered women's reports of their partners' and their children's cruelty to animals. In: LOCKWOOD, Randall; ASCIONE, Frank R. (Ed.). **Cruelty to animals and interpersonal violence**: readings in research and application. West Lafayette: Purdue University Press, 1998. p. 290-304.

_____. Animal abuse and youth violence. **Juvenile Justice Bulletin**, Washington, DC, p. 1-16, set. 2001. Disponível em: <https://goo.gl/uYX9rf >. Acesso em: 3 jan. 2018.

_____. Old wine in a new bottle. In: ASCIONE, Frank R. Children and animals: exploring the roots of kindness and cruelty. Purdue University Press, West Lafayette, IN, 2005. p. 25-40.

ASCIONE, Frank. R.; SHAPIRO, Kenneth J. People and animals, kindness and cruelty: Research directions and policy implications. **Journal of Social Issues**, **Medford**, **MA**, v. 65, n. 3, p. 569-587, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/ocQzQb>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BALDRY, Anna C. Animal abuse among preadolescents directly and indirectly victimized at school and at home. **Criminal Behaviour and Mental Health**, New Jersey, NJ, v. 15, n. 2, p. 97-110, 2005. Disponível em: <https://goo.gl/umCiLH>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BASINSKAITE, Diana et al. Profissionais contra a violência doméstica: um manual de formação. Göttingen: BUPNET, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/RMijg2>. Acesso em: 10 maio 2018.

BOAT, Barbara W.; LOAR, Lynn; PHILLIPS, Allie. Collaborating to assess, intervene, and prosecute animal abuse: a continuum of protection for children and animals. In: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty**: theory, research, and application. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 393-422.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <https://goo.gl/HNSeFF>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRITO, Marina; ORTIZ, Paula. **Vera Book**: guia de apoio à rede Vera. 2014. Disponível em: <https://goo.gl/81NyyE>. Acesso em: 8 maio 2018.

CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA. **Maus-tratos a animais indicam violência doméstica, defendem especialistas. 2018. Disponível em:** <https://goo.gl/BtuWg4>. Acesso em: 15 maio 2018.

DADDS, Mark R. Conduct problems and cruelty to animals in children: what is the link? In: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty**: theory, research, and application. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 111-131.

FERNÁNDEZ, Laura de Santiago. El maltrato animal desde um punto de vista criminológico. **Derecho y Cambio Social**, Lima, ano 10, n. 33, 2013. Disponível em: <https://goo.gl/8Hfuqd>. Acesso em: 21 abr. 2018.

FLYNN, Clifton P. Exploring the link between corporal punishment and children's cruelty to animals. **Journal of Marriage and Family**, Malden, MA, v. 61, n. 4, p. 971-981, nov. 1999. Disponível em: <https://goo.gl/CDfL75>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Acknowledging the "Zoological Connection": A sociological analysis of animal cruelty. **Society & Animals**, Cambridge, v. 9, n.1, p. 71-87, 2001. Disponível em:

<https://goo.gl/FWiqbQ>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. A sociological analysis of animal abuse. In: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty**: theory, research, and application. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 155-174.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA BRASIL. Pouco denunciada, violência contra crianças e adolescentes é enraizada na sociedade brasileira. (2016). Disponível em: <https://goo.gl/oYqNdW>. Acesso em: 15 maio 2018.

GARCIA, Rita de Cassia. Violência contra animais e violência doméstica: qual a ligação existente? **Jornal da Cidade**, Bauru, 10 mar. 2009. Disponível em: <https://goo.gl/bNcTLp>. Acesso em: 9 maio 2018.

GARCIA, Rita de Cassia; MONSALVE, Stefany.**Violência doméstica e abuso animal**. [s.d.]. Disponível em: <https://goo.gl/DxG5Mh>. Acesso em: 9 maio 2018.

KELLERT, Stephen R.; FELTHOUS, Alan R. Childhood cruelty toward animals among criminals and noncriminals. In: LOCKWOOD, Randall; ASCIONE, Frank R. (Ed.). **Cruelty to animals and interpersonal violence**: readings in

research and application. West Lafayette: Purdue University Press, 1998. p. 194-210.

KOGAN, Lori R. et al. Crosstrails: a unique foster program to provide safety for pets of women in safehouses. **Violence Against Women**, Thousand Oaks, CA, v. 10, n. 4, p. 418-434, abr. 2004. Disponível em: <https://goo.gl/3v9Xjb>. Acesso em: 25 abr. 2018.

NATIONAL LINK COALITION. How are animal abuse and family violence linked? [s.d.]. Disponível em: <https://goo.gl/feqonq>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SIEBERT, Charles. The animal-cruelty syndrome. **The New York Times Magazine** [*online*], New York, NY, 11 jun. 2010. Disponível em: <https://goo.gl/XTB1XR>. Acesso em: 7 maio 2018.

UPADHYA, Vivek. The abuse of animals as a method of domestic violence: the need for criminalization. **Emory Law Journal**, Atlanta, GA, v. 63, p. 1163-1209, 2014.

Disponível em: <https://goo.gl/cncBx4>. Acesso em: 20 abr. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência, 2012. Atualização**: homicídios em mulheres no Brasil. [s.l.]: CEBELA/FLACSO, 2012.

ZORZA, Joan. Maine's encouraging law protecting animals in domestic violence situations. **Domestic Violence Report**, v. 11, n. 5, p. 65, 78, jun./jul. 2006. Disponível em: <https://goo.gl/XBT2Cr>. Acesso em: 9 maio 2018.

ANIMAIS DE COMPANHIA E O NOVO LOCAL NA SOCIEDADE: UMA BRECHA PARA O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Paloma Rolhano Cabral

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC-RS. 2011), mestranda em Direito (Universidade Lasalle) e Advogada.

RESUMO: O mundo contemporâneo mudou e trouxe diversas transformações na formação da família. A escolha de diversos casais por não ter filhos abriu espaço para um novo lugar dos animais – em especial cães e gatos - na vida das pessoas. Os animais de companhia passaram a fazer parte da família – transitam dentro de casa, dormem no quarto junto com os tutores, possuem atenção diferenciada e até geram demandas judiciais para definição de guarda. Assim, pode-se dizer que a inserção dos animais de companhia no seio familiar alterou o conceito tradicional do que é família. Em virtude dessa convivência tão próxima, a percepção dos tutores começa a mudar: a inteligência e capacidade de expressar sentimentos dos animais passa a ser vista. A expressão do amor e da inteligência desses seres passa a ser agora percebida. Há uma clara transcendência ao paradigma do animal-objeto para o animal-senciente. Ao transcender o paradigma da senciência, esses tutores agora percebem que os animais de companhia não somente merecem direitos, mas também como necessitam deles. Tal mudança de comportamento aparece como uma brecha para a alteração do status jurídico dos animais para sujeitos de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Animais. Família. Senciência. Animais de Companhia.

COMPANY ANIMALS AND THE NEW PLACE IN SOCIETY: A GAP FOR THE RECOGNITION OF NON-HUMAN ANIMALS AS SUBJECTS OF RIGHTS

ABSTRACT: The contemporary world has changed and brought out many transformations in the concept of family. The choice of several couples of not having children made new place for animals - especially dogs and cats - in people's lives. Company animals have now become part of the family - they live inside the house, sleep in the room together with their tutors, they have special attention and even generate judicial demands for guarding. Thus, it can be said that the insertion of companion animals within the family has altered the traditional concept of what is family. Because of this close coexistence, the tutors 'perception begins to change: the intelligence and capacity to express the animals' feelings is seen. The expression of the love and intelligence of these beings is now perceived. There is a clear transcendence to the animal-object paradigm for the sentient-animal. By transcending the sentience paradigm, these tutors now realize that company animals not only deserve rights, but also need them. Such a behavior change appears as a loophole for changing the legal status of animals to subjects of law.

Keywords: Animal Rights. Family. Sentience. Company Animals.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas sobre as grandes alterações do conceito de família no mundo contemporâneo. Fatores diversos contribuíram para que a estrutura familiar se tornasse diferente. O fato é que com o passar dos anos, os animais de companhia ganharam novo lugar no seio familiar, sendo agora considerado um membro da família, de acordo com recentes pesquisas de opinião realizadas no Brasil. Pode-se ainda observar um grande crescimento do mercado de petshops e produtos voltados para os animais de companhia.

Tendo em vista a alteração de padrão comportamental das famílias em face aos animais, importantes consequências ocorrem ao longo dos anos. Agora, os tutores convivem de forma muito próxima com esses animais, havendo uma transformação do seu olhar sobre estes seres. É possível observar que são dotados de sentimentos e de inteligência, quebrando o paradigma da objetificação do animal, confirmando as recentes pesquisas cientificas acerca da capacidade senciente desses seres.

Tais fenômenos sociais trazem consequências para o plano jurídico. Ao ser considerado membro da família, quais são os direitos do animal? Uma nova abordagem do olhar do direito se inicia, ao tutelar direitos aos animais, abrindo uma brecha na estrutura jurídica para que o animal seja considerado sujeito de direito.

2 A NOVA ESTRUTURA FAMILIAR: A PARTICIPAÇÃO DOS ANIMAIS DE COMPANHIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO.

Possivelmente desde a era Paleolítica (BEAVER, 2001), a domesticação de animais não humanos está presente na vida dos seres humanos, remontando, portanto uma relação entre o homem e os animais domésticos de milhares de anos (BEAVER, 2001). Contudo, a convivência humana com cães e gatos e o surgimento da categoria "animal de estimação" são fruto de um processo histórico, marcado por ambiguidades. (LIMA, 2015), porquanto ao mesmo tempo que eram considerados criaturas bestiais na Idade Média (LIMA, 2015), também começaram a conviver de forma cada vez mais próxima do homem. Assim, ao analisar o desenvolvimento da sociedade, é possível perceber que as transformações ocorridas na sociedade em relação aos animais foram gradativas (ELIAS, 1993, 1994, 1997). Estudos afirmam (THOMAS, 2010) que no cenário apresentado de afastamento das "bestas" para currais e estábulos, alguns animais considerados inofensivos foram mantidos por perto (LIMA, 2015) pelos mais diversos motivos – seja por diversão, afeição ou até mesmo companhia, e justamente por isso é marcado pelas referidas ambiguidades – o que caracteriza a relação com os animais não humanos até hoje.

Lima (2015) afirma que o marco inicial da caracterização do animal doméstico foi no momento em que os ditos "inúteis" ficaram por perto. Na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, fizeram parte dessa categoria pássaros de pequeno e grande porte (como falcões), macacos, cães, porcos, gatos, cavalos, coelhos, esquilos, lontras, tartarugas, cordeiros e, embora menos comuns, são encontrados relatos de camundongos, morcegos e sapos. (LIMA, 2015). Entretanto, mais uma vez a convivência com os animais de companhia sofre uma quebra, haja vista o avanço do conceito de civilidade pautado pela aristocracia inglesa: condenações morais, teológicas e médicas sobre o convívio íntimo com cães e gatos (LIMA, 2015). Do final do século XVII em diante, já não seria aceitável para a "sociedade educada" apresentar suas casas com sem um padrão de limpeza elevado, tampouco manter cães no adro frontal das grandes mansões ou nos quartos (THOMAS, 2010), sob o argumento de higiene e saúde pública.

A partir do século XVIII, as providências oficiais de prevenção às zoonoses estiveram calcadas na captura e eliminação de animais errantes, enquanto, dentro das casas, a presença de animais circulando livremente passava a ser associada à sujeira, perigo e desordem (LIMA, 2015). E mais uma vez, os animais passam a ser afastados dos seres humanos, sendo agora mantidos em áreas externas, pelo medo de contaminação de doenças. Contudo, mais uma vez demonstrando o caráter de relação de polos extremos, conforme afirma Lima (2015), o período é marcado:

> Pela criação de uma autoimagem do cidadão civilizado impôs um afastamento em relação à animalidade (nossa e dos outros animais), esse ideal significou também a introdução de certos refinamentos no trato com os animais não humanos, com vistas a controlar a expressão de emoções agressivas e proteger a sensibilidade civilizada. Entre os aspectos mais evidentes dessa tendência estão o controle da violência, o gradual desaparecimento do prazer que se extraía de assistir ao sofrimento de animais e o desenvolvimento de uma sensibilidade de evitação em relação ao sofrimento e à morte de animais não humanos, que chamo, provisoriamente, de "sensibilidade moral de empatia".

Ainda, no que diz respeito a algumas espécies, Lima (2015) assevera que:

> Especialmente forte nas relações **com cães e gatos, essa sensibilidade moral pode ser descrita como a percepção de que certas espécies animais são sensíveis (sentem emoções como dor, angústia, medo e alegria), o surgimento de comoção diante da dor e do sofrimento e a sensação de dever moral em relação a eles.** Partindo da perspectiva elisiana, é possível perceber o surgimento de uma sensibilidade moral relativa às relações com animais não humanos como uma ampliação da moralidade estabelecida, aos poucos, para as interações com humanos. (grifo nosso)

Giza-se que a partir disso, a interação desses animais -principalmente cães e gatos - com o homem foi mudando: os laços afetivos foram se tornando muito mais próximos (BEAVER, 2001), sendo o animal não somente um instrumento para o auxílio e manutenção da sobrevivência dos homens, mas também parte das relações sociais.

Em que pese a grande evolução da sociedade em termos tecnológicos desde os primórdios tempos da domesticação, com a verticalização dos centros urbanos, os animais passaram a preencher, basicamente, a função de companhia para os adultos e diversão para as crianças (ARCHER, 1997, COHEN, 2002). Enquanto isso, com o crescimento do mercado pet, muitos domicílios que possuíam animais na área externa passaram a ter também um mascote, com a função principal ou exclusiva de companhia, com acesso aos espaços íntimos da casa (LIMA, 2015). Ainda, alguns autores falam inclusive sobre o surgimento da família multiespécie. Para Faraco (2003), a família multiespécie é aquela em que são reconhecidos como seus membros os humanos e os animais de estimação em convivência respeitosa, com os quais são travadas interações significativas

Nesse sentido, temos que há uma alteração significativa no paradigma familiar, havendo mudanças substanciais - os animais não humanos da categoria companhia estão cada vez mais inseridos nas famílias como um membro em si. É possível perceber a inclusão em rituais é a participação dos animais de estimação em atividades realizadas em conjunto pela família (festas, viagens, fotos de família, troca de presentes, etc) (LIMA, 2015). Nesse sentido, uma pesquisa realizada pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), em setembro de 2017, a fim de perceber como se comportava o mercado dos *pets*, obtiveram um resultado surpreendente (SPC, 2017):

> No total, 76% dos brasileiros com acesso à internet possuem animação de estimação, sendo que os mais comuns são os cachorros (79%), gatos (42%) e pássaros (17%). Completam o ranking os peixes (13%), tartarugas (6%) e roedores (5%), como coelhos, camundongos, furões e porquinhos da índia.

Ainda, tais animais não são considerados apenas um animal de estimação. Os tutores demonstram claramente sentimentos altruístas pelos mesmos (SPC, 2017):

> A pesquisa demonstra que os donos não veem seus animais de estimação como mera fonte de despesas ou mais uma dentre tantas responsabilidades no dia a dia. Tanto que, apenas 8% dos entrevistados associam seus animais de estimação a gastos financeiros e somente 2% o veem como sinônimo de problemas ou dores de cabeça. Os principais sentimentos despertados entre os entrevistados são amor (61%), alegria (61%) companheirismo (59%) e amizade (52%).

Ou seja, é seguro concluir que o animal da categoria de companhia está integrado na família contemporânea. A pesquisa demonstra ainda evolução do tratamento dos animais - a preocupação do tutor com a higiene, alimentação e saúde do animal não humano resta clara (SPC, 2017):

> De acordo com a pesquisa, os produtos e serviços mais adquiridos no dia a dia para cuidados com cães ou gatos são as rações (88%), seguidas dos shampoos e condicionadores (57%), petiscos (52%), medicamentos e vitaminas (50%) e brinquedos (44%). Com perfil mais exigente, mais da metade (52%) dos entrevistados disse que só alimenta seus animais de estimação com rações da linha premium, que são mais adequadas para o porte e raça de seus pets, sobretudo os entrevistados das classes A e B (62%). Há ainda 21% de donos entrevistados que oferecem comida natural, feitas exclusivamente para os cães e gatos.

Da mesma forma, a percepção do animal como membro da família é apontada como fenômeno dos centros urbanos em autores como Archer (1997), Albert & Bulcrofi (1987), Cohen (2002) e Serpell

(1996). Ainda, de acordo com um segundo estudo analisado, realizado nos bairros do Rio de Janeiro, a fim de mapear as relações de família, animais de estimação e o consumo, em 2012, Carvalho e Pessanha (2012) concluem que:

> (...) o comportamento dos proprietários de animais de estimação demonstra ser, como indica a pesquisa, similar ao consumo por afetividade na relação humana, em que os indivíduos diante de um ato de consumir não estão preocupados somente com a relação custo/benefício, mas também com os meios de propor ao seu cotidiano relações de amor e carinho. Assim, são levados a comprar pela obrigação diária e pela responsabilidade consigo e/ou com os demais membros da família. Diversos exemplos enquadram-se nessa motivação: as mães de família buscam comprar o que há de melhor para seus filhos em termos de dar qualidade ou satisfazer o desejo dos mesmos, avós buscam satisfazer os desejos dos netos, entre outros. Outro aspecto identificado é a mudança de comportamento dos proprietários em relação aos animais, pois cada vez mais estes estão presentes nas rotinas domiciliares, tendo em vista a livre circulação declarada por parte dos participantes da pesquisa. Verificou-se uma relação positiva entre a renda domiciliar e os gastos com animais de estimação, evidenciando a relação do poder econômico domiciliar com a ampliação do acesso a bens e serviços.

Desta forma, resta clara a alteração da composição familiar no Brasil, trazendo novas necessidades e responsabilidades com os animais não-humanos, especialmente os de companhia.

2.1 A QUEBRA DO PARADIGMA DA VISÃO OBJETIFICADA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA E COMPROVAÇÃO CIENTÍFICA DA SENCIÊNCIA DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS: NOVOS OLHARES.

Conforme analisado anteriormente, os animais de companhia são considerados membros da família, ensejando cuidados muito semelhantes àqueles dedicados às crianças, havendo, pois, uma quebra de paradigma acerca do olhar sobre o animal, sendo possível, inclusive em falar em consideração moral. Uma demonstração disso é a capacidade de fazer sacrifícios em prol do animal, a começar pelo gasto de tempo e dinheiro quando adoecem (LIMA, 2015). Algumas pesquisas indicam também que tutores que consideram os animais como membros da família se recusam a abrir mão dos animais em caso de alergia (COHEN, 2002). Outro indicador interessante de consideração moral é a mudança de planos para que se ajustem ao bem-estar do animal, como ficar em casa para não deixá-los sozinhos, como indicaram os respondentes de pesquisa feita pela Associação de Medicina Veterinária dos EUA (LIMA, 2015).

Novas percepções sobre o comportamento, inteligência e interação dos animais são relatadas pelos tutores. Tal interação com seus animais de estimação estimulam os tutores a uma alteração de percepção em relação a estes seres, conforme comprovam as pesquisas citadas, demonstrando uma forte relação de cuidado e proteção. Ao considerar que os animais tenham ciúmes, saudades, angústia, traumas, depressão, surgem preocupações em evitar que sofram e em aumentar sua alegria, com diversas alterações comportamentais, que vão desde o planejamento da rotina diária até o cancelamento de uma viagem de férias porque o hotel não aceitou a presença de um cão no quarto do casal. (LIMA, 2015). A sensibilidade e capacidade de sentir dos animais passa a ser entendida.

Interessante ressaltar que as pesquisas científicas acerca do comportamento de animais não humanos com sistema nervoso central e similar comprovam a referida capacidade senciente relatada pelos tutores. Vejamos: uma recente pesquisa científica sobre dados com pesquisas envolvendo animais e emoções, os pesquisados encontraram que 74% dos artigos analisados localizou no mínimo cinco palavras indicando estados de emoções dos animais estudados: medo (22,62%), estresse (21,65%), dor (10,88%), ansiedade (10,88%) e depressão (7,92%) (PROCTOR, 2013). Corolário lógico dos resultados apresentados, é seguro pois afirmar que os animais possuem sensibilidade à dor, capacidade de formar laços afetivos, capacidade de diferenciar indivíduos (e agir de acordo) e sentem pelo menos emoções básicas, como medo, angústia, raiva, ansiedade e alegria (LIMA, 2015).

Ainda, em consonância com as referidas pesquisas, atesta a Declaração de Cambridge (2012) que:

> Os substratos neurais das emoções não parecem estar confinados às estruturas corticais. De fato, redes

> neurais subcorticais estimuladas durante estados afetivos em humanos também são criticamente importantes para gerar comportamentos emocionais em animais. A estimulação artificial das mesmas regiões cerebrais gera comportamentos e estados emocionais correspondentes tanto em animais humanos quanto não humanos. Onde quer que se evoque, no cérebro, comportamentos emocionais instintivos em animais não humanos, muitos dos comportamentos subsequentes são consistentes com estados emocionais conhecidos, incluindo aqueles estados internos que são recompensadores e punitivos. A estimulação cerebral profunda desses sistemas em humanos também pode gerar estados afetivos semelhantes. Sistemas associados ao afeto concentram-se em regiões subcorticais, onde abundam homologias neurais. Animais humanos e não humanos jovens sem neocórtices retêm essas funções mentais-cerebrais.

Ou seja, confirmando a percepção dos tutores, as pesquisas deixam claro que os animais não-humanos são capazes de sentir prazer, dor, manifestando felicidade e sofrimento, bem como sua imensa interação social e capacidade de aprender, comunicação além da transmissão de cultura (MEDEIROS, 2013), sendo, pois, razoável afirmar os animais não-humanos possuem grande semelhança com os animais humanos, possibilitando cada vez mais que aqueles que possuem animais de companhia se identifiquem com seus tutelados. Corroborando mais ainda com essa perspectiva, os estudos científicos caminham também para o caminho da empatia – capacidade também relatada pelos tutores de animais de companhia. Em um experimento realizado na Áustria (RANGE et al, 2009), 29 (vinte e nove) cães foram testados. MEDEIROS, 2013, p. 162, aduz acerca dessa pesquisa que

> Esses cães possuíam a capacidade de dar a pata. Todos os cães selecionados para a pesquisa já eram adestrados pelos seus donos, contudo, o teste envolvia realizar a tarefa para um desconhecido, acompanhados pelo seu dono e outro cão, lado a lado. Ao obedecer ao comando do pesquisador, o cão poderia receber uma recompensa boa – um pedaço de salsicha - , ou nem tanto – um pedaço de pão preto - , ou poderia ainda ser pior, poderiam não receber recompensa alguma pela atividade realizada. Os pesquisadores observaram que se um cão recebe o prêmio e o outro não, ele para de dar a pata até mesmo antes daquele que não recebe recompensa alguma. O resultado demonstrou que os animais sem recompensa pelo mesmo trabalho do colega ao lado, logo pararam de "cumprimentar" o experimentador, e mostravam sinais de indignação, bocejando, lambendo a boca ou desviando o olhar.

Possivelmente sejam essas capacidades interativas e empáticas que permitiram aos tutores essa transição de percepção ao animal: ele deixa de ser um objeto para ser visto como um ser senciente na prática. Ao conviver de perto com um animal, o ser humano passa a identificar-se com os sentimentos do outro ser vivo. E percebe que talvez não seja assim tão diferente. Interessante aqui ressaltar a opinião de Gordilho (2009), que salienta ser o homem apenas mais um animal na cadeira evolucionária inexistindo qualquer característica que o distinga dos animais, uma vez que as diferenças entre ambos são apenas de grau e não categoria.

3 OS ANIMAIS DE COMPANHIA COMO MEMBRO DA FAMÍLIA: UMA BRECHA PARA O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO.

Da mesma forma, haja vista a alteração da estrutura familiar, a comprovação de tantos laços afetivos entre homem e animal de companhia, bem como diversas comprovações científicas acerca da capacidade senciente dos animais não humanos, inevitáveis são também as consequências jurídicas no plano do direito animal, tais como a permissão de um animal de estimação viver em condomínio, condições e necessidades de um ambiente saudável, maus tratos, possibilidade de guarda do animal em caso de eventual separação de um casal, entre tantos outros.

Tais consequências jurídicas já podem ser vistas na prática. O Tribunal de Justiça de São Paulo acompanha fortemente demandas acerca da possibilidade de circulação dos animais em condomínio, sendo sua posição favorável aos seres sencientes, apontando o direito do próprio animal ao acesso às calçadas e ruas do condomínio:

> AÇÃO DE COBRANÇA. DÉBITO CONDOMINIAL. MULTA POR INFRINGÊNCIA À CONVENÇÃO. TRANSPORTE DE ANIMAL PELO CONDÔMINO NOS ELEVADORES

> DO EDIFÍCIO. OBRIGAÇÃO DE MANTER O ANIMAL NO COLO DURANTE O TRANSPORTE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DECRETO DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO DO CONDOMÍNIO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, Apelação nº 0070314-08.2009.8.26.0114, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 02/12/2014) (grifo não original). Condomínio em edifício de apartamentos. Determinação para que animais transitem pelas áreas comuns apenas no colo dos donos. Desarrazoabilidade da medida**. Cães tolerados nos apartamentos, conduzidos pelos donos por guia e coleira, devem ter acesso, ainda que mínimo, às calçadas ou ruas**. Pedido de suspensão do pagamento da multa aplicada pelo descumprimento da regra imposta é mera consequência do pedido maior de declaração de nulidade da referida resolução. Preliminar de nulidade afastada. Sentença de parcial procedência mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJSP, Apelação nº 0123499-46.2008.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 02/10/2013) (grifo nosso)
>
> CONDOMÍNIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INEXIGIBILIDADE DE MULTA. Preliminares rejeitadas. Razões de recurso que reproduzem parágrafos da contestação. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Réu que não indicou de que modo a dilação probatória alteraria o deslinde do feito. Sanção por descumprimento da regra prevista no regimento interno, que restringe a permanência de animais domésticos nas áreas comuns para entrada e saída do edifício e desde que estejam no colo do dono. Autoras que possuem três cachorros e não têm condições de carregá-los simultaneamente no colo. Regra que se revela desproporcional e desarrazoada. Recurso desprovido.(TJSP, Apelação nº 1005995-30.2017.8.26.0309, 36ª Camara de Direito Privado, Relator Milton Carvalho. J. 16/11/2017)

No que se refere a questão de bem estar do animal, também é possível perceber a movimentação do Poder Judiciário para que resolva essas demandas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra-se favorável aos animais:

> APELAÇÃO CRIME.**MAUS TRATOS**. ART. 32 DA LEI 9605/98 (**MAUS TRATOS** À **ANIMAIS** DOMÉSTICOS). CONDENAÇÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA. PENA ALTERADA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. UNÂNIME. Robusta prova testemunhal, confirmando os **maus tratos** infligidos a cães. Tratando-se de crimes praticados em curto lapso temporal, lugar de forma semelhante de execução, impositivo o reconhecimento de crime continuado. Pena reduzida. Apelo parcialmente provido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70073500720, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 23/11/2017)
>
> HABEAS CORPI. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FURTO QUALIFICADO.**MAUS-TRATOS** DE **ANIMAIS**. 70074620535. Legalidade e necessidade da prisão preventiva. Fumus comissi delicti e periculum libertatis devidamente demonstrados. Paciente que, além de atuar como um dos caminhoneiros da quadrilha e repassar carne imprópria para consumo, teria conduzido veículo que sabia ser produto de crime e, ainda, furtado doze semoventes domesticáveis de produção. Outrossim, consta ainda que teria praticado **maus-tratos** e ferido animal doméstico, causando sua morte, notadamente porque ateou-lhe fogo. Real propensão à reiteração delitiva que se evidencia, na medida em que o paciente responde a outros dois processos, sendo um por homicídio, já com sentença de pronúncia, e outro por roubo majorado, com denúncia recebida. Mantida a segregação. 70074232695, 70074357401, 70074343831 E 70074322314. Pacientes que foram denunciados apenas pelo crime de organização criminosa. Análise global das circunstâncias que não evidencia periculosidade social. Isso porque, além de primários, os pacientes não ostentam nenhum outro registro negativo capaz de apontar a necessidade de manutenção da medida. Segregação por mais de três meses que se revela suficiente, na situação específica do paciente, para acautelar a ordem pública. Substituição da prisão por medidas cautelares do artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal. ORDEM DO HABEAS CORPUS Nº 70074620535 DENEGADA. ORDEM DOS HABEAS CORPI NºS 70074232695, 70074357401, 70074343831 e 70074322314 PARCIALMENTE CONCEDIDAS. UNÂNIME. (Habeas Corpus Nº 70074343831, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 27/09/2017)

Outra situação envolvendo interesse dos animais é a separação de um casal que é tutor de animais de companhia, ensejando questões práticas de direito em relação a essa família. Não somente para o casal, mas para o animal não humano. Repisa-se que a guarda de um animal não poderia ser muito diferente de uma separação de casais com filhos, haja vista os laços de amor existentes entre as partes, conforme analisado.

Tal fato traz à tona um novo paradigma sobre o conceito de família no sentido jurídico. Ações judiciais postulando a guarda do animal de estimação por um dos tutores já não é mais incomum no Poder Judiciário:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. BUSCA E APREENSÃO DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO.
>
> Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. RECURSO PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70064744048. SÉTIMA CAMARA CIVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATORA LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, JULGADO EM 12/05/2015)
>
> CIVIL. PROCESSO CIVIL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. QUESTÃO DE DIREITO DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SOBREPARTILHA DE ANIMAL DOADO AO CASAL NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DIVÓRCIO. PARTILHA DO BEM. RECURSO DESPROVIDO. 1. Na atualidade, os bichos de estimação têm conseguido cada vez mais espaço no seio da família brasileira e mundial, tornando-se, em muitos casos, membros efetivos, equiparados aos próprios filhos do casal, de modo que, com o fim do casamento, não raro, as pessoas enfrentam problemas tanto em relação a com quem vai ficar o animal querido e até mesmo discussão sobre a propriedade desse ente, como é o caso em análise, pois esses animais, além de ter valor de estimação, que não pode ser quantificado economicamente, ostentam também valor comercial. 2. Importa destacar que em nosso sistema jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado, onde o magistrado é livre para fundamentar sua decisão, desde que amparada na lei e nas provas dos autos. Assim, deve-se sopesar inicialmente os elementos de prova contidos nos autos, de acordo com as circunstâncias de cada caso, para, só então, aferir a viabilidade e/ou a (des) necessidade da produção de outras provas além daquelas que estiverem contidas no processo. 3. O indeferimento de prova testemunhal que tinha como objetivo demonstrar fatos já devidamente comprovados nos autos, não traduz cerceamento de defesa e, por conseguinte, não compromete a validade constitucional da sentença. 4. A doação feita, na constância do casamento, celebrado sob regime da comunhão parcial, apenas em nome de um dos cônjuges, deve ser considerada como feita ao casal. Portanto, o bem doado ainda que somente a um dos integrantes da conjugalidade, deve ser partilhado com o fim do matrimônio. 5. Recurso desprovido (ACP 20140110611494, 3ª TURMA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 10/08/2015)
>
> DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER–
>
> RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA
>
> DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO –
>
> SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA –
>
> CACHORRINHO "DULLY" QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS
>
> SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O *THEMA,* MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O *NON LIQUET,* PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA,

> TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. –(Apelação Cível Nº 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Camara Cível. Relator MARCELO LIMA BUHATEM. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Julgado em 27/01/2015)

Interessante demonstrar ainda que recente jurisprudência do TJSP reconheceu como competente a Vara de Família para julgar a guarda de um animal de estimação, considerando assim o animal um membro da família. In verbis:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de "posse compartilhada e regime de visitas" de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível. Competência para julgar o pedido que é do juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Recurso a que se dá provimento.
>
> Sobre o tema, já foi decidido por este Tribunal: "No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art.445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936). Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma. A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorrosde-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739).
>
> Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.
>
> Nesses casos, deve o juiz decidir "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.
>
> Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei nº 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais (...) domésticos ou domesticados".
>
> Por conseguinte, de se aplicar a analogia acima referida, estando a ação de reconhecimento e dissolução de união estável em trâmite na 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, é deste juízo a competência para o julgamento da ação em que se discute a "posse compartilhada e visitação" do animal doméstico. (AI nº 2052114-52.2018.8.26.0000. 7ª Camara de Direito Privado. Relator JOSE RUBENS QUEIROZ GOMES. Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em 23/03/2018).

Em que pese ainda possamos perceber o caráter antropocêntrico da maioria das decisões, já é possível observar alguns julgados preocupados com o bem-estar do animal pelo seu valor intrínseco, confirmando a mudança de paradigma da sociedade em relação aos animais, como a decisão que confere ao animal o direito de caminhar nas áreas comuns de seu condomínio. Assim, inegável a crescente alteração de perspectiva da sociedade sobre o assunto, mesmo que sua efetividade ainda esteja em construção – e seja um desafio para o Direito. Medeiros & Albuquerque (2013, p. 21) defendem que

> O grande desafio do Direito contemporâneo é conseguir abraçar os anseios de uma sociedade que está vivenciando mutações do seu modo de agir e de pensar em uma velocidade impressionante. Hodiernamente, (re)pensar a questão dos animais não-humanos e sua posição no ordenamento jurídico não é mais situação estabelecida em um pequeno nicho e, nessa seara, as provocações por enxergar o Direito de forma diferente é quase um imperativo. O direito à proteção constitucional do ambiente, consubstanciado na prerrogativa de usufruí-lo como um bem ecologicamente equilibrado é fruto da evolução dos direitos, tratando-se de um produto histórico, diferente da proteção jurídica de bens ambientais esparsos nas legislações anteriores. As normas jurídicas de proteção ambiental vêm em resposta a circunstancias sociais e históricas.

Portanto, em que pese os desafios do tema, inegável a mudança comportamental da sociedade quando falamos em animais de companhia. Dessa forma, o Direito dos Animais transforma-se em um ramo importante do Direito, sendo agora o reconhecimento dos animais não humanos como sujeito de direitos uma possibilidade e uma necessidade, haja vista ser imperativo a tutela destes, bem como o clamor de proteção exigido pela sociedade nos últimos anos, sendo tais dados apresentados apenas comprovativos da revolução ocorrida no âmbito jurídico contemporâneo. O mundo moderno passa agora a ter obrigações com os animais, sendo indispensável o fornecimento de acesso à justiça para esses, tornando-se cada vez mais importante a concessão do status jurídico de sujeito de direito aos mesmos.

3 CONCLUSÃO

Inúmeras as alterações do local dos animais de companhia na sociedade moderna. Conforme estudado, é possível perceber que os animais não humanos passam a ter um espaço maior na vida do seio familiar. Possivelmente motivado pela tradição da domesticação do Período Paleolítico – ainda que tenha sido motivada pelo simples motivo de serem "animais inúteis", a relação entre homem e animal foi transformada para sempre. Inclusive, a questão moral de cuidado com os animais pode começar a se percebida no final do século XVIII.

Com o passar dos anos, essa aproximação entre homem-animal foi crescendo. Cresceu de forma tão substancial, que pode-se observar que uma alteração significativa no paradigma familiar, havendo mudanças substanciais - os animais não humanos da categoria companhia estão cada vez mais inseridos nas famílias como um membro em si, de acordo com as pesquisas trazidas neste trabalho. A noção de família multiespecie está cada vez mais presente na sociedade moderna, especialmente no Brasil. Considerando essas alterações, é possível perceber a mudança de tratamento dos tutores com seus animais de companhia, a partir do momento que percebem que estes animais não são meros objetos, mas sim seres sencientes – capazes de sentir dor, amor, ciúmes, raiva, fome e tantos outros sentimentos.

A partir dessa quebra de paradigma, temos uma brecha para a abertura de tratamento de animais não humanos como sujeitos de direito. Explico. Ao dar espaço para essa convivência próxima, as pessoas passam a buscar tutela jurídica para esses animais, nas mais diversas questões. E nesse sentido, não pode o Judiciário simplesmente fechar os olhos para a mudança da sociedade. Afinal de contas, o direito deve ser tutelado pela Sociedade e não o inverso. Ao ajuizar uma ação em face aos maus tratos de animais ou pela guarda de um animal de companhia, há um novo paradigma jurídico a ser enfrentado. E cabe ao Direito enfrentar essas novas facetas apresentadas pelo Direito Animal – tratando não somente em relação aos interesses dos seres humanos como tutores, mas também em relação aos interesses do animal e seu valor intrínseco, sendo pois sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, A., and BULCROFI, K. **Pets and urban life. Anthrozoos** 1:9-25, 1987. DOI:10.2752/089279388787058740. Disponível em https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.2752/089279388787058740. Acesso em 21/05/2018.

ALBUQUERQUE, Letícia. MEDEIROS, Fernanda. **Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo**. *Publica Direito.* 2013. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b. Acesso em 18/05/17.

ARCHER, John. **Why Do People Love Their Pets? Evolution and Human Behavior** 18:237-259 .1997.

BEAVER, B. V. **Comportamento canino: um guia para veterinários.** São Paulo: Roca, 2001.

CARVALHO, Roberto Luís da Silva; PESSANHA, Lavínia Davis Rangel Pessanha. **Relação entre famílias, animais de estimação, afetividade e consumo: estudo realizado em bairros do Rio de Janeiro**. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318324836_RELACAO_ENTRE_FAMILIAS_ANIMAIS_DE_ESTIMACAO_AFETIVIDADE_E_CONSUMO_ESTUDO_REALIZADO_EM_BAIRROS_DO_RIO_DE_JANEIRO . Acesso em

23/12/2017.

COHEN, Susan Phillips. **Can Pets Function as Family Members?** Western Journal of Nursing Research, pg. 24(6), 621-638. 2002.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: formação do estado e civilização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, v.2. 1994

ELIAS, Nobert. O Processo Civilizador: uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, v.1. 1993

ELIAS, Nobert. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar. 1997.

FARACO, Ceres Berger. **Interação Humano-Cão: o social constituído pela relação interespécie**. Tese de doutorado em Psicologia. Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/620/1/400810.pdf . Acesso em 21/05/2018.

GORDILHO, Heron Jose de Santana. **Abolicionismo Animal.** Disponível em http://abolicionismoanimal.org.br/artigos/abolicionismoanimal.pdf . Acesso em 02/04/2017.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **O Direito dos Animais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PROCTOR, Helen S.; CARDER, Gemma; CORNISH, Amelia R.Searching for Animal Sentience: A Systematic Review of the Scientific Literature. Animals, v. 3, n. 3, pg. 882-906, 2013.

RANGE, Friederike; HORN, Lisa; VIRANYI, Zsófia; HUBER, Ludwing. **The absence of reward induces inequity aversion in dogs**. In PNAS January 6, 2009 vol. 106 no 1.

REINO UNIDO. **Declaração de Cambrigde**. 2012. Disponível em http://www.labea.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/05/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Cambridge-sobre-Consci%C3%AAncia-Animal.pdf . Acesso em 11/10/2015.

SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CREDITO. **61% dos donos de animais de estimação veem seus pets como um membro da família; gasto mensal é de R$189, em média.** Disponível em https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/3540 . Acesso em 26/12/2017.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais** (1500-1800). Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo, Companhia das Letras. 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **ACP 20140110611494. 3ª TURMA CÍVEL, JULGADO EM 10/08/2015**.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **APELAÇÃO CÍVEL 0019757-79.2013.8.19.0208.** 22ª CAMARA CÍVEL. JULGADO EM 27/01/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70064744048.** SÉTIMA CAMARA CIVEL, JULGADO EM 12/05/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **APELAÇÃO CRIME Nº 70073500720.** QUARTA CÂMARA CRIMINAL. JULGADO EM 23/11/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **HABEAS CORPUS Nº 70074343831.** SEXTA CÂMARA CRIMINAL. JULGADO EM 27/09/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AI nº 2052114-52.2018.8.26.0000.** 7ª Camara de Direito Privado. Julgado em 23/03/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação nº 0070314-08.2009.8.26.0114.** 27ª Câmara de Direito Privado. j. 02/12/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação nº 0123499-46.2008.26.0000**. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado 02/10/2013)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação nº 1005995-30.2017.8.26.0309**. 36ª Camara de Direito Privado. Julgando em. 16/11/2017)

MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E VEDAÇÃO À CRUELDADE ANIMAL: CONFLITO REAL OU APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS?

Jessica Longoni

Bacharel em Direito (Centro Universitário Metodista IPA)

E-mail: jessica_longoni@hotmail.com

Rogério Santos Rammê

Doutor em Direito (PUCRS).

Professor universitário (Centro Universitário Metodista IPA).

E-mail: rogerio.ramme@ipa.metodista.br

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo central analisar casos em que haja um suposto conflito entre as normas constitucionais que asseguram, de um lado, o pleno exercício dos direitos culturais (artigos 215 e 216 da CF/88), e, de outro, que vedam a crueldade contra animais (artigo 225, §1º, VII, da CF/88), com o intuito de verificar se, em tais casos, há colisão real ou aparente de normas constitucionais. Busca-se, assim, identificar a técnica de interpretação e argumentação jurídica mais adequada a ser utilizada em tais casos. Da análise realizada defende-se a tese de que o conflito de normas constitucionais, no caso em exame, é meramente aparente, porquanto a norma constitucional que veda a crueldade contra os animais possui a natureza normativa de regra constitucional expressa, que limita o âmbito de proteção dos direitos culturais, já tendo sido objeto de ponderação pelo legislador constituinte, não admitindo nova ponderação. Trata-se, pois, de conflito meramente aparente, não real.

Palavras-chave: Conflito Aparente de Normas Constitucionais. Direitos Culturais. Vedação de Crueldade aos Animais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar e identificar a técnica de interpretação jurídica mais adequada para aplicar às decisões que envolvem supostos conflitos entre liberdade de manifestação cultural e proteção da fauna, com o intuito de verificar se em tais casos há conflito real ou aparente de normas constitucionais. Buscar-se-á abordar as perspectivas doutrinárias jurisprudenciais a respeito de casos que envolvam a suposta colisão das normas constitucionais que asseguram a liberdade de manifestação cultural e a proteção da fauna. Para tanto, serão analisados casos jurisprudenciais paradigmáticos e as fundamentações que embasaram as decisões dos julgadores, bem como as considerações doutrinárias que analisam a temática.

Objetiva-se responder o seguinte questionamento: em casos que envolvam o direito à liberdade de manifestação cultural e que, no exercício desse direito, as práticas acarretem dor e sofrimento a animais, há conflito real ou aparente de normas constitucionais? Em outras palavras, o objetivo do artigo é esclarecer qual técnica jurídico-interpretativa deve, em situações tais, havendo provocação do Poder Judiciário, ser adotada pelo julgador. Isso implicará analisar se há conflito de real de normas (princípios) constitucionais, exigindo a aplicação do princípio da proporcionalidade para identificar o bem jurídico que faz jus a proteção no caso concreto, ou se há um conflito meramente aparente (não real) de normas constitucionais, estando na própria Constituição a solução para o conflito.

Com o presente trabalho, almeja-se contribuir para o enriquecimento do debate sobre a proteção jurídica dos animais e o âmbito de proteção das manifestações culturais, à luz de uma interpretação sistemática da Constituição Federal brasileira.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E A VEDAÇÃO À CRUELDADE AOS ANIMAIS

A qualidade do meio ambiente influencia diretamente a qualidade de vida das pessoas. Em razão disso, o meio ambiente é bem jurídico que o Poder Público tem obrigação de preservar, recuperar ou revitalizar. Ademais, a proteção jurídica do meio ambiente é tratada pela Constituição Federal de 1988, como típico direito-dever fundamental.

A qualidade de vida do homem e a dignidade da vida humana estão relacionadas ao direito à proteção ambiental, por isso podemos qualificá-lo como direito fundamental. O direito fundamental à proteção ambiental tem uma dupla função: a função defensiva (direitos de defesa), e a função prestacional (direito a prestações). Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 72) assevera:

> Cumpre relembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais - e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações no sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.

A dimensão prestacional de um direito fundamental, segundo Medeiros (2004), abrange uma série de ações positivas do Estado (como ocorre com as tarefas de organização e procedimento ou de prestações materiais). A dimensão defensiva de um direito fundamental, segundo Fensterseifer (2008, p. 185), ao contrário, está vinculada ao entendimento de que "o exercício e eficácia de um determinado direito fundamental exige uma conduta negativa por parte do Estado (e por vezes também dos particulares, ou seja, uma não ingerência no âmbito de proteção de determinado direito." Em complemento, merece transcrição a lição de Alexy (2008, p. 443), que classifica o direito fundamental ao meio ambiente como um "direito fundamental completo":

> Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito à prestação fática).

A proteção do meio ambiente também assume a feição de dever fundamental. Os deveres fundamentais podem ser classificados como positivos e negativos, conforme imponham a seu destinatário comportamentos positivos ou negativos (Medeiros, 2004, p. 126). Os deveres positivos podem ser divididos em deveres de prestação de fato e em deveres de prestações materiais. Os primeiros representam a generalidade dos deveres fundamentais, como por exemplo, o dever de prestar serviço militar e o dever de votar. Os segundos têm como exemplo, o dever fundamental do cidadão de pagar impostos ao Estado. Já os deveres fundamentais negativos "são deveres de abstenção, como é o caso do dever de isenção político-partidária das forças armadas". (MEDEIROS, 2004, p. 127).

Porém, há deveres fundamentais que podem ser positivos e negativos ao mesmo tempo, como é o caso do dever fundamental de proteção ao meio ambiente "impõe ao homem um comportamento positivo, seja através de uma prestação de fato (fazer) ou de uma prestação de coisa (dar), e também se caracteriza como um dever de cunho negativo, cujo comportamento exigido é o de se abster de fazer algo em prol da defesa ambiental." (MEDEIROS, 2004, p.127).

Os direitos de solidariedade, com ênfase nos direitos do ambiente, de acordo com Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 142), estão associados à noção de direitos-deveres, pois não é apenas o Estado responsável pela

tutela ecológica, "mas também os particulares (pessoas físicas e jurídicas), os quais possuiriam, para além do direito a viver em um ambiente sadio, deveres para com a manutenção do equilíbrio ecológico". O traço solidarizante do direito-dever fundamental ao meio ambiente, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro alcança uma *dimensão interespécies*, na medida em que insere os animais não-humanos no espectro da proteção. A proteção dos animais não humanos limita a liberdade do humano, por exemplo, proibindo as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade conforme estabelece o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Nessa linha, Medeiros (2013, p. 114) prescreve:

> Em face da existência do reconhecimento de um valor intrínseco para as demais formas de vida, reconhece-se um dever moral e um dever jurídico dos animais humanos para com os animais não humanos. E tais deveres se descrevem como deveres fundamentais. Portanto, os deveres fundamentais e, em especial, o dever fundamental de proteção aos animais não humanos se consubstanciam na necessidade de limitação e contenção da liberdade de atuação dos animais humanos, quando suas práticas não estiverem pautadas pelo respeito à vida e à dignidade de todos os membros da cadeia da vida.

A importância do dever fundamental de proteção dos animais não humanos se justifica na medida em que se tratam de seres essenciais para o funcionamento dos ecossistemas. De acordo com Ferreira (2010, p. 262), "considerando, pois, que cada espécie contribui de forma particular para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualquer interferência na sua função ecológica tem como consequência o transtorno do todo." No mesmo sentido Bechara (2003, p. 54) afirma:

> Se a harmonia de um ecossistema repousa na interação de todas as espécies, cada qual cumprindo uma função ecológica própria, e se nenhuma espécie pode ser considerada inútil, é natural que a ausência de um elemento só que seja nesse ciclo natural deixará um vazio irreparável, pois que dificilmente esse vácuo será preenchido pela espécie "vizinha", por mais que semelhante.

E não se pense com isso que apenas os animais nativos, pertencentes à fauna brasileira, são objetos de proteção, por possuírem uma função ecológica clara. Como destaca Ferreira (2010, p. 263), a Constituição Federal protege os animais não humanos contra a crueldade de forma genérica, englobando todos os espécimes da fauna, numa abordagem pautada em uma visão antropocêntrica alargada. Assim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir, no texto, a vedação das práticas que submetam os animais a crueldade, como uma forma de proteção dos animais não humanos, conferindo-lhes um valor intrínseco, que não se mede por sua função ecológica em si. À esse respeito, Medeiros e Albuquerque (2013, p. 155) afirmam:

> A proteção animal sob a tutela constitucional delimitou uma nova dimensão do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 é um marco para o pensamento sobre os direitos animais no Brasil. Ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade.

Dentro da lógica jurídica antropocêntrica, a coletividade é a "vítima" da crueldade e não os próprios animais pois, conforme Bechara (2003, p. 77-81), a vedação das práticas cruéis teria o objetivo de proteger o próprio ser humano, uma vez que essas práticas afetariam a integridade psíquica do homem que se coloca no lugar do animal comovendo-se com o sofrimento; além disso essas práticas estimulam a violência entre as pessoas com a banalização de condutas cruéis. Segundo, essa visão tradicional, a vedação constitucional à crueldade animal estaria, na verdade, protegendo a pessoa humana e não os animais. Destinatário da proteção jurídica da vedação constitucional à crueldade contra os animais seria o ser humano, "porque a saúde psíquica da pessoa humana não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo" (FIORILLO, 2011, p. 273).

Há flagrante equívoco reducionista nesse entendimento, pois nela o valor intrínseco da vida animal não é considerado. Um dos problemas, por certo está na indeterminação do conceito de crueldade e na abrangência das práticas supostamente vedadas por força do comando constitucional do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF88. Um bom exemplo é dado por Ayala (2010, p. 388-389):

> A referência encerra tormentosos problemas para a determinação do alcance da regra de proteção, especialmente quando se considera que a atribuição do sentido de crueldade também guarda grande proximidade com a necessidade de se considerarem práticas culturais e representações valorativas de conteúdo plural presentes em grande número de eventos e manifestações associadas a espécimes integrantes da fauna, silvestre ou não.

Para configurar crueldade, de acordo com Silveira (2008, p. 234), não é necessário que o animal esteja ameaçado de extinção, também é irrelevante a quantidade de animais da espécie que está submetida a práticas cruéis. O texto constitucional censura a crueldade e, em vista disso, como afirma Ayala (2010, p. 389), o ordenamento jurídico não exige que seja demonstrado o sofrimento dos animais para adotar medidas de proteção que proíbam a crueldade. Nas palavras do autor:

> [...] a proibição de crueldade permite justificar a adoção de medidas de proteção independentemente da demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido infligido ao animal, ou que o tenha exposto a situação de risco intolerável, sendo suficiente a afirmação do estado de reprovação e censura da prática (AYALA, 2010, p. 389).

Por conseguinte, cada vez mais é necessário compreender que a vedação constitucional de crueldade contra os animais, introduziu no sistema constitucional um alargamento protetivo para os animais, não apenas vinculado à sua função ecológica ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas ao seu valor intrínseco. Trata-se de reconhecer que os animais possuem um interesse juridicamente protegido, que os protege de serem utilizados como instrumento para práticas humanas cruéis, seja de que natureza forem.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

A Constituição Federal, nos artigos 215 e 216, assegura *o* pleno exercício dos direitos culturais e a proteção dos bens que constituem o patrimônio cultural, reconhece a importância dos direitos culturais, inclusive reservando um capítulo que dispõe "da educação, da cultura e do desporto".

O Estado não se importou só em garantir os direitos culturais a todos, mas também se preocupou em "apontar os caminhos para que seja possível alcançá-los plenamente, tal como ocorre quando fala da proteção ao patrimônio cultural, do acesso, apoio e preservação da cultura" (REIZEWITZ, 2002, p. 78). O conceito de manifestação cultural, embora não tenha uma definição explícita, pode ser compreendido através do próprio texto constitucional, conforme Reisewitz (2002, p. 96):

> Como se depreende do texto da Lei Maior, o fundamento para que um bem seja considerado parte do patrimônio cultural brasileiro é o fato de ser portador de referência à identidade, à ação ou à memória dos grupos formadores de nossa sociedade. É, portanto, toda aquela vasta rede de significações por nós já apontada, que vai daquilo que forma o ser humano até o produto dessa formação, desde que, porte referência à identidade, à ação e à memória do povo brasileiro. Quando não identificados estes requisitos estaremos diante de uma fonte de cultura nacional, mas não do patrimônio cultural brasileiro.

Compreende-se dos artigos 215 e 216 da CF88 que é dever do Estado garantir, incentivar as manifestações culturais e proteger o patrimônio cultural que é "a intervenção do homem na natureza, intervenção física ou abstrata, aquela, as edificações, transformações e obras, estas as técnicas, o saber e o saber fazer, a valoração, o reconhecimento e a identificação" (SOUZA FILHO, p. 251). Há três aspectos fundamentais que, de acordo com Reisewitz (2004, p. 77), o Estado deve se preocupar, quais sejam: "o fomento e incentivo das atividades culturais, a divulgação da cultura nacional e, finalmente, sua preservação". Os direitos culturais abarcam os direitos que proporcionam a participação na vida cultural, possibilitando o acesso às fontes de cultura e à natureza. Por conseguinte "seu exercício depende da educação, do lazer e, sobretudo, de políticas culturais que incentivem a produção cultural e o acesso à cultura". (REIZEWITZ, 2002, p. 77).

A Constituição Federal reconhece os direitos culturais como um direito garantido a coletividade.

Conforme Silva (2014, p. 317), são eles:

> (*a*) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (*b*) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (*c*) direito de difusão da cultura; (*d*) liberdade de formas de expressão cultural; (*e*) liberdade de manifestações culturais; (*f*) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura [...].

Assim, incumbe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, conforme o artigo 215 da Constituição Federal, reconhecendo o "seu papel ativo na construção e desenvolvimento da sociedade brasileira, que passa necessariamente pela cultura". (REIZEWITZ,2002, p. 78).

A cultura é um valor subjetivo. Segundo Reizewitz (2002), não é necessário atribuir um conceito além daquele que a Constituição já dispôs. Há cultura em qualquer lugar que o ser humano esteja, uma vez que, ao interagir ou interferir no mundo natural, o homem está criando um mundo cultural, "para a filosofia do direito o mundo cultural transforma o natural, sendo a cultura toda interferência, interação, reordenação humana em relação à natureza e ao próprio ser humano". (REIZEWITZ, 2002, p. 81).

O artigo 215 da Constituição Federal determina que o Estado garanta acesso às fontes da cultura nacional. O conceito de fontes de cultura, afirma Reizewitz (2002), não foi limitado pela Constituição, podendo englobar comportamentos, usos, linguagens, rede de significações, costumes e artes tradicionais das diversas manifestações culturais brasileiras. O §1º do artigo 216 da Constituição Federal estabelece que o Poder Público, com a contribuição da coletividade, deverá fomentar e proteger o patrimônio cultural brasileiro. Esse patrimônio, segundo Machado (2014), deve ser difundido, classificado, exposto e protegido. Ademais, o conceito de patrimônio, para Machado (2014), está relacionado ao conjunto de bens transmitido das gerações antecedentes para as gerações presentes, assim, caberá a geração presente sua conservação, modificação ou eliminação.

O *caput* do artigo 216 da Constituição Federal indica os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro, abrangendo tanto os bens materiais quanto os imateriais. Nas palavras de Fiorillo (2011, p. 408), "a Constituição não faz restrição a qualquer tipo de bem, de modo que podem ser materiais ou imateriais, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis".

A materialidade ou imaterialidade do bem, segundo Reizewitz (2002, p. 87), não está vinculada ao valor pecuniário:

> A materialidade ou imaterialidade de um bem cultural está, neste caso, associada à diferença entre matéria e não-matéria, portanto um quadro e uma história, por exemplo. O *material* aqui não se confunde com pecuniário. Tanto um quadro como um direito autoral podem ter valor pecuniário. Mas importa diferençar o valor monetário de outro valor, o cultural. O significado de patrimônio, nesse caso, transcende os limites de valor monetário. O patrimônio, no *caput* do art. 215, é o valor cultural.

A interpretação dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal manifesta "a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano" (SILVA, 2014, p. 257). O rol dos bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro definidos pelo artigo 216 não é taxativo. Embora não seja taxativo, Reisewitz (2002, p.96) alerta, não podemos afirmar que tudo é patrimônio cultural, pois "se assim fosse, nada precisaria de proteção especial, pois tudo teria que ser preservado, em uma busca equivocada de engessar e paralisar o movimento cultural humano que salutarmente se renova a cada instante". Para ser considerado patrimônio cultural nacional, conforme Reizewitz (2002, p. 97), "os bens devem ser portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores de nossa sociedade, e isso basta para que possam receber a proteção do Poder Público". Em semelhante sentido, a lição de Machado (2016, p. 1109):

> Em verdade, a defesa e a valorização do patrimônio cultural devem fazer parte de políticas culturais do Poder Público, já que todas as manifestações que possam fomentar a diversidade cultural e estimular o exercício da cidadania geram acesso à cultura de várias formas, como estímulos à criação artística e busca de maior preservação do patrimônio cultural, entre outros.

A preservação do patrimônio cultural diz respeito à preservação do meio ambiente cultural. Nesse sentido, afirma Reizewitz (2002, p. 77), que a "política cultural é também objeto do direito ambiental, pois o direito à preservação do patrimônio cultural é justamente o direito à preservação de um ambiente: o cultural, que é meio para garantia da qualidade de vida humana." Por isso, conclui a autora que a preservação do patrimônio cultural é direito ambiental e direito cultural ao mesmo tempo.

Por meio ambiente cultural compreende-se o conjunto de bens jurídicos integrado pelo "patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou" (SILVA, 2003, p. 21). O bem que compõe o patrimônio cultural "traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil." (FIORILLO, 2011, p. 76). O artigo 216 da Constituição Federal de 1988 regula a proteção do meio ambiente cultural.

O direito a cultura, conforme Bahia (2008), é um direito essencial para a dignidade da pessoa humana, e, portanto, é considerado um direito fundamental. A Constituição assegura esse direito através da liberdade de ação cultural, na qual o Estado "não pode impedir que o indivíduo viva de acordo com os signos e com os valores de sua cultura". (BAHIA, 2008, p. 398). Portanto, segunda a autora, qualquer pessoa pode se expressar através de uma atividade cultural, salvo se for vedado por lei.

A liberdade de ação cultural, segundo Bahia (2008), não é suficiente para a satisfação dos direitos culturais. Exige-se, portando, do Estado, prestações para garantir o acesso à cultura como o apoio, incentivo e proteção das manifestações culturais. O termo manifestação, empregado repetidas vezes na Constituição. De acordo com Machado (2014, p. 1096), isso demonstra "um decidido posicionamento jurídico da obrigação de divulgar a cultura ou tudo que integra o patrimônio cultural, tornando-o acessível a todos".

O artigo 215 da Constituição Federal estabelece que o Estado garanta *o* pleno exercício dos direitos culturais, apoie e incentive a valorização e a difusão das manifestações culturais. E, conforme o artigo 216 da Constituição Federal, para integrar o patrimônio cultural brasileiro, o bem deve ser portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. O texto Constitucional menciona o termo "memória", o que, segundo Reizewitz (2002), não restringe o patrimônio cultural a fatos memoráveis, compreendidos como valor histórico excepcional, atos heróicos, artísticos, arqueológicos etc., pois o texto também refere o termo "identidade", o qual revela um caráter democrático que, segundo a autora, abre caminho para a cultura popular.

Os bens materiais ou imateriais de valor cultural integram o conjunto de bens culturais, conforme Reizewitz (2002). Ainda de acordo com a autora, quando esses bens forem essenciais à sadia qualidade de vida qualificam-se como recursos ambientais. No entanto, nem todo bem de valor cultural é um recurso ambiental pois, no entendimento de Reizewitz (2002), isso significaria que tudo deveria ser preservado, engessando os avanços e prejudicando a ideia de desenvolvimento sustentável. Por essa razão Reizewitz (2002, p. 99) entende ser necessária a distinção entre "fontes nacionais de cultura" e "patrimônio cultural", que engloba os bens culturais tutelados pelo direito ambiental. E complementa:

> São, portanto, os bens culturais que portam referência à ação, à memória e à identidade do povo brasileiro que compõe o ambiente essencial à qualidade e à manutenção da vida humana, na justa medida em que sua preservação garante nossa sobrevivência histórica e cultural (REIZEWITZ, 2002, p. 99).

Ao afirmarmos, em um caso específico, que um bem é cultural, a intenção é atribuir-lhe um valor cultural e, para Reizewitz (2002), o valor cultural é interesse de todos. Assim, "quando afirmamos que um bem é parte do patrimônio cultural, já estamos indicando que é um bem sobre o qual recai um interesse difuso". (REZEWITZ, 2002, p. 100).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a ter um tratamento mais amplo para os titulares de interesses de conservação dos bens culturais. Segundo Reizewitz (2002), criou-se a possibilidade de participação no processo de preservação desses bens através da tutela jurisdicional dos bens difusos. A esse respeito, Lima (2002, p. 22) assevera:

> Antes da Constituição somente se consideravam bens do patrimônio cultural aqueles reconhecidos pelo poder público. A partir de 1988 os bens são objetivamente integrantes do patrimônio cultural, independentemente da vontade do Governo, o que significa que já não há dúvida de que o direito paira sobre estes bens não é estatal, mas coletivo, do povo.

Observa-se que a Constituição Federal revela um posicionamento preservacionista, isto é, os valores dos bens referentes à identidade, ação e memória da população brasileira devem ser amparados, preservando os bens culturais, construindo a identidade e assegurando a memória de um povo (REIZEWITZ, 2002). Para evitar a perda da identidade, em decorrência do fenômeno da globalização, é necessária a preservação do patrimônio cultural brasileiro, porquanto, segundo Reizewitz (2002, p. 101), "um país jovem como o Brasil, onde os conceitos culturais ainda são construídos e debatidos, as imposições do comércio liberal, [...] podem agir de forma avassaladora sobre as práticas locais características de nossa cultura". O objetivo não é impossibilitar a troca de culturas com outros povos, mas sim preservar a cultura brasileira e sua identidade.

Entende-se, portanto, que a Constituição Federal reconhece a liberdade de manifestação cultural como um direito fundamental da pessoa humana, protegendo e assegurando que todos possam exercê-la. Além de proteger e assegurar as manifestações culturais, a Constituição determina que o Estado tome as medidas necessárias para a sua conservação.

4 A COLISÃO ENTRE A PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS

4.1 A TESE DO CONFLITO REAL

Parte da doutrina entende que há conflito real entre as normas constitucionais que asseguram, de um lado, o pleno exercício dos direitos culturais (artigos 215 e 216 da CF/88), e, de outro, que vedam a crueldade contra animais (artigo 225, §1º, VII, da CF/88). Conflitos reais, no entendimento de Nabais (1998, p. 25), ocorrem quando "os respectivos conteúdos constitucionais colidem, e a sua solução passa pela restrição de um ou de ambos os direitos em conflito", e, então, nesses casos deverá ser aplicada a regra da proporcionalidade.

Em caso de conflito, os princípios não perdem sua força normativa em detrimento de outros princípios, "antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso" (CANOTILHO, 2003, p. 1182). A colisão ou conflito de princípios que afirmem direitos fundamentais haverá "sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta". (ANDRADE, 2004, p. 299). Para solucionar esses conflitos que envolvem direitos fundamentais, segundo Andrade (2004, p. 300), não se pode simplesmente resolver através de uma "preferência abstrata", pois dificilmente poderá se estabelecer hierarquia entre os bens protegidos pela Constituição, a fim de sacrificar os bens de menor importância. São três os fatores que devem ser atendidos para a solução de conflitos, conforme Andrade (2004, p. 304-305):

> [...] o âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito [...], para saber se estão em causa aspetos nucleares de ambos os direitos ou, de um ou de ambos, aspetos de maior ou menor intensidade valorativa em função da respetiva proteção constitucional.
>
> [...] a *natureza do caso* [...], isto é, os *aspetos relevantes* da situação concreta em que se tem de tomar uma decisão jurídica – em vista da finalidade e a função dessa mesma decisão.
>
> Deve ainda ter-se em atenção, porque estão em jogo bens pessoais, *a condição e o comportamento das pessoas envolvidas*, que podem ditar soluções específicas, sobretudo quando o conflito respeite a conflitos entre direitos sobre bens e liberdades. (Grifos do autor).

Para fundamentar a tese supracitada, adotar-se-á, como base de análise, o caso da "farra do boi". De acordo com Bahia (2008, p. 396), a farra do boi "é uma demonstração do caráter conflitivo dos direitos difusos". Logo, para a autora, a farra do boi ao mesmo tempo que se insere no conceito constitucional de cultura, confronta a Constituição Federal que veda a submissão de animais à crueldade. (BAHIA, 2008).

Ainda segundo Bahia (2008), a farra do boi é uma forma de expressão cultural originária da cultura portuguesa no Brasil que pode ser considerada patrimônio cultural brasileiro, porquanto a memória, ação e identidade dos portugueses contribuíram para a formação da cultura brasileira. Assim, a necessidade de preservação da farra do boi, segundo seus defensores, se sustenta, conforme Bahia (2004), nos argumentos de que serviria como resistência da cultura em face das imposições da indústria cultural e, também, para o controle da criminalidade, tendo em vista que os níveis de criminalidade são baixos nos locais em que a prática é comum. Porém essa afirmação não merece amparo, pois há diferentes maneiras de se evitar a violência através da cultura. Nesse sentido, segundo afirma Bahia (2004, p. 89):

> Ao argumento de que a farra do boi é capaz de controlar os níveis da criminalidade urbana por deslocar a violência difusa para outro objeto, podemos contrapor a ideia de que existem outras manifestações culturais capazes de produzir os mesmos efeitos benéficos destacados pelos antropólogos, mas que não importam em violência contra os animais.

Em que pese a farra do boi seja caracterizada, por muitos, como manifestação cultural, é incontestável a violência a qual o animal é submetido antes e durante o festejo, pois "quando não há a mutilação do boi, as farras sempre levam o animal à exaustão, submetendo-o por muitas horas, a estado de extrema tensão e desespero, constituindo, pois, manifestação de crueldade" (BAHIA 2008, p. 414).

O caso da farra do boi já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela sua proibição. Segundo Bahia (2008), a Suprema Corte deveria ter interpretado como um conflito real de princípios (princípio da proteção das manifestações culturais *versus* princípio da proteção da fauna), porém não fez a ponderação desses princípios, deixando uma lacuna em relação a fundamentação utilizada. Para Bahia (2008), o Supremo Tribunal Federal não considerou que ambos os direitos, ao meio ambiente e a liberdade de ação cultural, são direitos fundamentais que possuem o mesmo valor perante a Constituição Federal.

> Em ambos os casos podem-se verificar déficits de balanceamento de direitos. Estas soluções não parecem as mais adequadas, sobretudo, quando se considera que tanto o direito ao meio ambiente quanto a liberdade de ação cultural são direitos fundamentais constitucionais garantidos com a mesma força pela constituição.
>
> Constata-se, então, que, apesar de acolher um entendimento favorável à fauna, o acórdão do STF que apreciou a farra do boi padece de qualidade retórica e jurídica, que termina prejudicando a sua força argumentativa e que esta deficiência poderia ter sido suprida se o órgão empregasse a regra da proporcionalidade como instrumento para a solução da controvérsia ambiental. (BAHIA, 2008, p.423).

Portanto, no entendimento de Bahia (2008, p. 423), a decisão foi correta, entretanto sua fundamentação careceu de uma análise mais aprofundada, já vez que o modo mais adequado para resolver o caso seria a ponderação de princípios através da regra da proporcionalidade, em razão de haver uma colisão (real) entre essas normas constitucionais:

> A farra do boi envolve uma colisão de princípios. De um lado, temos o princípio da proteção das manifestações das culturas populares e, de outro, o princípio da proteção à fauna com a vedação das práticas que submetam os animais à crueldade. De acordo com as circunstâncias do caso concreto, a defesa do animal contra atos cruéis apresenta maior peso que a manutenção da manifestação cultural e, consequentemente, o princípio da proteção à fauna precedo ao da proteção das manifestações das culturas populares. (BAHIA, 2004, p. 95).

Assim, a farra do boi, de acordo com Bahia (2008, p. 424), é um caso típico de colisão entre liberdade de ação cultural e a proteção dos animais, e solução mais adequada é a aplicação da regra da proporcionalidade. Bahia (2008, p. 89-90) entende que a proteção do animal, em face do sofrimento desproporcional e desnecessário, prevalece sobre a perpetuação da tradição, e, portanto, o princípio da proteção aos animais deve prevalecer sobre o princípio das manifestações culturais. Contudo, a aplicação da tese supracitada pode apresentar alguns impasses. A principal preocupação para aplicação da regra da proporcionalidade será, segundo Silva (2011, p. 180-182), no momento em que forem sopesados princípios, já que o bem de interesse não poderá esvaziar por completo o conteúdo do direito fundamental colidente ou em conflito.

4.2 A TESE DO CONFLITO APARENTE

O presente tópico irá abordar a tese do conflito aparente (não real) de normas constitucionais nos casos que envolvam o direito de manifestação cultural e o direito que veda crueldade animal. Pela referida tese afirma-se que, o conflito (ou colisão) de normas constitucionais, no caso em exame, é meramente aparente e não real, porquanto a norma constitucional que veda a crueldade contra os animais têm a natureza de regra e não de princípio, não admitindo ponderação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Referida tese, ganhou fôlego na doutrina pátria, também a partir do caso da farra do boi, como espécie de resposta aos autores que sustentavam a tese do conflito real, e vem ganhando novos adeptos, notadamente em razão da recente discussão jurídica sobre a proibição das "vaquejadas" no Brasil.

No entendimento de Steinmetz (2009), não há, no caso da farra do boi, colisão de direitos fundamentais (ou de princípios constitucionais) sendo dispensável a ponderação entre direitos (ou princípios). No caso da farra do boi, há colisão aparente de princípios, em razão de já haver regra expressa na Constituição Federal proibindo a crueldade aos animais, ou seja, "há expressamente uma regra, um mandamento definitivo, cuja aplicação soluciona o caso sem necessidade de uma ponderação judicial de princípios ou direitos". (STEINMETZ, 2009, p. 266).

A tese do conflito aparente, portanto, refuta que haja conflito real de princípios no caso em exame, já a natureza da norma insculpida no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal é de regra e não de princípio, e sua função, enquanto mandamento definitivo é a de restringir a esfera de liberdade das manifestações culturais que possam acarretar crueldade aos animais. Logo, "a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, *cuja expressão é uma regra*." (SILVA, 2011, p. 141, grifo do autor).

A colisão aparente de direitos fundamentais (ou princípios constitucionais), de acordo com Nabais (1998), ocorre quando o conteúdo aparente de um princípio penetra o conteúdo ou o conteúdo essencial de um outro princípio:

> [...] os direitos apenas conflituam porque o conteúdo de um deles ou de ambos é considerado em termos abusivos (isto é, em termos que ultrapassam o correspondente conteúdo constitucional), e a sua (pretensa) solução passa pela explicitação ou concretização dos respectivos limites imanentes. (NABAIS, 1998, p. 25).

Ao inserirem no texto constitucional a regra de vedação de práticas que submetam animais a crueldade, os constituintes, no entendimento de Steinmetz (2009, p. 266-267), previamente fizeram uma ponderação. No mesmo sentido, Sarlet (2016) entende que a vedação de submissão de animais a crueldade possui estrutura normativa de regra estrita, sendo que tal regra corresponderia a uma prévia ponderação feita pelo legislador constituinte e, portanto, não poderá ser sujeita ao sopesamento com outro princípio. O referido autor ressalta que uma manifestação, mesmo religiosa ou cultural, só pode ser legitimada se não houver crueldade com animais. No mesmo sentido a lição de Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016, p. 101):

> [...] a Constituição Federal em seu art. 225, § 1º, inciso VII, veda, por meio de uma regra estrita, toda a ação que submeta os animais à crueldade. Portanto, a vedação de crueldade é uma regra constitucional estrita, restritiva e proibitiva de condutas. Dessa forma, a *priori*, não é possível admitir como constitucional uma lei que regulamenta uma atividade de entretenimento que ofende a esta mesma regra. A teoria dos limites dos direitos fundamentais vem em socorro de uma sociedade pluralista e solidária, justamente para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais. No caso em tela, seria uma restrição constitucional imediata, ou seja, diretamente estabelecida pela norma constitucional.

Para Steinmetz (2009, p. 267-269), a decisão do STF, ao proibir a farra do boi, foi acertada, porém não foi correto desconsiderá-la uma manifestação cultural. Aliás, teria sido desnecessária, pois o fato de ser uma manifestação cultural não a torna um direito definitivo:

> Para aplicar a regra do art. 225, §1º, VII, *in fine*, não é necessário negar à farra do boi a qualidade de manifestação cultural. Dadas as provas dos autos e a ocorrência de fatos reiterados e notórios no espaço e no tempo, evidencia-se que a farra do boi na pior das hipóteses incorpora como prática essencial a violência contra animais e na melhor das hipóteses é uma prática social cuja violência contra animais, se não essencial, é incontrolável, não passível de controle policial eficiente. Assim, mesmo em uma interpretação que lhe é benigna (a melhor das hipóteses), a farra do boi é uma manifestação cultural que afronta um mandamento constitucional definitivo: proibição de práticas cruéis contra animais. (STEINMETZ, 2009, p. 268).

É indiscutível que a prática da farra do boi constitui manifestação cultural em que é inerente a crueldade contra o boi no entanto, em outros casos, Sarlet (2016, não paginado) entende que "se ficar ressalvada a diretriz de que não poderá implicar em sofrimento deliberado e desnecessário dos animais envolvidos" o exercício da manifestação cultural em questão será legítimo e não precisará ser proibido. No caso da farra do boi, de acordo com Steinmetz (2009, p. 268), pode ser feita uma interpretação sistemática e construtiva da norma que veda a submissão de animais a crueldade, ou seja, "uma restrição diretamente constitucional, ou como uma delimitação constitucional expressa ao direito fundamental à liberdade de manifestação cultural".

Recentemente, o Instituto O Direito por um Planeta Verde (IDPV) manifestou-se contrário à prática da vaquejada no Brasil, argumentando que, por haver regra de vedação a crueldade, tal prática deve ser proibida:

> A Constituição federal em seu art. 225, § 1º, inciso VII veda, por meio de uma regra estrita, toda a ação que submeta os animais à crueldade. Portanto, a vedação de crueldade é uma regra constitucional estrita, restritiva e proibitiva de condutas. Dessa forma, não é possível admitir como constitucional uma lei que regulamenta uma atividade de entretenimento que ofende esta mesma regra. (IDPV, 2016, p. 2).

Nessa mesma oportunidade, a ideia de limite imanente, restringindo o conteúdo dos direitos culturais, também foi defendida pelo Instituto O Direito por um Planeta Verde (2016, p. 2) ao se manifestar contrário às vaquejadas:

> A teoria dos limites dos direitos fundamentais vem em socorro de uma sociedade pluralista e solidária, justamente para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais. No caso em tela, seria uma restrição constitucional imediata, ou seja, diretamente estabelecida pela norma constitucional. (IDPV, 2016, p. 2)

Faz-se necessário aqui, o esclarecimento a respeito da teoria dos limites imanentes. A ideia de limites imanentes, no entendimento de Silva (2011, p. 131), é uma estratégia teórica ligada à teoria interna dos direitos fundamentais para "não partir do pressuposto insustentável de direito absoluto". De acordo com Silva (2011, p.128), a teoria interna afirma que os direitos fundamentais e seus limites são indivisíveis, ou seja, "os limites são imanentes ao próprio direito" (SILVA, 2011, p. 128), significa que os fatores externos, como o sopesamento entre princípios, são excluídos. O plano da teoria interna, conforme Silva (2011, p. 130), não nos permite afirmar que uma ação seja, "*prima facie*, garantida por uma norma de direito fundamental", porém, que, em decorrência da particularidade de cada caso, a ação poderá deixar de ser protegida. Os direitos fundamentais, segundo Silva (2011, p. 131), não são absolutos, pois a Constituição define seus limites (implícita ou explicitamente), por exemplo:

> [...] sacrifícios humanos não são garantidos pela liberdade religiosa, da mesma forma que se pode dizer que a calúnia não é garantida pela liberdade de expressão, quer-se, com isso, dizer que ambos os direitos – liberdade religiosa e liberdade de expressão – encontram seus limites, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. São os *limites imanentes.* (grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, Canotilho (2003) afirma que as restrições de direitos fundamentais podem ser feitas diretamente pela Constituição; são "restrições constitucionais directas", e ocorrem quando a Constituição expressamente faz um recorte "restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental". (CANOTILHO, 2003, p. 450).

Conforme a teoria dos limites imanentes, a regra que proíbe a vedação de crueldade a animais não está objetivando inviabilizar as manifestações culturais, pois não extrapola os limites da liberdade de manifestação cultural, porém o efeito dessa regra restringe o âmbito de proteção desse direito fundamental. Nesses casos, apenas seria possível a aplicação da regra da proporcionalidade de princípios, no entendimento de Steinmetz (2009, p. 269), caso admitisse que a norma que proíbe tratamento cruel aos animais fosse de eficácia limitada ou reduzida. Porém, essa alegação é facilmente contradita, conforme justifica Steinmetz (2009, p. 269):

> Além de uma determinação constitucional definitiva (regra) de proteção legal dos animais contra tratamento cruel (CB, art. 225, §1º, VII, *in fine*), há um dever *prima facie* (princípio) de proteger a fauna (CB, art. 225, § 1º, VII, primeira parte) e há uma determinação constitucional (regra), ao nível das competências, de atuação administrativa para proteger o ambiente e preservar a fauna (CB, art. 23, VI e VII, respectivamente) que vincula todos os entes da República Federativa do Brasil. Portanto, não é possível justificar a omissão administrativa, total ou parcial, sob a alegação de falta de legislação apropriada para o enfrentamento do fato sociocultural Farra do Boi. As competências enumeradas no art. 23 constituem para os entes federativos um poder-dever. (grifos do autor).

Potanto, percebe-se que, segundo a tese do conflito aparente, em casos como os da farra do boi ou o das vaquejadas o conflito (ou colisão) de normas constitucionais não real, porquanto a norma constitucional que veda a crueldade contra os animais tem a natureza de regra e não de princípio, não admitindo ponderação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o disposto no artigo 225, §1º, VII, da CF/88, trata-se de uma regra constitucional expressa que limita o âmbito de proteção dos direitos culturais. Assim, não se trata de uma colisão real de princípios a depender de ponderação, pois a ponderação entre os princípios da liberdade de manifestação cultural e proteção da fauna (ou do meio ambiente equilibrado) já teria sido feita pelo legislador constituinte, o qual optou por inserir no sistema constitucional uma regra expressa (limite imanente) que restringe o conteúdo dos direitos culturais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da pesquisa foi identificar a técnica de interpretação e argumentação jurídica mais adequada a ser adotada às decisões que apresentam o suposto conflito de normas constitucionais entre a regra que veda a crueldade contra animais (artigo 225, §1º, VII, da CF/88) e a liberdade de manifestações culturais (artigos 215 e 216 da CF/88). O entendimento não é uníssono nem no âmbito doutrinário nem no jurisprudencial, razão pela qual a pesquisa encontrou relevância no cenário jurídico atual. Parte da doutrina entende que deva haver ponderação entre o princípio constitucional do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio do direito de manifestação cultural, uma vez que se trata de colisão de princípios.

Conclui-se, porém, que o conflito (ou colisão) de normas constitucionais, em tais casos, é meramente aparente e não real, pois a norma constitucional que veda a crueldade contra os animais têm a natureza de regra e não de princípio, porquanto se trata de um mandamento definitivo que não admite ponderação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o disposto no artigo 225, §1º, VII, da CF/88, trata-se de uma regra constitucional expressa que limita o âmbito de proteção dos direitos culturais.

A ponderação entre os princípios da liberdade de manifestação cultural e proteção da fauna (ou do meio ambiente equilibrado) já foi feita pelo legislador constituinte, o qual optou por inserir no sistema constitucional uma regra expressa (limite imanente) que restringe o conteúdo dos direitos culturais.

Contudo, muito embora a ponderação tenha sido feita pelo legislador constituinte, verifica-se, na prática, uma certa desconsideração do valor intrínseco da vida animal e o predomínio de uma perspectiva antropocêntrica que supervaloriza determinadas práticas como "culturais" e relativiza o sofrimento q elas acarretam aos animais. O melhor exemplo é a emenda constitucional n. 96/2017 que inseriu o §7° no art. 225 da CF88, que considera que "não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais", a despeito da recente decisão do STF que julgou inconstitucional a lei cearense que regulamentava a prática da vaquejada naquele Estado.

Assim, a despeito da conclusão do presente trabalho, percebe-se que a efetividade da regra

constitucional que veda a crueldade contra os animais só será alcançada quando o reconhecimento da dignidade da vida dos animais não humanos também atingir o âmbito do "cultural".

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AYALA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, p. 373-415.

BAHIA, Carolina Medeiros. **A farra do boi à luz do princípio da proporcionalidade**. In: LEITE, José Rubens Morato, BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 75-98.

BAHIA, Carolina Medeiros. O caso da farra do boi no Estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais. In: MOLINARO, C. A.; MEDEIROS F. L. F.; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Orgs.). **A dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 395-427.

BECHARA, Érika. **A proteção da fauna sob a ótica constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. Política ambiental constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, p. 233-267.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

IDPV – INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. **Carta IDPV sobre a Vaquejada**. 2016. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/documentos/carta-idpv-sobre-a-vaquejada>. Acesso em: 1 nov. 2016.

LIMA, André. **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri, SP: Manole, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza de; ALBUQUERQUE, Letícia. **Constituição e Animais não humanos:** um impacto no Direito Contemporâneo. In: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. (Org.). 'Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade'. 1. ed. Florianópolis, SC: FUNJAB, 2013, p. 134-158.

MEDEIROS, Fernanda L. F.; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação de crueldade** [recurso eletrônico]: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2016.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural**: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional.** Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 11 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. **Animenos**: a condição dos animais no direito brasileiro. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 231-258.

STEINMETZ, Wilson. "Farra do Boi", Fauna e manifestação cultural, uma colisão de princípios constitucionais? Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. **Direitos fundamentais & justiça**, v. 9, 2009, p. 260-273.

OS RETROCESSOS POSTERIORES AO JULGAMENTO DA VAQUEJADA CEARENSE NA ADI 4983/CE

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros[1]

Cássio Cibelli Rosa[2]

RESUMO: Em 2016, o STF reconheceu como inconstitucional a Lei Cearense nº 15.299/2013, que regulava a prática da vaquejada naquele Estado, na ADI 4983/CE. Desse julgamento entendeu-se que a vaquejada é inerentemente cruel, não podendo ser passível de regulação, bem como que, embora seja uma manifestação cultural protegida pela CF, não prescinde da observância da vedação constitucional de crueldade. Em seguida ao julgamento, o Congresso Nacional promulgou a Lei 13.364/2016 e a EC 96/2017 que deixaram de considerar a vaquejada como prática cruel. Recentemente, o mesmo relator da ADI 4983/CE, Ministro Marco Aurélio, ao julgar a mesma prática cultural no Estado da Paraíba na ADI 5713/PB, afastou a crueldade em razão da vigência da EC 96/2017. O presente artigo busca identificar os possíveis retrocessos desse julgamento, bem como os possíveis retrocessos dessas normas com base na discussão jurídica realizada nos autos da ADI 4983/CE.

Palavras chave: Vaquejada. Crueldade. Retrocesso.

ABSTRACT: In 2016, the Federal Court of Justice (STF) recognized as unconstitutional a the Law 15.299/2013, which regulated the practice of the 'vaquejada' in that State of Ceará, in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 4983/CE. It was understood fFrom this judgement it was understood that the 'vaquejada' is inherently cruel, and can not be regulated, and that although it is a cultural manifestation protected by the Federal Constitution (CF), it does not abstain from observing the constitutional fence of cruelty. Following the judgement, the National Congress promulgated the Law 13364/16 and the Constitutional Amendment (EC) 96/2017 that no longer considered the 'vaquejada' as a cruel practice. Recently, the same ADI 4983/CE rapporteur, Minister Marco Aurelio, in judging the same cultural practice in the state of Paraíba in the ADI 5713 / PB, removed cruelty due to the validity of the EC 96/2017. This article seeks to identify the possible setbacks of this judgment, as well as the possible setbacks of these rules based on the legal discussion made in the ADI 4983 /EC.

Keywords: Vaquejada. Cruelty. Setbacks.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a mencionar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a primeira a proteger o meio ambiente nacionalmente (MEDEIROS, 2013). Esse preceito constitucional encontra-se no Capítulo VI do Título VIII, que trata da Ordem Social, isto é, demonstra que o poder legiferante pretendia conceber em realidade um direito ao meio ambiente ecologiacamente equilibrado como um direito social do homem (SILVA, 2009).

Em realidade a nossa Carta Magna avançou não somente na proteção ambiental, mas ampliou o espectro da tutela jurídica aos animais não humanos expressamente em seu inciso VII, do §1º, do art. 225 vedando práticas que provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. A ideia

[1] Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal da Santa Catarina. Professora Adjunta da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNILASALLE (Canoas/RS) e Advogada.

[2] Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE (Canoas/RS) e Advogado.

de crueldade, salvo melhor juízo, tem como significado um ato sádico, desumano, doloroso, que causa sofrimento, enfim, um mal gratuito, um mal além do absolutamente necessário, trata-se daquele ato realizado com requintes de violência e brutalidade (PADILHA, 2010), não se trata de um conceito jurídico passivel de positivação, mas sim de um preceito a ser analisado caso a caso.

Decorridos 20 anos da promulgação da Constituição Federal do Brasil, diversos precedentes foram levados para discussão no Supremo Tribunal Federal em que se reconheceu a crueldade com animais rechaçando práticas ditas como esportivas e/ou culturais como a Farra do Boi em Santa Cataria[3], a Briga de Galos no Rio de Janeiro[4] e mais recentemente a vaquejada no nordeste, especificamente no Estado do Ceará[5] e Paraíba[6].

O primeiro reconhecimento de inconstitucionalidade da vaquejada deu-se com julgamento da ADI 4983/CE que declarou a inconstitucionalidade da Lei Cearense nº 15.299/2013, que tentava regular a vaquejada profissional naquele Estado. Considerado um caso como paradigmático para a efetividade da vedação de crueldade com animais, em uma decisão conflituosa entre os ministros da Suprema Corte Brasileira que surtiu alguns reflexos positivos e negativos em relação ao avanço na efetividade da vedação de práticas cruéis com animais,

Restringindo-se aos reflexos legislativos[7], após dois meses do julgamento da ADI 4983/CE foi promulgada da Lei 13.364/2016, que eleva a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações culturais nacional e de patrimônio cultural imaterial após dois meses do julgamento e, em seguida, a promulgação da EC 96/2017 que incluiu o §7º no art. 225, afastando como cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Afora as questões legislativas, após a ADI 4983/CE, o Ministério Público Federal levou para discussão inúmeras leis do norte e nordeste brasileiro para discutir a compatibilidade destas Leis Estaduais com a Constituição e recentemente, o mesmo relator da ADI 4983/CE, Ministro Marco Aurélio, que entendia como cruel a prática da vaquejada, afastou tal entendimento na ADI 5713/PB, levando em conta requisitos formais, sem levar em conta toda à ampla discussão construída sobre a vaquejada no julgado anterior.

Em razão desse precedente com forte influência na legislação posterior ao julgado da ADI 4983/CE, o presente artigo pretende analisar os efeitos da Lei 13.364/2016 e EC 96/2017 sobre a vedação constitucional de crueldade na prática da vaquejada realizada no norte e nordeste brasileiro, utilizando para pesquisa empírica a análise dos julgados em ações de diretas de inconstitucionalidade de leis que buscam regular a vaquejada no norte e nordeste do Brasil.

2 OS AVANÇOS CONQUISTADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVIDADE DA VEDAÇÃO DE CRUELDADE COM ANIMAIS

O Supremo Tribunal Federal, enquanto um garantidor da efetividade da Constituição Federal, historicamente vem avançando, na sua maioria[8] dos seus julgados, em relação vedação de práticas cruéis com animais. Decisões paradigmáticas como o caso da "Farra do Boi" catarinense, da "Briga de Galos" fluminense e o recente julgado da vaquejada cearense extirparam do ordenamento jurídico diversas formas

[3] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 153.531/SC.

[4] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1856/RJ,

[5] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4983/CE.

[6] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 5713/PB.

[7] Após o julgamento da ADI 4983/CE, houve alterações do regulamento nacional da vaquejada pela Associação Brasileira de Vaquejada e durante a tramite do processo destaca-se o Parecer nº 00019/2015/DEPCONSU/PGF/AGU determinando medidas administrativas de fiscalização da vaquejada.

[8] No julgamento da ADI 5713/PB, o Ministro Marco Aurélio entendeu, ao contrário do seu relatório na ADI 4983/CE que tratava da mesma situação fática afastando a crueldade na vaquejada e julgou improcedente o pedido baseado na EC 96/2016 a ser discutida no item a seguir.

de crueldade com animais.

A Farra do Boi é um antigo costume Ibérico transportado para o Estado de Santa Catarina devido a forte imigração da região, sendo considerada como uma manifestação em que um boi é isolado dias antes do evento sem qualquer alimentação, para ser posteriormente solto nos mangeirões (pastos cercados), onde homens, mulheres, crianças e idosos munidos com paus, pedras, açoites, chicotes e objetos cortantes, perseguem o animal a todo o custo para ferí-lo ou vencê-lo pelo cansaço (FELIZOPA, 2011).

Essa manifestação foi reconhecida com uma prática discrepante da norma constitucional de vedação de crueldade pelo Recurso Extraordinário nº 153.531 de Santa Catarina. Na época, o Ministro Marco Aurélio em seu voto deixou claro que:

> Entendo que a prática chegou a um ponto de atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça agasalho da Carta da República. Como disse no início do meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é impar e decorre de circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, s/n).

O Recurso Extraordinário nº 153.531 reconheceu a incompatibilidade da Farra do Boi como uma afronta a vedação constitucional de práticas que submetam os animais a crueldade, constituindo um precedente relevante de avanço na proteção dos animais. No mesmo sentido, no ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856 do Rio de Janeiro.

Desta vez, a Lei Estadual nº 2.895 de 20/03/1998 do Rio de Janeiro foi objeto de apreciação sobre a sua compatibilidade com o sistema constitucional. Isso porque a regra autorizava a criação e a realização de competição entre aves para promover e fomentar a briga ou rinha de galos.

Milena Brito Felizoba (2011) menciona que nas rinhas são lutas entre animais, onde os espectadores apostam determinada soma em dinheiro, recebendo prêmio caso o animal apostado vença a disputa. A autora explica que nesses eventos as aves são equipadas e afiadas com lâminas de metal e se veem forçadas a lutar até a morte (ou quase) para satisfazer a luxúria dos apostadores, isto é, os animais são treinados para matar ou morrer.

Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual Fluminense por entender que a rinha de galos como prática cruel contra a fauna. Na época, o relator, Ministro Celso de Mello, votou pela procedência da inconstitucionalidade da referida lei, em razão de "que transgridem a regra constante do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1856/RJ, p.293).

A efetividade da Constituição Federal, até então, avançava na proteção animal, embora ainda mantemos uma imensidade de manifestação, ditas como culturais, mas que em realidade mascaram uma realidade indigna para com os animais não humanos, como é caso da vaquejada.

A vaquejada modernamente trata-se de uma competição com dois vaqueiros montados a cavalos, cavalgam em alta velocidade para buscar um boi em fuga[9]. O vaqueiro-esteireiro que tem a função de direcionar o boi e condicioná-lo até o local da derrubada, emparelhando-o com o outro vaqueiro-puxador. Ele deve entregar a cauda do boi ao vaqueiro-puxador (ambos em alta velocidade) para que entrelace a cauda do animal e mediante uma torção brusca derrube o boi com as quatro patas cima em uma área delimitada com cal.

Primeiramente, convém ressaltar que na literatura constata-se a técnica específica para deitar o bovino em procedimentos veterinários, com o fim de não lesionar o animal. Gerrit Dirksen et al (2013) apontam que o derrubamento do bovino para um procedimento cirúrgico, por exemplo, requer um cuidado especial. Na abordagem do animal, recomenda-se que se aproxime do mesmo conversando em um tom calmo e amigável e, após o contato, aproximando do animal, deve-se afagá-lo ou alisar o seu lombo permitindo o primeiro contato com o animal.

[9] O bovino é açoitando antes de ser solto para que imprima velocidade de fuga.

Em relação à derrubada, em especifico, Gerrit Dirksen et al (2013) apontam que, em não sendo usado drogas, como por exemplo anestesias epidural ou geral, deve-se seguir os seguintes métodos mecânicos:

> O boi não deve ser jogado no chão, mas tombado gradualmente, para evitar danos aos chifres, costelas, diagramas, ossadura pélvica ou útero gravídico. A base de proteção pode ser feita de palha prensada, turfa, lona operatória especial com enchimento de espuma, grânulos de poliestirol ou ar sob pressão, ou bote inflável do tamanho adequado, deve ser capaz de proteger a cabeça e os chifres, ombro, úmero (risco de lesão o nervo radial) e o ísquio do lado de baixo. (DIRKSEN et al, 2013, p. 14)

Por fim, os autores asseveram que nos animais quadrúpedes e herbívoros é comum a cauda ter um formato de pincel, articulada e com pelos frondosos na extremidade. Ela é usada para proteger e limpar o ânus e espantar moscas. A conclusão disso é que a coluna vertebral, ao menos de um quadrúpede, pela sua estrutura e função não é compatível com uma torção seguindo de tração. A força exercida sobre o seguimento anatômico permite concluir que não há somente dor ósteo-articular, mas que é possível uma perda da função. Os autores apontam que lesões na cauda de bovinos, incidem não somente em dor no local, mas também na ataxia e paresia dos membros posteriores e cauda, com perda da sensibilidade em caso de lesões entre as vértebras L4 a S1, onde se insere a cauda bovina.

Analisando-se a prática da vaquejada em que os animais (bovinos e equinos) imprimem alta velocidade, onde o objetivo é derrubar violentamente o boi no chão com a torção seguindo de um "puxão" brusco a extensão da coluna vertebral do animal é notoriamente cruel. Ademais, na ADI 4983/CE, tem-se a informação de que a região da cauda é inervada e vascularizada, isto é, trata-se de uma estrutura anatômica com função fisiológica que é destruída na prática da vaquejada com percepção de dor.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a ADI 4983/CE extirpou do ordenamento jurídico a Lei Cearense nº 15.299 de 8 de janeiro de 2013. O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, entendeu que em tema de crueldade contra animais, tem sido advertido, em sucessivos julgamentos, que a realização de referida prática mostra-se frontalmente incompatível com o disposto no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República, assumindo a vaquejada, nas suas passagens como uma "verdadeira tortura".

Na ADI 4983/CE, o relator expressamente aponta:

> O argumento de defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4983/CE, 106, s/n).

A decisão de que a vaquejada cearense é incompatível com a vedação de crueldade com animal trata-se de um precedente importante de avanço na proteção jurídica constitucional dos animais. Dentre as contribuições do referido julgado, merece apontar alguns posicionamentos no voto de vista do Ministro Luis Roberto Barroso. A interpretação da vedação de práticas que submetam os animais a crueldade, prevista no art. 225, §1º, VII, da Constituição, foi no sentido de que se trata uma regra autônoma, devendo-se resguardar os animais contra atos de crueldade independentemente de haver consequências para o meio ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies. O Ministro deixa expresso o critério da senciência em seu julgado.

Luis Roberto Barroso deixa claro também em seu entendimento que "no caso da vaquejada, torna-se impossível à regulamentação de modo a evitar a crueldade com sem a descaracterização da própria prática." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4983/CE, 2016, s/n).

Em sendo a vedação de práticas cruéis uma proteção dos animais como norma autônoma, não se limita a ideia de dano à fauna, mas visa garantir a dignidade e integridade da vida animal enquanto seres detentores de um estatuto moral. O entendimento do Ministro Luis Roberto Barroso ao interpretar o caso da vaquejada cearense atribuiu um valor próprio e um caráter fundamental da norma, por sua importância

em si. Trata-se de um pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, como o direito a vida e à saúde, independentemente de um viés ecológico, assim trata o Ministro:

> 37. Portanto, a vedação de crueldade contra os animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4983/CE, 2016)

Após o julgamento que ocorreu em 06/10/2017, em alguns meses, mais especificamente em 29/11/2017, o Congresso Nacional promulgou a Lei 13.364/2016, que eleva a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações culturais nacional e de patrimônio cultural imaterial, incluindo, dentre outras, a vaquejada[10].

Deve-se ter em mente que a decisão da ADI 4983/CE não tinha por objeto extirpar uma manifestação cultural, mas de sopesar dois direitos fundamentais em conflito, o que pela ponderação entendeu-se que as manifestações culturais são protegidas pela Constituição, desde que não impliquem em crueldade com animais. A ementa do julgado é clara:

> PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.
>
> VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

O relator Marco Aurélio indica, no julgado da vaquejada cearense, que o comportamento do Supremo diante da necessidade ponderar o direito ao meio ambiente com direitos individuais de naturezas diversas, tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo, ou seja, deve prevalecer a proteção do meio ambiente. Como assevera Carlos Alberto Molinaro (2012) por ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de titularidade difusa, aplica-se o princípio da supremacia do interesse público em matéria ambiental e da indisponibilidade desse interesse.

Todavia, em 06 de junho de 2017 entra em vigor a EC 96/2017, que incluiu o §7º no art. 225, afastando como cruéis às práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos, o que já havia sido realizado em tempo exímio (Lei 13.364/2016).

Defende-se ser esta iniciativa legislativa um verdadeiro retrocesso, tanto que é objeto da ação de inconstitucionalidade (ADI 5772/DF), ainda pendente de julgamento, sendo nomeado como relator o Ministro Luis Roberto Barroso. Ocorre que, enquanto não definida, essa manobra legislativa vem garantindo retrocessos que caminham em retrocesso, tendo surtido um efeito negativo para as conquista na proteção dos bovinos e dos equinos utilizados na vaquejada, como o exemplo da AID 5713/PB, em que o relator, Ministro Marco Aurélio, mesmo relator da ADI 4983/CE, deixou de reconhecer a vaquejada como prática cruel em razão do retrocesso legislativo da EC96/2017, a ser melhor discutida a seguir.

[10] Incluem-se, pela regra, como patrimônio cultural imaterial do Brasil, o rodeio, a montaria, as provas de laço, apartação, bulldog, provas de rédeas, prova dos três tambores, Team Penning, Work Penning, paleteadas e outras provas típicas.

3 O RETROCESSO LEGISLATIVO FRENTE À VAQUEJADA APÓS O JULGAMENTO DA ADI 4893/CE

Preambularmente, após o reconhecimento da inconstitucionalidade da vaquejada cearense, o Ministério Público Federal ajuizou as ADI 5703/RR, ADI 5710/BA, ADI 5713/PB e a ADI 5772/DF, essa última com o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.364/2016, da EC 96/2017 e da Lei nº 10.220/2001 (que equipara o peão atleta profissional). Em todas as ações de inconstitucionalidade ajuizadas tem-se como objeto a impugnação de leis estaduais que tentam regular a vaquejada. E segue a pergunta: qual a diferença da prática da vaquejada realizada no Ceará da vaquejada realizada em Roraima, na Bahia ou na Paraíba? Teriam as outras leis estaduais distinções capazes de garantir a vedação de crueldade dos animais envolvidos?

Pelo conteúdo da ADI 4983/CE comprova-se a impossibilidade de regular a vaquejada, mas o Congresso Nacional conseguiu em tempo recorde extirpar a crueldade por decreto, ou melhor, por Lei e por Emenda Constitucional. Em sendo a Constituição Federal uma carta que é dotada de rigidez, um tanto curioso que uma emenda constitucional tenha uma aprovação com tramite cuja celeridade é ímpar no Brasil.

Em 06/10/2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vaquejada no Estado do Ceará é inconstitucional. Em síntese apartada, tem-se que as manifestações culturais não prescindem da observância do disposto no inciso VII, §1º, art. 225 da CF, não havendo pelo Supremo qualquer reconhecimento de que a vaquejada não consistia em uma manifestação cultural, mas sim que nenhuma manifestação cultural que é compatível com vedação de crueldade.

Em 29/11/2016, o Congresso Nacional, em menos de 2 meses do julgamento da ADI 4983/CE, promulgou a Lei 13.364/2016, que eleva a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico culturais, à condição de manifestações culturais nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Todavia, em momento algum o julgado descaracterizou a vaquejada como uma manifestação cultural, ao contrário, mesmo nos votos de procedência para o reconhecimento da inconstitucionalidade, não houve, por parte do Supremo, qualquer declaração de que a vaquejada em si não se trata de uma manifestação cultural, mas sim que não se admite cultura com crueldade.

Em 15/02/2017 foi apresentada a PEC 304/2017 de autoria do Senador Federal, Otto Alencar do PSD Bahia, que em 06/06/2017 promulgou a emenda constitucional nº 96/2017, isto é, em menos de 4 meses, a Constituição Federal considerada rígida foi alterada[11]. Houve apenas um pedido de emenda modificativa proposta pelo Deputado, Jorge Côrte Real, do PTB/PE, que pretendia em realidade acrescentar o texto no §4º no art. 215, da CF ao invés do §7º no art. 225 da CF. Mas se incluída do artigo 215, CF, mas a norma não excluiria a crueldade que os parlamentares pensam ter excluído.

No dia seguinte à proposição da PEC (16/02/2017), o Deputado Paulo Azi protocolou os requerimentos 1/2017 e 2/2017, solicitando duas audiências públicas. A primeira, com os seguintes participantes: a) Leandro Cruz Fróes da Silva, Secretário Nacional de Esporte, Educação, Lazer e Inclusão Social (SNELIS) do Ministério de Esporte; b) Hélio Cordeiro Manso Filho, veterinário, Phd em Ciência Animal e professor da Universidade Federal Rural de Pernambuco; c) Vânia de Fátima Plaza Nunes, Fórum Nacional de Defesa e Proteção Animal; d) Rosana Jambo de Oliveira, Comissão do Bem-Estar Animal da OAB de Alagoas;

Para a segunda audiência pública: a) Paulo Fernando Cavancanti de Morais Filho, Presidente da Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ); b) Roberto Gomes Vidal, representando da Confederação Nacional de Rodeios (CNAR); c) Eduardo Móglia Suné, representando da Associação Brasileira dos Cavalos Crioulos (ABCCC); d) Ronaldo Bittencourt Filho, representando da Confederação Brasileira de Hipismo (CBH); e) Orlando Lamônica Júnior, representando da Associação Brasileira de Cavalo Paint (ABC Paint) e; f) Arnaldo Manuel de Souza Machado Borges, representando a Associação Brasileira de Criadores de Zebu (ABCZ).

Dessas informações constantes no andamento da PEC 304/2017 conclui-se uma valoração superior aos Entes Federados com interesses econômicos envolvidos na vaquejada, tanto que temos 4 representantes,

[11] BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 304/2017. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843> Acesso em 20 de dezembro de2017.

em tese, para defesa dos animais (considerando que o Secretário Nacional de Esporte defenda interesses públicos), mas 6 integrantes de entidades com interesses meramente econômicos com a exploração da vaquejada.

Em se tratando das questões éticas envolvendo a discussão na referida PEC, percebe-se uma posição antropocêntrica, impondo ao toque de caixa, uma posição que contraria (ou contrariava) o Supremo Tribunal Federal. Aliás, somente o antropocentrismo afasta os animais de qualquer consideração moral.

Constata-se, ainda, no requerimento nº 4/2017, do Deputado Vicentino Júnior uma abordagem expressa de que o STF julgou inconstitucional a Lei Estadual nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, isto é, ao invés de respeitar uma decisão judicial em um caso envolvendo a mesma prática, contribuiu-se para caminhar contrário ao posicionamento da Corte, o que se buscava era justamente retroceder na vedação de proteção animal.

A regra constitucional de vedação de crueldade é uma norma taxativa (GORDILHO et al, 2016) e tem um sentido superior de proteção. Não se trata de mera linguísta tem um significado e uma distinção. Carlos Alberto Molinaro (2012, p. 85) aponta:

> 'Vedar e proibir guarda sinonímia. Contudo, no imaginário social, imaginário é mais que proibir, veda-se para não "escorrer" qualquer fluído, para não se perder qualquer substância. Vedar é obstruir, impedir algum processo ou ação, o substantivo vedação reveste esse impedimento. Proibir é vedar também, mas *posterius*, pois está em alguém que ordena, interdita ou desautoriza, vedar é *prius*.

Assim, a Constituição Federal tem em seu conteúdo originário uma mensagem legislativa de impedir qualquer forma de crueldade seja com animais silvestres, seja com animais domésticos ou domesticados, seja aqueles pertencentes à fauna terrestre como aquática, bem como as aves, isto é, não havia em sua origem qualquer restrição que impedisse qualquer crueldade com animais no Brasil.

Após a exaustiva discussão jurídica sobre a compatibilidade da vaquejada na ADI 4983/CE, avançando na efetividade da vedação de práticas cruéis com animais na vaquejada, o Congresso Nacional consegue retroceder, para provavelmente atender a insatisfação de parte de um grupo com interesses na permanência dessa exploração, que deve deter influência no Congresso Nacional, impondo a alteração da Constituição Brasileira, que é considerada como rígida.

Acompanha-se a critica de Ingo Wolgang Sarlet (2016) no sentido de que a EC 96/2017 além de criar um conceito eminentemente normativo de crueldade por "decreto", viola cláusula pétrea de proibição de crueldade com animais cujo núcleo essencial do direito e dever fundamental da proteção ambiental associável ao mínimo existencial ecológico e dignidade da vida não humana, ainda que não sob uma ótica subjetiva.

A EC 96/2017 além de inconstitucional por contrariar não somente a norma autônoma constante no inciso VII, §1º do art. 225, da CF, caminha em um sentido de retroação não somente da vaquejada, mas de todo um avanço jurisprudencial de efetividade da vedação constitucional práticas cruéis com animais.

Antônio Herman Benjamin (2012) afirma que vivemos em uma era de consolidação e afirmação de direitos proclamados, que repele a instituição teatral e o uso ornamental de normas, constitucionais ou infraconstitucionais. Assevera o autor que não podemos transformar direitos das presentes gerações e garantias dos nossos pósteros num ioiô legislativo, num acordeão desafinado e imprevisível, que tanto se expande como retrai.

Como mencionam Ingo Sarlet et al (2014) a garantia constitucional da proibição de retrocesso (sócio) ambiental apresenta-se implícita no nosso sistema constitucional e está pautado no principio da segurança jurídica e da confiança, procurando "blindar" as conquistas legislativas (e administrativas) socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer tal direito.

Em se tratando de matéria ambiental a princípio, o que se espera sempre é uma melhor proteção ao meio ambiente, não se esperando que uma lei nova tenha a finalidade de permitir maior destruição da fauna e da flora (PRIEUR, 2012). Exatamente sobre estes pilares que se defende a inconstitucionalidade da

Lei 13.364/2016 e da EC 96/2017, por contrariar uma norma constitucional autônoma, qual seja, a vedação constitucional de crueldade com animais.

A proibição de retrocesso exige não somente a exigência de um mínimo ecológico, mas implica em uma vinculação do legislador.

> Portanto, em sede de direitos fundamentais, num Estado Socioambiental e Democrático de Direito, a interdição da retrogração – incorporada nestes princípios, onde se inclui inclusive o principio de proibição do retrocesso ambiental – vincula o legislador infraconstitucional e o poder originário revelador da Constituição, não podendo a norma infraconstitucional retroagir em matéria de direitos fundamentais declarados originariamente. Contudo, este princípio (e aqui nos referimos especificamente ao principio da vedação de retrogradação) não é absoluto, dirige-se apenas a porção do "núcleo duro" do direito (-dever) fundamental (ambiente, vida), vale dizer, a "fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional [...] (MOLINARO, 2012).

Espera-se que o Ministro Luis Roberto Barroso ao julgar a ADI 5772/DF avance na efetividade da vedação de crueldades não restringindo como impõe a EC 96/2017. Mas infelizmente, os efeitos dessas regras que se julga um retrocesso legislativo já surtiram seus efeitos, como no caso da ADI 5713/PB, um precedente de retrocesso da vaquejada.

4 OS RETROCESSOS DA LEI 13.364/2016 E DA EC 96/2017

A entrada em vigor EC 97/2017 é um verdadeiro retrocesso para a Constituição Federal considerada como pioneira na defesa do ambiente no Brasil. Antes da alteração constitucional tínhamos uma interpretação biocêntrica da Constituição. Fernanda Medeiros (2013) aponta que o caput do art. 225 tem predominantemente um viés antropocêntrico, mas que os seus parágrafos e os incisos é possível identificar um viés como predominância biocêntrica.

A interpretação da autora, todavia, foi anterior a entrada em vigor da EC 96/2017, o que salvo melhor juízo, retrocedeu. A partir da restrição promovida na EC 96/2017 que decretou que não se considera cruel as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, afastou o entendimento do STF no sentido de que as manifestações culturais não são proibidas desde que não impliquem em crueldade com animais, portanto, restringindo a esfera de proteção.

A questão é: a vaquejada deixou de ser cruel com a EC 96/2017? Então vamos admitir que os animais tenham de suportar as inúmeras lesões decorrentes da vaquejada? A EC 96/2017 então tem o poder de evitar que os bovinos, por exemplo, tenham suas caudas com rompimento de nervos e vasos sanguíneos?

Dentre as leis impugnadas nas inúmeras ADIs propostas, temos a título de exemplo, na Lei Estadual Baiana nº 13.454/2015. A referida regra traz algumas pecualiridades distintas das demais leis que tentam regular a vaquejada. O preâmbulo da Lei 13.454/2015 assim dispõe: "Regulamenta a Vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado da Bahia, institui medidas de proteção e combate aos maus tratos com animais durante o evento e dá outras providências.".

Pela leitura do preâmbulo, percebe-se que já há um reconhecimento de que a vaquejada importa em maus tratos, tanto que a legislação, em tese, pretende coibir. Na lei baiana consta a expressa proibição de choque na lida com animais na pista. A proibição de açoitar cavalos, bater, esporear ou puxar rédeas e os freios de modo a machucar o animal, sob pena de desclassificação (art. 5º, inciso II, "b", "c" e "d").

É necessário dispor que é proibido aplicação de choques elétricos no animal? Choque elétrico não é cruel? A lei 9.605/98 (lei de crimes ambientais) já não proíbe maus tratos? Mas agora ironicamente, uma emenda constitucional já definiu que não é cruel a vaquejada. Vejamos que o viés antropocêntrico tende somente a retroceder os avanços que vínhamos alcançando por força de vedação de crueldade.

Outro exemplo entre as leis que procuram regular a vaquejada destaca-se a Lei de Roraima (Lei nº 900 de 6 de abril de 2013) em que há a previsão de que excluir da prova o vaqueiro que sem motivo justificado

exceder no trato com animal, ferindo-o ou maltratando-o (art. 4º, §5º)[12]. Seria a retirada do vaqueiro uma efetiva medida para evitar crueldade ou maus-tratos com os animais envolvidos na vaquejada? O animal já não foi submetido a crueldade e/ou maus tratos? A EC 96/2017 não contribuiu para a permanência desse cenário reconhecido pelo legislador infraconstitucional?

Anterior à vigência da EC 96/2017, a interpretação dada à vedação constitucional de crueldade com animais como não especificava quais os animais estavam protegidos e não se tinha uma restrição quanto à tutela jurídica de animais silvestres (selvagens) ou domésticos e domesticados, todos estavam abrangidos pela Constituição em um modelo ampliativo, ou seja, não se limitava das espécies poderiam causar ao meio ambiente (LEITE, 2013).

Mas após vigência da EC 96/2017 por não se considerar cruel as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, os bovinos e os equinos submetidos à vaquejada estão excluídos da proteção. E pergunta-se: Caso o Estado de Santa Catarina legislar dispondo que a Farra do Boi é esporte pertencente a cultural catarinense? A farra do boi passa ser compatível com a Constituição pós emenda?.

A ADI 5713/PB pretendia a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.428/2015, que tem dois artigos em texto a saber: "Art. 1º Fica reconhecida a Vaquejada como modalidade esportiva, no Estado da Paraíba. Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.".

O Ministro Marco Aurélio, relator da ADI 5713/PB, o mesmo que reconheceu a inconstitucionalidade da vaquejada cearense assim julgou monocraticamente, a mesma situação fática na Paraíba:

> Mediante ato do poder constituinte derivado, modificou-se, de forma substancial, o tratamento constitucionalmente conferido à vaquejada, ficando prejudicada a análise desta ação, observada a jurisprudência do Supremo. Precedentes: ações diretas de inconstitucionalidade nº 1.993, Pleno, relator o ministro Octávio Galloti, acórdão publicado no Diário da Justiça de 3 de setembro de 1999; nº 1.143, Pleno, relator o ministro Ilmar Galvão, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 6 de setembro de 2001; e nº 1.344, relator o ministro Luís Roberto Barroso, publicado no Diário de Justiça de 25 de novembro de 2015.
>
> Descabe aludir a circunstâncias excepcionais a autorizarem a admissão do julgamento de mérito, considerada eventual utilidade da manifestação do Supremo em sede concentrada. O Tribunal tem encontro marcado com a controvérsia, presente a formalização das ações diretas de nº 5.728 e nº 5.772, relatores, respectivamente, os ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, nas quais questionada a compatibilidade, com a Constituição Federal, da Emenda de nº 96/2017. 3.
>
> Ante o quadro, assento a perda de objeto desta ação.

Em termos processuais, não houve a apreciação do mérito, então, em não incidindo a coisa julgada material, merece destaque que não se trata de uma situação em que a *posteriori*, não seja objeto de apreciação novamente, mas o retrocesso está justamente na permissão de uma manifestação reconhecida como inconstitucional.

O controle de constitucionalidade incidental, onde qualquer juiz de direito tem o dever de verificar a constitucionalidade das normas a serem aplicadas, não se incluiria nesse julgado da ADI 5713/PB? Não teria um Ministro do Supremo Tribunal Federal, que foi relator do primeiro julgado em que se reconheceu a inconstitucionalidade da vaquejada cearense com a vedação de crueldade, que assumir esse instituto com uma norma autônoma? Defende-se que sim. Em sendo a vedação de crueldade uma norma autônoma, onde o relator participou dessa interpretação, mereceria o julgado uma declaração incidental.

A contribuição da inconstitucionalidade da vaquejada cearense pela ADI 4983/CE foi justamente no sentido de que por ser a vedação de crueldade uma norma autônoma, não se limita ao dano ou não da fauna, mas que os animais são detentores de um estatuto moral. Esses argumentos surgiram do Ministro Luis Roberto Barroso que é relator da ADI 5772/DF em que se discute a constitucionalidade da EC 96/2016, da Lei 13.364/2016 e da Lei 10.220/2001.

Em realidade o julgamento da ADI 5772/DF deveria por uma questão de celeridade ter sido julgada

[12] A lei baiana (Lei Estadual nº 13.454) repete esse preceito de retirada do vaqueiro em caso de açoite.

anterior às demais em razão dos possíveis reflexos inclusive sobre a alteração da Constituição Federal ocorrida pela EC 96/2017. Mas em tendo sido julgada anteriormente sem julgamento de mérito a ADI 5713/PB, pode-se esperar duas coisas: a sua manutenção caso improcedente a ADI 5772/DF ou uma nova ADI para discutir a constitucionalidade da Lei da Paraíba.

O princípio do não retrocesso está pautado justamente na segurança jurídica e não se está a defender a imutabilidade do direito, mas a imutabilidade dos avanços alcançados com a construção ético-constitucional ao longo desses anos de Estado Socioambiental de Direito. Vamos permitir esse retrocesso? A cada momento vamos permitir que uma lei nova retroaja na proteção dos animais? Em nível infraconstitucional ainda temos mecanismos para evitar retrocessos, mas em nível constitucional, tendo em conta a "rigidez" da nossa Carta Magna, deveria ser mais complexo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vedação de práticas de submetam os animais a crueldade trata-se de uma norma constitucional autônoma com caráter de cláusula pétrea em que proíbe taxativamente qualquer tratamento cruel com animais de modo ampliativo, isto é, não restringe a proteção de determinada espécie de animais, o que desde a promulgação da Constituição embasou inúmeros precedentes capazes de fortalecer e avançar em sua efetividade perante o STF.

Recentemente, após o reconhecimento de que a Constituição Federal protege as manifestações culturais, mas que não prescindem da observância da vedação de crueldade com animais, constata-se um valor superior à dignidade da vida animal e sua integridade, o que amplia da tutela jurídica dos animais, bem como reconhece um estatuto moral aos animais.

Após o reconhecimento pelo STF da crueldade e sua incompatibilidade com a Constituição Federal em relação à vaquejada cearense, diversos reflexos considerados como um retrocesso jurídico, dentre eles a Lei 13.364/2016 e a EC 96/2016, restringiu a proteção dos animais, afastando a crueldade da vaquejada por decreto e diminuindo a tutela jurídica dos animais em um caminho contrário ao avanço jurídico e ético.

Todavia, o conceito de crueldade não pode ser afastado por mera condição formal, sendo uma realidade incompatível com o sistema constitucional, não se limitando a ideia enquadramento da conduta com a norma. Não se trata de um instituto jurídico capaz de ser alterado por mera formalidade jurídica. Um preceito legal não tem o condão de afastar uma situação fática de crueldade.

O retrocesso legislativo surtiu seus efeitos retrógrados, sendo que recentemente o Ministro Marco Aurélio e relator da ADI 5713, ao contrário do seu reconhecimento sobre a crueldade da vaquejada cearense, mudou o seu entendimento com base na EC 96/2017. Disso decorrem dois questionamentos: Não cumpre a qualquer Magistrado realizar o controle de constitucionalidade incidental? Não deveria um Ministro da Corte Constitucional que reconheceu a inconstitucional a prática da vaquejada, avançar ainda mais na efetividade da vedação de crueldade com animais e reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da EC 96/2017?

A Lei 13.364/2016 e a EC 96/2016 restringem a efetividade da vedação de crueldade com animais, sendo, portanto, incompatíveis com o sistema constitucional que veda essa limitação, sendo, portanto, inconstitucional e representado um verdadeiro retrocesso jurídico e ético.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.364 de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 nov. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm> Acesso em 06/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 1856/RJ. Autor: Procurador Geral da República. Réus: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Celso de Mello. Brasília, 14 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 4983/CE. Autor: Procurador Geral da República. Réus: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator Marco Aurélio, Brasília, 31 de março de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 5713/PB. Autor: Procurador Geral da República. Réus: Governador do Estado da Paraíba e Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator Marco Aurélio, Brasília, 19 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 153.531/SC. Autor: APANDE. Reú: Estado de Santa Catarina. Relator: Nelson Jobim. Brasília,14 de abril de 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição e retrocesso ambiental. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e fiscalização e controle. p. 55/72, Brasília, 2012.

DIRKSEN, Gerrit; GRÜNDER, Hans-Dieter; STÖBER, Matthaeus. Rosenberg, exame clínico dos bovinos. 3.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

FELIZOPA, Milena Britto. A cultura de entretenimento com animais e o entendimento dos tribunais pátrios. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 9, p. 243/264, jul./dez., 2011.

GORDILHO, Heron José de Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A vaquejada à luz da Constituição Federal. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, n. 2, v. 2, p. 7896, jul./dez., 2016.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da retrogradação ambiental. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e fiscalização e controle. p. 73/120, Brasília, 2012.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro: 2010.

PRIEUR, Michael. O princípio de retrocesso ambiental. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e fiscalização e controle. p. 11/54, Brasília, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014-B.

_____. Novamente a proteção jurídica constitucional dos animais no Brasil – o caso da EC 96/2017. 07/07/2016-B. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitosfundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017> Acesso em 02 abr. 2018.

SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS ANIMAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Vladimir Stolzenberg Torres
Biólogo, Dr. em Informática na Educação
Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Sustentabilidade
Prefeitura Municipal de Porto Alegre
biologo.vladimir@gmail.com

RESUMO: O homem desde os primórdios em tempos imemoriais vem utilizando os animais não humanos, para a satisfação de suas mais diversas necessidades, como; vestuário, alimentação, guarda pessoal, transporte e atualmente como companheiro, amigo, dentre outras. Esse comportamento precisa evoluir ao passo que a sociedade se desenvolve, uma vez que, por questões éticas, a utilização dos animais não humanos meramente como coisas não se justifica. Partindo dessa perspectiva, no presente estudo busca-se analisar a capacidade dos animais de obterem personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, em particular sobre o direito e a moral envolvidos na obtenção dos mesmos. Estruturado através do método indutivo, o estudo foi realizado por meio de pesquisa autor-data e como fontes de pesquisa doutrina, legislação e artigos científicos. Outrossim, introduzimos os conceitos de personalidade jurídica e seus institutos, apresentando ao final o método que os autores trazem para a efetivação dos direitos da personalidade aos animais. Demonstra ainda, que as hipóteses apresentadas foram parcialmente confirmadas.

Palavras-chave: Direito dos Animais. Legislação Brasileira. Personalidade Jurídica. Ponderação de Direitos.

THE LEGAL PERSONALITY FROM ANIMALS IN THE CONTEXT BRAZILIAN

ABSTRACT: The man from the earliest times in ancient times has been using non-human animals, to satisfy their diverse needs, such as; clothing, food, personal guard, shipping and currently as a companion, friend, among others. This behavior needs to evolve while the company develops, since, for ethical reasons, the use of nonhuman animals merely as things not justified. From this perspective, the present study seeks to analyze the ability of animals to obtain legal personality in the Brazilian legal system, particularly on the right and the moral involved in obtaining them. Structured through de inductive method, the study was realized through the author-data research and as fountains of the research doctrine, the law and scientific papers. Likewise we introduce the concepts of the juridical personality and their institutes, presenting at the final the method that the authors bring for the enforcement of the animal personality rights. Shows yet, that the hypothesis presented were partially confirmed.

Keywords: Animal Rights. Brazilian Legislation. Consideration of Rights. Juridical Personality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do conceito de fauna; 3. Filosofia, bioética e postura público-social; 4. A personalidade jurídica e a capacidade jurídica; 5. A implementação destes direitos aos animais; 6. Os animais sob a ótica do direito brasileiro; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A interação entre homens e animais sempre esteve presente na trajetória da humanidade, desde uma época onde os homens viviam em cavernas e encontravam na caça uma forma importante de sobrevivência

até chegarmos aos dias atuais, em que, entre outras formas de utilização e interação homem-animal, destaca-se a experimentação animal. Sob o ponto de vista das ciências biomédicas os animais representam um elo importante entre as pretensões científicas e as conquistas de fato, sob o ponto de vista de outros é um tipo de "holocausto" que não deveria existir. Sabemos que ao longo do tempo, caminhando ao lado de toda a evolução científica, caminham as idéias dos homens e por vezes entram em conflito. O final do século XX tornou-se um desses momentos. Quer denominado momento de confronto, quer denominado momento de grande questionamento, o que se coloca em relação aos animais é: "como nós devemos tratar os animais?"; "eles têm direitos e/ou nós temos deveres para com eles?". Essas questões permeiam toda a apresentação do debate que aqui se inicia.

Com o surgimento do *Homo sapiens*, o espaço ocupado originalmente pelos animais passa a ser ocupado simultânea e progressivamente pela espécie humana, na proporção e velocidade do seu crescimento demográfico. O processo de alteração do meio ambiente deixa de ocorrer apenas por causas naturais, passando a receber, adicionalmente, os impactos das crescentes atividades antropomórficas, que se tornaram ecologicamente danosas ao superarem a capacidade de reciclagem edafo-climática, e como conseqüência, elevando paulatinamente os riscos ambientais até atingirem níveis críticos à continuidade da vida, ensejando a necessidade de se preservar, conservar e resguardar o planeta Terra como um organismo vivo, conforme descreve a teoria ou hipótese de Gaia (LOVELOCK, 1989).

Dentre as atividades desenvolvidas ao longo do tempo pelo homem, o impacto sobre a fauna trouxe significativas conseqüências ao meio ambiente, obrigando a sociedade humana a reconhecê-los e a buscar meios de atenuá-los ou minimizá-los, analisando os animais conforme sua classe, sua posição e situação sociológica, os usos e abusos costumeiros, bem como, o respeito e a ética, através das regras de manejo, proteção e preservação que lhes atribuam direitos mínimos, ou seja, à vida com dignidade e conforto peculiares a cada espécie.

A posição dos animais no meio social hodierno está diretamente ligada ao passado, a uma visão de mundo antropocêntrica, que valoriza e maximiza o ser humano como único ser dotado de personalidade e destinatário de direitos, pois:

> *O ser humano, no transcurso de sua recente existência sobre a Terra, vem-se julgando superior às demais espécies e, graças a esse pensamento antropocêntrico, supõe governar sobre os demais seres vivos. No mundo ocidental, católico especialmente, o antropocentrismo tem como raízes as escrituras sagradas, que disseminaram a idéia de que o homem foi feito à imagem de Deus, sendo-lhe, assim, outorgado o domínio sobre os peixes do mar, as aves do céu e todos os animais que rastejam sobre a Terra. Em razão disso, o homem considera a si mesmo amo e senhor da vida, do bem-estar e da felicidade de todos os demais seres vivos do planeta. Mas será verdadeira essa superioridade do homem? Tem ela justificativa?* (MASCHIO, 2005).

Tanto assim o é o pensamento humano, que, por vários séculos o ser humano exterminou milhares de animais (e mesmo espécies inteiras), sem atentar para o fato de que, não é, e nem era o único a habitar este planeta, e que o meio ambiente, para proporcionar o mínimo de qualidade de vida, precisa estar em equilíbrio. Assim, o estudo que se apresenta é sobretudo um convite à reflexão sobre a personalidade jurídica que possam apresentar os animais à luz do sistema jurisdicional brasileiro.

2 DO CONCEITO DE FAUNA

Partindo da Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998), especificamente sobre seu "Capítulo V, Seção I, Dos Crimes contra a Fauna", deve-se primeiro buscar a compreensão sobre o conceito de fauna. De acordo com Machado (2009), "a fauna pode ser conceituada como o conjunto de espécies animais de um determinado país ou região". Levai (2004), por sua vez, fala que no amplo conceito de fauna, cabem não apenas os mamíferos, mas também as aves, os répteis, os peixes, os anfíbios e os insetos, explicando que para efeitos jurídicos, animais são todos os seres vivos multicelulares, heterotróficos e dotados de movimento.

Fauna, portanto, é o conjunto das espécies animais de um determinado país ou região, e a fauna brasileira, especialmente, é: "uma das mais ricas e exuberantes faunas do planeta. A imensidão territorial,

quase toda situada nos trópicos, permite uma convivência de inúmeras espécies, liberando o País da reduzida padronização constatável em algumas regiões de clima inóspito" (NALINI, 2003).

Assim, considerando a fauna como o conjunto das espécies animais, é objetivo especificar sua classificação, para permitir compreender melhor sua relação com a sociedade humana, em: a) fauna doméstica; b) fauna domesticada; c) fauna silvestre nativa; e d) fauna silvestre exótica, sendo suas especificidades abaixo elencados, conforme DIAS (2000):

> Fauna doméstica - é constituída de todas as espécies que foram submetidas a processos tradicionais de manejo, possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem para sua sobrevivência, sendo passível de transação comercial e, alguns, de utilização econômica.
>
> Fauna domesticada - constituída por animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais, perderam seus habitats na natureza e passaram a conviver pacificamente com o homem, dele dependendo para sua sobrevivência, podendo ou não apresentar características comportamentais dos espécimes silvestres. Os animais domesticados perdem a adaptabilidade aos seus habitats naturais e, no caso de serem devolvidos à natureza, deverão passar por um processo de readaptação antes da reintrodução.
>
> Fauna silvestre nativa - compreende todas as espécies que ocorram naturalmente no território ou que utilizem naturalmente esse território em alguma fase de seu ciclo biológico.
>
> Fauna silvestre exótica - abarca todas as espécies que não ocorram naturalmente no território, possuindo ou não populações livres na natureza.

Existem diversas outras classificações, algumas mais outras menos detalhistas, porém, a apresentada supre as necessidades deste estudo por considerar a fauna em âmbito geral, diferenciando-a, basicamente, entre a totalidade de espécies presentes em determinada área, ou, em sentido estrito, as espécies animais que podem ser encontradas em determinada área, tendo-se em conta fatores ecológicos e históricos.

O STF, ao julgar a ADIn nº 1.856 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011), conceituou:

> *A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinha, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.*

Além destas conceituações, o IBAMA, por meio da Portaria nº 93, de 07/07/1998, definiu o conceito de fauna silvestre brasileira, silvestre exótica e doméstica (RODRIGUES, 2011).

Os animais, portanto, a despeito de qualquer classificação como a elencada acima, são colaboradores necessários da existência humana, e assim deveriam ser por todos reconhecidos, visto que, desde o silvestre até o doméstico, cada um deles, em sua singularidade responde por uma parte da manutenção de um ecossistema, um meio ambiente sadio e equilibrado. Desse modo, o simples abandono ou práticas mais cruéis como as trazidas no tópico seguinte, devem ser reprimidas e, mais que isso, prevenidas, através de um amplo trabalho a ser desenvolvido a cargo do poder público.

Perpassada a classificação doutrinária das ramificações da fauna, veja-se qual a classificação jurídica que lhe é dada pela legislação brasileira, conforme Dias (2000):

> *Segundo o Código Civil Brasileiro, os animais domésticos são bens móveis suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia. Em direito, recebem o nome de semoventes. São considerados propriedade de seus donos e os abandonados estão sujeitos à apropriação. No caso de lesão a um animal doméstico, o seu dono pode exigir indenização ou ressarcimento do dano, no Juízo Cível, a todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, agredir seu animal ou lhe causar prejuízo.*

De outro lado, "[os] *animais da fauna silvestre brasileira são propriedade da União, considerados bem de uso comum do povo. Isto significa que eles estão sob o domínio eminente da Nação, ou seja, o seu uso está sujeito a regras administrativas impostas pelo Estado*" (DIAS, 2000).

E, é desse modo que disciplina a Lei de Proteção à Fauna:

> *Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha* (BRASIL, 1967).

Diante desses apontamentos, tem-se claro que, há um tratamento jurídico diferenciado aos componentes de *cada fauna*, porém todos contando com tratamento legislativo, seja para declará-los bens particulares, da União, ou outra propriedade, mas que, em realidade, tudo que se relaciona com as condutas atentatórias à dignidade dos animais, depende, não da legislação, mas da consciência do povo, de cada ser humano.

3 FILOSOFIA, BIOÉTICA E POSTURA PÚBLICO-SOCIAL

As relações homem/animal nunca foram simples. Ao longo dos tempos os animais foram observados, admirados, exaltados, transformados em símbolos, deuses e demônios, inspiraram o medo, a crueldade, a fé, a benevolência, se tornaram caça, caçadores, amigos e inimigos, e também foram amados e destruídos (MORRIS, 1990). Afinal, quem é esse "animal"?

Na Filosofia contemporânea, há duas correntes de pensamento que defendem a atribuição de dignidade e direitos aos animais e a sua inclusão na Ética. São denominadas "defensorismo" ou "liberalismo" dos animais e "abolicionismo" dos animais. Diferem-se em suas teorias e argumentos, assim como na sua finalidade.

Enquanto a primeira defende o reconhecimento de direitos aos animais e a sua convivência digna com os seres humanos em um mesmo habitat, a segunda defende o abolicionismo dos animais, alegando que todos eles são escravos dos seres humanos e devem ser devolvidos a seu habitat, exercendo seu direito a viver longe dos seres humanos, sem a sua interferência.

De acordo com Levai (2004), no início a relação dos homens com os animais era instintiva, movida pelas leis da sobrevivência e, após desenvolver sua capacidade de reflexão passou a se impor sobre as outras espécies, iniciando assim uma jornada predatória que transformou o homem na criatura mais poderosa da terra. Poeta Ovidio citado por Levai (2004), para demonstrar o desenvolvimento predatório do homem, assim dispõe: "*foi com o sangue dos animais que o ferro se tingiu pela primeira vez*".

Com a vida em sociedade, o homem passou a desenvolver a agricultura de subsistência e a criação de animais, a "revolução agrícola", sendo que finda a relação de simbiose com a natureza, passou-se a exploração servil com base na crença de que os animais são seres inferiores e que devem obediência ao homem (LEVAI, 2004). Nesta linha, o Código Civil Brasileiro, de 1916, tratava os animais como coisas, bem semoventes, objetos de propriedade e outros interesses alheios como "*bens móveis suscetíveis de movimento próprio*", artigo 47; "*coisas sem dono sujeitas à apropriação, ou caça*", artigos 596 a 598. Esses dispositivos foram revogados pela lei de proteção à fauna Lei n. 5.197/1967.

Já o Código Civil de 2002 manteve, em seu artigo 82, apenas o dispositivo contido no artigo 47 do Código de 1916. O artigo 82 do novo código civil dispõe que "*são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social*", assim, os animais permanecem sendo considerados coisa ou semovente, sendo, portanto, passíveis de apropriação pelos homens.

Desta forma, conforme o Código Civil Brasileiro (vigente), os animais domésticos são considerados bens móveis suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sendo chamados de semoventes. Estes animais são de propriedade de seus donos e, quando abandonados, estão sujeitos à apropriação. Já os animais silvestres são de propriedade da União, ou seja, estão sob o domínio da Nação, por serem considerados bens de uso comum do povo, sendo regulados por regras administrativas impostas pelo Estado. Nesta esteira, entende-se que os animais não são reconhecidos pelo ordenamento jurídico

como sujeitos de direitos, pois são tidos como bens sobre os quais incide a ação do homem, uma vez que a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies.

De forma interessante Midgley (1989), chama atenção para o fato de que a nossa própria forma de classificação é algo estranho, pois utilizamos uma única palavra, a palavra "animal", para designar seres tão diferentes, como baleias e microorganismos. No entanto, é também usual se utilizar a palavra "animal" para se referir àqueles que não são humanos. De fato, é possível observar que a utilização desse termo serve como uma linha demarcatória para evidenciar dois grupos de seres: de um lado "seres humanos" e do outro, "animais", por mais que esse segundo grupo continue agregando seres tão diferentes. Pode-se dizer, que isso não é casual. Basta nos darmos conta de como começou a se estabelecer uma grande diferença entre seres humanos e não humanos, e como, consequentemente, se ergueu uma grande barreira separando-os completamente também na esfera moral.

Pode-se dizer que a negação da razão aos animais instaurou uma crise, e de tal forma que ela se disseminou tanto no campo da filosofia da mente, quanto no campo da filosofia moral, e se estende até os dias de hoje (SORABJI, 1995). Nas palavras de Feijó (2005), entendemos que o sofrimento animal é o ponto de partida para o reconhecimento do status moral do animal:

> [...] *se aceitamos que os animais são seres sensíveis capazes de sentir dor e de apresentar necessidades básicas e interesses peculiares de sua espécie, aceitamos que eles apresentam um status moral que nós somos obrigados, moralmente, a reconhecer* [...].

A questão da racionalidade animal representa hoje um grande desafio tanto para a filosofia da mente quanto para as teorias morais. Sabemos que o entendimento dos princípios e valores que configuram uma determinada sociedade, em determinado momento, é fundamental para o entendimento da doutrina ética adotada. É assim que, ao longo da história, a decisão sobre quais as características moralmente relevantes contribui para a adoção de uma determinada postura ética.

O ponto mais polêmico do debate, entretanto, situa-se em torno da questão dos "direitos dos animais". Isso se deve, em parte, ao fato do conceito de "direito" ser confuso e gerar um debate permanente mesmo quando a referência é feita aos direitos humanos. O outro fato é que, conforme as palavras de Bobbio (1992), "a linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos morais e materiais".

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A CAPACIDADE JURÍDICA

Diniz (2009) demonstra o conceito de pessoa:

> *Para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.*

Ainda, Diniz (2009), continua analisando o conceito de pessoa através da ótica de Kelsen:

> Para Kelsen o conceito de sujeito de direito não é necessário para a descrição do direito, é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. De forma que a pessoa natural, ou jurídica, que tem direitos e deveres, é um complexo destes direitos e deveres, cuja unidade é, figurativamente, expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação dessa unidade. Assim sendo, para esse autor a "pessoa" não é, portanto, um indivíduo ou uma comunidade de pessoas, mas a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos. Logo, sob o prisma kelsiniano é a "pessoa" uma construção da ciência do direito, que com esse entendimento afasta o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo.

Resumindo o conceito de Kelsen, Diniz (2009), afirma que, "*pessoa natural ou jurídica é a personificação*

de um complexo de normas".

Podemos ainda analisar o conceito de Venosa (2010), semelhante ao conceito de Diniz, não diferindo muito a doutrina, quanto ao conceito de pessoa: "*no direito moderno, consideram-se pessoas tanto o homem, isoladamente, como as entidades personificadas, isto é, certos grupos sociais que se denominam pessoas jurídicas* [...]".

Além disto, Diniz (2009) expõe a seguinte visão do conceito de pessoa:

> *Para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.*

Então, que o conceito de pessoa jurídica, abrange tanto os humanos, como entidades físicas ou coletivas, podendo então, conforme ver-se nas explicações dos doutrinadores, serem considerados os animais, pessoas jurídicas.

Ainda considerando o referencial de Diniz (2009), conceitua-se a personalidade jurídica, como:

> *Liga-se a pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.*

Ainda, Guillermo Borba citado por Venosa (2010), o qual informa as características da personalidade:

> [...] *(a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independendo de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos "erga omnes". Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada.*

Clóvis Beviláqua, citado por Gonçalves (2011), define a personalidade jurídica como, "*a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações*". Conforme Gonçalves (2011), além das pessoas, outros entes também podem obter personalidade jurídica:

> *O direito reconhece personalidade também a certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas, compostas de pessoas físicas ou naturais, que se agrupam, com observância das condições legais, e se associam para melhor atingir os seus objetivos econômicos ou sociais, como as associações e sociedades, ou constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado, como as fundações.*

Conforme se verifica, então, pessoa jurídica é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo tratar-se de uma pessoa física ou jurídica, a qual terá uma serie de direitos em virtude de ter personalidade jurídica.

Na seqüência, Gonçalves (2011), apresenta o conceito de capacidade jurídica:

> *Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou gozo, também denominada capacidade para aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações* [...].

Porém, nem todas as pessoas tem capacidade de fato para exercer por si mesmo seus direitos, por razão destas pessoas não terem alguns requisitos para exercê-las, como por exemplo, saúde e desenvolvimento

mental. Para protegê-las, é exigido sempre a participação de outra pessoa para representa-la ou assisti-la, porém, não lhe retira o direito de adquirirem direitos (GONÇALVES, 2011).

Traz-se aqui também o conceito de Diniz (2009):

> *Capacidade por sua vez, é "a medida jurídica da personalidade", ou, como prefere Teixeira de Freitas, a "manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade". Antônio Chaves, a esse respeito, afirma que para realçar a importância desse conceito na ciência jurídica e, especialmente, no direito privado, basta lembrar que não há nessa especialidade instituto jurídico que não lhe peca passagem. Só mediante representação e assistência poderá realizar-se um ato de interesse de um incapaz e, ainda assim, sob observância de rigorosas formalidades legais. Isto é assim porque a capacidade jurídica é a condição ou pressuposto de todos os direitos.*

Temos assim, que a capacidade jurídica é a possibilidade do ser de adquirir e exercer direitos, sendo necessário, porém, que, para exercer plenamente estes direitos, deve preencher certos requisitos, sem os quais, devera ser representado por outra pessoa.

5 A IMPLEMENTAÇÃO DESTES DIREITOS AOS ANIMAIS

Conforme apregoa a Declaração Universal dos Direitos dos Animais: *"(...) todos os animais possuem direitos*"; "(...) *o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo*" (UNESCO, 1978). Nesse entendimento a World Society for the Protection of Animals proclama: "*a coexistência das espécies no mundo e o respeito pelos animais por parte do homem, estão diretamente ligados ao respeito dos homens entre si*" (WSPA, 2007).

Como forma de expressar a implementação de tais direitos, convém resgatar a linha seguida por Tom Regan através de sua teoria abolicionista, como a que melhor condiz com a atribuição de personalidade jurídica aos animais, sendo que conforme visto, entende-se por esta teoria que os animais são seres sujeitos de uma vida e não bens dos humanos. Assim demonstra Rodrigues (2011):

> *O Animal possui vida e direito à vida, exatamente por isso, precisa ser respeitado. Em outras palavras; é obrigatório compreender o direito à vida dos Animais não-humanos igualmente ao direito dos humanos, ou seja, há de ser reverenciada a vida em sua existência ate os limites naturais. Seres sensíveis, com capacidade de sofrer, independentemente do grau da dor ou da capacidade da manifestação, devem ser respaldados pelo principio da igualdade e fazem jus a uma total consideração ética. Infligir dos aos Animais não-humanos não desculpa qualquer tese de domínio de interesses do homem, sobretudo quando o fim é a lucratividade.*

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 garante proteção contra comportamentos cruéis em face dos animais, estaria ela reconhecendo os animais como seres sensíveis e passiveis de sofrimento (LEVAI, 2004). Pelos animais serem seres que não tem capacidade postulária, não poderiam ser sujeitos de direito. Contudo, aos humanos que não tem capacidade postulatória direta, os incapazes, quem intervém, e age em seu favor, é um curador (LEVAI, 2004).

Ackel-Filho (2001) afirma que os animais não humanos não podem ser considerados coisas, pois, possuem personalidade *sui generis* e, por isso, são sujeitos de direito. O autor pondera:

> *O direito dos animais constitui expressão da própria natureza, do bem e do justo e, por conseguinte, traduzem-se em valores éticos da humanidade, que ao sistema jurídico positivo cumpre assimilar para efetiva normatização. Assim, alimentada pela moral, a lei poderá impor sanções concretas para os infratores e permissões jurídicas expressas para a tutela processual dos direitos subjetivos dos animais, já que eles não são meras coisas, mas sujeitos de direito.*

Completando o raciocínio, Benjamin (2001) ressalta: "*o reconhecimento de direitos aos animais – ou mesmo à natureza – não leva ao resultado absurdo de propor que seres humanos e animais tenham os mesmos ou equivalentes direitos. O que se propõe é uma mudança de paradigma na dogmática jurídica*".

Na Constituição Federal de 1988, ficou incumbido ao Poder Publico proteger a fauna e a flora, nesta linha, entendendo cabível a extensão da personalidade jurídica aos animais, caberia ao Ministério Publico representá-los em juízo, por não terem capacidade postulatória direta em virtude de que seriam incapazes.

Assim entende Levai (2004): "[...] *como eles não têm meios de se defender por si, a exemplo das crianças ou dos interditos, surge o Ministério Publico na condição de seu legítimo substituto processual* [...]".

Do mesmo modo temos o posicionamento de Dias (2000), quanto à caracterização dos animais como sujeitos de direitos:

> *Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas.*

Desta maneira, poderiam os animais ser sujeitos de direito, com personalidade jurídica própria, porém, sem capacidade postulatória direta, pois seriam considerados incapazes assim como os menores humanos. Assim, caberia ao Ministério Público postular em juízo em nome dos animais por ser o legitimado a defender os interesses públicos.

6 OS ANIMAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

A proteção jurídica do animal na legislação brasileira é feita, segundo a doutrina, ora pela função ecológica exercida pela fauna, ora pelo sentimento de piedade do homem para com os animais, devido à capacidade de colocar-se no lugar do animal e sensibilizar-se, o que se explica pelas semelhanças biológicas e comportamentais maiores que as encontradas entre homens e vegetais ou minerais.

Neste diapasão, de acordo com a doutrina dominante, o direito ambientalista constitucional brasileiro abraçou a corrente antropocentrista, existindo ainda a doutrina intermediária, entendendo pelo caráter híbrido: ora antropocentrista ora biocentrista. Assim, como consideração geral, para o direito brasileiro convencional, a relação entre a espécie humana e as demais espécies animais limita-se à tutela dos animais pelo poder público em função da sua utilidade enquanto fauna brasileira intrínseca ao meio ambiente equilibrado e ao instituto da propriedade dos animais; porém, alguns doutrinadores brasileiros inovadores, dentre os quais se destacam juristas como Edna Cardozo Dias, Fernando Laerte Levai, Danielle Tetü Rodrigues, Luciano Rocha Santana e Heron Santana Gordilho, defendem a existência de um Direito Animal, ou seja, de direitos garantidos aos animais não-humanos enquanto sujeitos, e não simplesmente como objetos de direito.

Com exceção da espécie *Homo sapiens*, o direito brasileiro não reconhece os animais como sujeitos. São objetos, rés, passíveis ou não de apropriação pelos indivíduos humanos, de acordo com a sua natureza silvestre, doméstica ou domesticada.

A Constituição da República de 1988 contém em seu artigo 225 uma norma que protege aos animais, independentemente de sua origem ou classificação. Porém, a proteção que lhes é garantida possui um argumento puramente utilitarista: os animais, como integrantes da fauna brasileira, são protegidos com a finalidade de garantir um habitat saudável às atuais e futuras gerações humanas.

A Lei 9.605 de 1998, denominada Lei de Crimes Ambientais prevê em seus 82 artigos algumas das normas de proteção destinadas aos animais em razão de sua proteção constitucional. Porém, a sua pena máxima prevista é a privativa de liberdade que poderá ser substituída pela restritiva de direitos, aplicável

a Lei 9.099/95 aos crimes ambientais. Os crimes contra o meio ambiente são, portanto, crimes de menor potencial ofensivo. Esse é o nome atribuído aos crimes que, pela sua natureza e gravidade não são capazes de causar dano considerável ao bem jurídico tutelado.

Desprovidos de valor próprio ou da relevância jurídica de suas vidas no Direito Penal, os animais (ou a fauna brasileira) são tema de Direito Civil. Ainda são estudados na atualidade brasileira sob influência do Direito Romano, como simples coisas semoventes, como se desprovidos fossem da capacidade de sentirem dor ou apego. Em jurisprudência majoritária, são apenas objetos que possuem a capacidade de mover por si, e que podem acrescentar lucros aos seus proprietários.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, conforme se manifestam muitos doutrinadores, que os animais são seres sencientes que devem ter sua integridade preservada, devendo o meio ambiente ser considerado como um todo e do mesmo modo protegido, não visto apenas como um bem a disposição do ser humano. A dignidade animal refere-se à consideração do animal não-humano como um ser digno de respeito e de direitos enquanto ser capaz de sofrer e de ter interesse em seu bem-estar próprio.

Os animais, no Brasil, são considerados como "bens móveis" pelo Código Civil e como "recursos naturais" ou "bem de uso comum do povo", pela Lei de Crimes Ambientais, não figurando, portanto, como sujeitos de direito. Neste sentido, por conseguinte, a legislação brasileira revela-se escassa e deficiente quanto à proteção dos animais. Sua terminologia é inadequada para alcançar aos seus fins de proteção aos animais enquanto seres capazes de sentir e que necessitam de cuidados humanos para a sua sobrevivência e bem-estar, devido ao domínio do habitat comum pela humanidade.

Assim, como se evidencia, em nenhum momento a legislação infraconstitucional reconhece personalidade jurídica aos animais, apenas garante aos mesmos o direito de não sofrerem maus-tratos. Os dispositivos legais brasileiros expressam natureza privatista ao tratar os animais como coisas (âmbito civil), objeto material (âmbito penal) ou recursos naturais (diplomas ecológicos), ressentindo-se assim de maior amplitude ética, porque discrimina e permite seja subjugado tudo o que não é humano.

Embora ainda não sejam considerados como sujeitos de direito pela legislação brasileira, os animais também não podem ser classificados como simples coisas. Para que possa atingir sua realização plena, a justiça não se deve ater apenas ao direito positivo, mas considerar os valores morais e éticos da sociedade e os princípios do direito natural. Assim, apesar da legislação não conceder personalidade aos animais, a sociedade vem evoluindo no sentido de endurecer as leis penais e garantir mais direitos aos animais, sendo que hoje em dia, o direito poderia em tese, modificar o instituto da personalidade para abranger os animais, assim como o fez para abranger as pessoas jurídicas, visando incluir empresas e outros entes no mundo jurídico.

Porém a sociedade, tendo em vista a grande quantidade de notícias de maus tratos aos animais e pela utilização intensiva dos animais em pesquisas e para o abate, ainda não aceitaria tamanha modificação, mas se a evolução dos direitos morais dos animais continuar seguindo este ritmo, dentro de alguns anos animais com personalidade poderá sim tornar-se uma realidade. Desta forma, o bem jurídico do artigo 32 da Lei 9.605/98 – "*Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*" – é o respeito devido aos animais, que figuram, nessa hipótese, como sujeitos passivos do crime. O artigo 225 § 1º VII da CF, ao vedar as práticas que submetam os animais à crueldade, traz em si um imperativo ético que reconhece o animal como ser vivente capaz de sofrer, e não como objeto ou recurso natural, permitindo-lhe assumir a condição de sujeito jurídico.

A promoção da dignidade animal no Brasil depende essencialmente da adoção de novas perspectivas da propriedade de animais domésticos e domesticados como o instituto inovador da guarda animal e da proteção dos animais silvestres pelo Estado. A inserção dos animais na Ética é tão necessária quanto o seu reconhecimento pelo Direito, e a educação da comunidade é imprescindível para uma efetiva mudança do paradigma utilitarista da proteção animal para a dignidade animal.

Por fim, espera-se ter demonstrado que apesar do animal não ser mais um mero bem para o

ordenamento jurídico, com proteção garantida na própria Constituição Federal de 1988, apesar do instituto da personalidade poder ser abrangido para englobar também os animais, a sociedade ainda não aceitaria esta condição, pois as grandes indústrias da carne e da experimentação animal tem um poderio bem significante, exercendo grande influência sob as massas, bem como é afincada na consciência humana a cultura da carne como alimento essencial a alimentação, chegando ao ponto da pessoa não pensar mais em um animal como um ser, mas apenas, como pedaços de carne.

REFERÊNCIAS

ACKEL-FILHO, Diomar. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis, 2001. 216p.

BENJAMMIN, Antônio H. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso? **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, v. 1, n 2, p. 149-172, 2001.

BOBBIO, N. A **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Lei Nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. **Lei Nº 9.605, 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

DIAS, Edna C. **Tutela jurídica dos animais**. 2000. 150 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

DINIZ, Maria H. **Teoria Geral do Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FEIJÓ, Ana M. **Utilização de Animais na investigação e docência: uma reflexão ética necessária**. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 9, ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LEVAI, Laerte F. **Direito dos Animais**. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

LOVELOCK, James E. **Gaia: um novo olhar sobre a vida na Terra**. Lisboa: Edições 70, 1989.

MACHADO, Paulo A. de L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MASCHIO, Jane J. Os animais. Direitos deles e ética para com eles. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 771, 13 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=7142>. Acesso em: 20 mar. 2015.

MIDGLEY, M. Are you an Animal? In: LANGLEY, G. **Animal Experimentation. The Consensus Changes**. London: Macmillan Press, 1989.

MORRIS, D. **O Contrato Animal**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1990.

NALINI, José R. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2003.

RODRIGUES, Danielle T. **Direito e Os Animais – Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SORABJI, R. **Animal Minds e Human Morals. The Origins of the Western Debate**. New York: Cornell University Press, 1995.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Proclamada em assembléia da Unesco, em Bruxelas, no dia 27 de janeiro de 1978. Disponível em <http://www.propp.ufms.br/bioetica/ceua/declaracao.htm>. Acesso em 22 mar. 2015.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

WSPA – World Society for the Protection of Animals. **Alternativas práticas à pecuária industrial na América Latina**. Estudo de Casos: Argentina, Brasil, Colômbia e Costa Rica. Rio de Janeiro: Relatório da WSPA Brasil. 2007.

Sociology of Law 2018

GT11: PROTEÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

EDUCAÇÃO AMBIENTAL E FEMINISMO: A DESIGUALDADE DE GÊNERO COMO OBSTÁCULO À SUSTENTABILIDADE E A FORMAÇÃO DE CIDADÃOS ECOLOGICAMENTE RESPONSÁVEIS

Tatiana Mareto Silva[1]

Aloisio Krohling[2]

RESUMO: O estudo teve como objetivo central analisar a relação entre sustentabilidade e igualdade de gênero na busca da sustentabilidade planetária. Nesse sentido, utilizando o método múltiplo dialético para o diálogo entre as diversas teorias apresentadas, o trabalho apresentou a desigualdade de gêneros persistente no Século XXI e os obstáculos para a participação feminina na construção da sociedade causados pelo machismo incrustado no antropocentrismo que regula a sociedade patriarcal ocidental desde a modernidade. Ainda, o estudo demonstrou a necessidade de se buscar a igualdade de gênero para o atendimento dos ODS estabelecidos pelas Nações Unidas na Agenda 2030. Em outro momento, o estudo discutiu a dificuldade em se atingir a sustentabilidade pelos objetivos e metas já traçados sem que haja uma desconstrução e um repensar das relações entre ser humano e Natureza e entre homem e mulher, pois a racionalidade que fundamenta as ações sustentáveis se pauta no mesmo antropocentrismo que sustenta a desigualdade e a coisificação da Natureza e da mulher. Por fim, apresentou a educação ambiental libertadora e fundada na alteridade como modelo para uma alfabetização ecológica que permita a formação de cidadãos ecologicamente responsáveis a fim de perseguirem a sustentabilidade planetária.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Educação Ambiental. Feminismo. Desigualdade de Gênero. Alteridade.

ENVIRONMENTAL EDUCATION AND FEMINISM: GENDER INEQUALITY AS AN OBSTACLE TO SUSTAINABILITY AND THE CONSTRUCTION OF ECOLOGICALLY RESPONSIBLE CITIZENS

ABSTRACT: The main objective of this study was to analyze the relations between sustainability and gender equality in the pursuit of planetary sustainability. In this sense, using the multiple dialectic method for the dialogue between the various theories presented, the work presented the persistent gender inequality in the 21st Century and the obstacles to female participation in the construction of society caused by machismo embedded in the anthropocentrism that regulates the patriarchal society from the modern times. In addition, the study demonstrated the need to seek gender equality to meet the ODS established by the United Nations in Agenda 2030. At another time, the study discussed the difficulty in achieving sustainability for the objectives and goals already outlined without there being a deconstruction and a rethinking of the relations between being human and Nature and between man and woman, because the rationality that underlies the sustainable actions is based on the same anthropocentrism that sustains the inequality and the fact of Nature and the woman. Finally, he presented environmental education that was liberating and based on otherness as a model for an ecological literacy that allowed the formation of ecologically responsible citizens in order to pursue planetary sustainability.

Keywords: Sustainability. Environmental Education. Feminism. Gender Inequality. Alterity.

---

[1] Doutoranda vinculada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Professora do Centro Universitário São Camilo - Espírito Santo. Advogada.

[2] Pós-doutor em Filosofia Política pelo Instituto Santo Anselmo em Roma, Itália. Mestre em Filosofia e Teologia pela Universidade Gregoriana em Roma, Itália. Graduado em Filosofia pela Faculdade Anchieta, São Paulo. Graduado em Ciências Sociais pela Loyola University, Chicago, USA. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

1 INTRODUÇÃO

O planeta Terra está em crise e agoniza por sua sobrevivência. A relação entre a Humanidade e a Natureza está cada vez mais desgastada, mesmo após diversas tentativas de renová-la. Não foi sempre assim - a raça humana já conviveu mais pacificamente com a Natureza durante o seu progresso evolutivo. O que mudou; o que levou a Humanidade a extinguir espécies viventes, a poluir e contaminar o ar e as águas, a devastar florestas, alterar a biodiversidade e colocar em risco a sobrevivência de sua própria linhagem?

A resposta para essa pergunta já foi exaustivamente investigada, mas apenas evidencia outro problema. O eventual equilíbrio entre a ação humana e a Natureza entrou em maior colapso com a evolução industrial e tecnológica da modernidade, que intensificou a mercantilização das matérias-primas essenciais para a indústria e ampliou significativamente a produção. Desse marco, a Humanidade, que tratava a Natureza como uma coisa, um bem, também acentuou a exploração do ambiente, utilizando indiscriminadamente tudo que fosse necessário para satisfazer o mercado e alimentando a crença de que a Natureza era composta de "recursos renováveis", como a água.

O avanço tecnológico da modernidade não representou apenas a melhoria da vida das pessoas que moravam em cidades. A tecnologia que salva vidas e possibilita a comunicação imediata entre pessoas, também é a mesma que polui, consome a Natureza e prejudica a qualidade da vida humana. Gilles Lipovetsky (2017), ao analisar a efemeridade das relações no Século XXI, identificou que a tecnologia está desenvolvendo bens cada vez menos duráveis e menores, incentivando a troca frequente dos bens - nem sempre necessária.

Não apenas o consumismo impulsiona a relação de exploração entre ser humano e Natureza. O período moderno também representou a ascensão da razão e uma grande transformação no pensamento científico. A evolução das ciências durante a modernidade estabeleceu os métodos e técnicas que moldaram o pensamento social por mais de um século, inclusive com a cientifização do que hoje denominamos ciências humanas e sociais. Como bem observou Enrique Leff (2010), o método da modernidade, no entanto, ignora a complexidade em prol da fragmentação e da simplificação, homogeiniza a diversidade por uma unidade de pensamento e comportamento que não correspondem à pluralidade cultural das sociedades.

Esse cenário da modernidade, em que o conhecimento científico tecnicizado e unificado reduziu a complexidade das relações sociais e a evolução tecnológica e industrial em um avanço que ignorava a finitude das matérias-primas essenciais para a produção, intensificou o desequilíbrio das relações entre ser humano e Natureza. Como agravante, a modernidade elevou o ser humano masculino à categoria de ser supremo do planeta, por ser o único dotado de razão. O antropocentrismo fez com que o ser humano desprezasse a Natureza para considerá-la como uma mera fonte de recursos (LEFF, 2010; BOFF, 2010).

Com isso, a degradação ambiental que vivemos hoje é resultado da exploração descontrolada da Natureza, da ausência de alteridade e respeito para com outras espécies que também habitam a Terra, da falta de uma cosmovisão que considere a espécie humana como parte de um Universo complexo e diversificado. A compreensão de que a Natureza é um recurso, um bem, uma coisa que existe apenas para servir à Humanidade, colocou-a em uma situação permanente de violações, que, potencializadas pelas desigualdades sociais decorrentes da exploração desigual do planeta, precisa ser cessada antes que inviabilize toda a vida humana na Terra.

Esse mesmo antropocentrismo masculino legitima a desigualdade entre os gêneros, fazendo com que o homem esteja em uma posição de superioridade em relação à mulher e a considere uma coisa a seu dispor, coincidente com sua percepção do meio ambiente. A coisificação dos seres não humanos, característica do antropocentrismo, estende-se às mulheres.

Com essa breve introdução acerca da crise ambiental como uma crise intensificada pela modernidade, o presente estudo pretende analisar a relação (in)existente entre a desigualdade entre os gêneros homem e mulher e as propostas de sustentabilidade planetária que vêm sendo discutidas no âmbito das Nações Unidas, e a necessidade de que a educação ambiental tenha também o foco na educação para a redução da desigualdade entre homens e mulheres.

O estudo desenvolveu-se pelo método do múltiplo dialético (KROHLING, 2014) para resolver a problemática: Considerando a necessidade de se formar cidadãos que respeitem a Natureza e ajam com

consciência ecológica, como (será que) o feminismo e a busca pela igualdade de gênero pode contribuir para uma educação ambiental (mais) efetiva?

Estruturamos o texto em cinco partes distintas, que analisam dialeticamente a desigualdade de gênero, a relação entre essa desigualdade e a sustentabilidade, a necessidade de se repensar o meio ambiente à luz de uma racionalidade ambiental, como proposta por Enrique Leff, e o papel da educação ambiental para a efetivação de práticas sustentáveis eficazes. Dessa forma, pretendeu-se, na conclusão, atender ao objetivo da pesquisa, que foi analisar o papel do feminismo na educação ambiental e como (se) a desigualdade de gênero interfere na formação de cidadãos ecologicamente responsáveis.

2 A DESIGUALDADE DE GÊNERO QUE DIFICULTA A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE.

A sociedade ocidental contemporânea foi fundada sob os alicerces da desigualdade. Enfatizaremos o período moderno, com o Iluminismo e a ascensão da razão, momento em que o antropocentrismo colocou o homem no centro do universo, como um marco significativo para a desigualdade que nos propomos a analisar: a de gênero. O antropocentrismo moderno representa a justificativa da exploração de mulheres por homens - ser masculino. A modernidade, antropocêntrica, androcêntrica e eurocêntrica, fincou suas raízes na parte ocidental do planeta e estabeleceu os parâmetros sociais que até hoje são seguidos.

Iniciamos o estudo com uma discussão sobre a desigualdade de gênero persistente e permanente que ainda resiste, mesmo no Século XXI, mantendo milhares de mulheres em situação de violência constante e perpetuando a discriminação de pessoas em razão do gênero. Utilizamos, como fio condutor, a filosofia de Hannah Arendt (2007) sobre o confinamento da mulher nos espaços privados, conjugada com a análise de Simone de Beauvoir (2009) sobre a construção dos gêneros e a definição dos papéis femininos, quem segrega as mulheres a tarefas meramente domésticas, não permitindo a elas a participação social ou política.

O discurso da modernidade é um discurso masculino, que coloca o homem no centro de todas as coisas, detentor de poder absoluto sobre os outros seres viventes. A Humanidade não é racional, o homem é. O desprezo pelo feminino e pela participação das mulheres na construção da sociedade foi reforçado e reinventado na modernidade, que estabeleceu e consolidou papéis de gênero que segregam a mulher aos espaços privados (ARENDT, 2007) e, consequentemente, à invisibilidade social e política[3]. Esses papéis estabelecem, para a mulher, o cuidado com a casa, com a prole, com o marido, considerando uma naturalização da maternidade e da docilidade que norteariam toda a atuação feminina na sociedade.

Os homens, ao contrário, possuem papéis de liderança e são criados livres para conquistar o mundo (BEAUVOIR, 2009). A determinação que tais papéis são estabelecidos em razão das diferenças entre os sexos e das aptidões intrínsecas de homens e mulheres os torna imutáveis e irresistíveis. Assim, a mulher é segregada e confinada aos espaços privados e é invisibilizada socialmente, sendo a ela desautorizado que

[3] Utilizamos, para este estudo, a compreensão de invisibilidade social de Fernando Braga da Costa (2004), traçando um paralelo entre a invisibilidade causada pela histórica humilhação e exclusão política de determinados grupos de pessoas, segregados por raça, cor da pele, classe social, etc, com a invisibilidade da mulher, cuja humilhação e exclusão nem sempre é observada e sentida, uma vez que a mulher sequer tem a autorização histórica de colocar-se fora do espaço doméstico. Transcrevemos a fala de José Moura Gonçalves Filho, ao prefaciar a obra de Fernando Braga da Costa: "Índios expostos à espoliação agrária. Negros expostos ao racismo. Roceiros sem-terra, expostos a trabalhar para só comer. Cidadãos pobres expostos ao emprego proletário, ao desemprego e à indigência. Velhos expostos a ficarem para trás no trabalho acelerado. Mulheres detidas por seus pais, irmãos e maridos, por seus professores e chefes. Amantes expostos à vigilância e à proibição, quando o amor aconteceu fora da ordem erótica oficial. Loucos desmoralizados pelas ciências, cassados pelos tribunais, invalidados pelos manicômios. Tantos expostos à desonra e ao desrespeito cultural. Uma comunidade política parece reuni-los todos: exposição ao sofrimento da dominação" (COSTA, 2004, pos 257-256). Também utilizamos a percepção de exclusão social de Jessé Souza (2006) que, em sua obra A construção social da subcidadania, delineia um tipo de cidadão inferior ou de segunda classe que foi criado pela invisibilização e exclusão de determinados grupos, que o autor mesmo denomina "ralé": "No contexto impessoal moderno, também no periférico, [os sistemas de dominação e exclusão] são redes invisíveis de crenças, compartilhadas pré-reflexivamente acerca do valor relativo de indivíduos e grupos, ancorados institucionalmente e reproduzidos cotidianamente pela ideologia simbólica subpolítica incrustada nas práticas do dia a dia que determinam, agora, seu lugar social" (SOUZA, 2006, p. 182).

exerça funções políticas ou manifeste-se acerca dessas funções. O espaço público é masculino, construído por homens e para homens, cujo discurso foi moldado para excluir o feminino - em razão de sua incapacidade ou desinteresse natural pela política - e manter as mulheres em tarefas exclusivamente domésticas.

A justificativa para essa diferenciação social entre homens e mulheres residiu na diferença biológica entre os corpos masculinos e femininos. Como bem explicou Susan Moller Okin (2013), as distinções entre órgãos genitais e características físicas presentes nos sexos masculino e feminino subsidiaram uma divisão social e cultural entre as funções de cada gênero, que passaram a representar verdades pautadas na natureza. A naturalização desses papeis sociais, levaram à uma dogmatização das diferenças entre os gêneros, que muitas vezes vinha acompanhada de intensas demonstrações científicas.

Susan Moller Okin (2013) faz uma compreensiva demonstração de como a mulher foi, historicamente, reduzida a uma criatura apolítica e inapta para qualquer função social que não a procriação ou o cuidado com os afazeres domésticos - que residiam nos cuidados com os homens e, eventualmente, outras mulheres. Nesse sentido, o filósofo grego Aristóteles chegou a comparar a mulher com um invólucro vazio, oco, acentuando, assim, que a mulher só existia para cumprir uma função - a de maternar (OKIN, 2013). Não pretendemos, neste estudo, rejeitar que existem diferenças biológicas entre os sexos, pois tais diferenças são, inclusive, visivelmente demonstráveis. O debate finca-se na relação construída entre tais dessemelhanças e os papeis sociais de cada gênero - a biologização da função social de homens e mulheres, que levou a uma segregação feminina a papeis subvalorizados socialmente e ao aprisionamento da mulher ao espaço privado do lar.

A consolidação das sociedades ocidentais, pautadas no antropocentrismo então androcêntrico e machista, perpetuou esse aprisionamento das mulheres em seus lares, relegando à invisibilidade o papel feminino. As vidas e os corpos femininos também foram entregues ao controle masculino, que detinha o poder de decisão sobre o destino das mulheres, haja vista a alegada inaptidão delas para guiar seus próprios caminhos. Os Estados, a sociedade e a política foram construídas exclusivamente sob o viés masculino. Os espaços públicos eram todos voltados para os homens, uma vez que a eles pertenciam (ARENDT, 2007).

O período pós-moderno não trouxe significativas modificações na estrutura patriarcal das sociedades ocidentais. Os papéis femininos permaneceram os mesmos, ressaltando a maternidade, a docilidade, a fragilidade e a incapacidade da mulher para a participar da vida social além das atribuições domésticas. As mulheres, no entanto, decidiram romper com os estereótipos estigmatizantes que as excluíam da participação pública e eclodiram, em meados do Século XXI, movimentos de lutas contra o sistema patriarcal que as oprimia.

Movimentos pelo direito de voto[4], pelo direito de trabalhar e receber salário, pelo direito de assumir o controle de suas próprias vidas e de participar da vida pública a fim de contribuir para a construção de outros paradigmas sociais mais igualitários, permanecem. As mulheres buscaram, e ainda buscam, espaços para sair da invisibilidade dos afazeres domésticos, gratuitos e subvalorizados, e assumir cargos profissionais de relevo, cargos políticos e que lhes permitam voz[5].

Apesar disso, mulheres ainda não conseguiram representatividade suficiente para mudar de forma mais significativa a base da estrutura machista que insiste em segregá-las. Esse cenário, transportado para o Brasil, assume contornos mais graves. Pesquisa realizada pelo DataSenado (BRASIL, 2014), referente às eleições de 2014, apresentou um cenário obscuro sobre a participação feminina na política. Um total de 87% das mulheres entrevistadas, na pesquisa, nunca pensou em se candidatar a um cargo político. O motivo

[4] No Brasil, o direito a voto feminino deu-se apenas na década de 30, pelo Decreto 21.076 de 1932, que estabeleceu o Código Eleitoral Provisório. No mundo, porém, o movimento das Sufragistas, no Reino Unido, fundado por Emmeline Pankhurst, originou o Representation of People Act, de 1918, que representou a primeira etapa do direito de voto feminino na Inglaterra.

[5] Alguns projetos da ONU Mulheres têm como objetivo a igualdade de gênero e possuem maior foco em mulheres que pertencem a outros grupos minoritários e também invisibilizados, como o projeto Voz das Mulheres Indígenas, o projeto Mulheres Rurais e o programa Jovens Mulheres Líderes: Programa de Fortalecimento em Questões de Gênero e Juventude. Muitas mulheres envolvidas com tais projetos sofrem dupla invisibilização social, pois, além da segregação do feminino aos espaços privados, também pertencem a grupos excluídos historicamente no âmbito das sociedades ocidentais europeizadas - negros, indígenas, trabalhadores rurais, etc. Mais informações sobre esses projetos podem ser encontradas no sítio da ONU Mulheres no Brasil: http://www.onumulheres.org.br

apresentado por elas foi a falta de apoio de partidos políticos, que contou com 41% das respostas. O interesse por política, no entanto, apresentou percentuais quase equivalentes - 49% dos homens apresentava interesse médio na política, contra 53% das mulheres entrevistadas.

A efetivação da presença feminina na política brasileira, no entanto, está muito distante do alegado interesse das mulheres. Pesquisa realizada pelo projeto Mulheres Inspiradoras, em 2017, que analisou a participação de mulheres nos cargos políticos, colocou o Brasil na 115ª posição entre 138 países avaliados, com apenas 9,9% (nove vírgula nove por cento) de participação parlamentar feminina até o final de 2016 (Gráfico 01). Dentro desse percentual de presença de mulheres nos cargos parlamentares, podemos destacar que mais de 90% (noventa por cento) das candidatas a cargos do legislativo federal, estadual e municipal não foram eleitas (com exceção do Senado Federal), e apenas 14% (quatorze por cento) dos cargos de vereadores no Brasil estão ocupados por mulheres. Percebe-se que não é possível alegar que o baixo número de mulheres vereadoras se dá pela ausência de candidatas do gênero feminino, já que ele se refere, exatamente, à não escolha de mulheres para tais cargos.

No executivo, os dados não representam maior participação feminina. O Brasil ocupou a 167ª posição (entre 174 países) no ranking de presença de mulheres nos ministérios, em números levantados por uma pesquisa realizada pela ONU Mulheres, em parceria com a União Interpalamentar em 2017 (INTER-PARLIAMENTAR UNION, 2017). Nas eleições de 2014, apenas uma mulher foi eleita governadora, sendo que, desde 1994, apenas 7 mulheres foram escolhidas para assumir o cargo mais alto do executivo estadual (MONTOVANI, 2016). Durante toda a história republicana brasileira, apenas uma mulher foi eleita para ocupar o cargo máximo do executivo federal, Dilma Rousseff, que sofreu processo de *impeachment* em 2015 e não finalizou seu segundo mandato.

A apresentação desses dados, analisados à luz da filosofia de Hannah Arendt (2007), nos mostra uma situação recorrente e consolidada de afastamento da mulher dos cargos políticos, com baixa representação feminina em praticamente todos os níveis do Executivo e do Legislativo. Mulheres, historicamente excluídas do processo de construção da sociedade, não contribuíram para a moldagem dos espaços públicos, que foram produzidos pelo homem e para o homem. Permanecem excluídas, mesmo com uma aparente evolução nos direitos das mulheres, mesmo com uma forte insistência na ocupação desses espaços.

Parte dessa cultura de exclusão também pode ser explicada por Simone de Beauvoir (2009), como já exposto antes, em razão da própria criação de meninos e meninas para que assumam determinados papéis específicos na sociedade. Como explica Beauvoir (2009), a segregação da mulher à invisibilidade doméstica é esculpida desde a tenra infância, fase em que as meninas aprendem sua "função na sociedade": a maternidade, o casamento, os cuidados com o lar. Fora desse espectro, o mundo é masculino e pertence aos homens.

Não podemos deixar de relevar, mais uma vez, as mudanças sociais que vem tentando ser implementadas. O reconhecimento das mulheres como sujeito de direitos humanos deve ser considerado como marco importante para a igualdade entre os gêneros[6]. O movimento feminista e suas conquistas, que paulatinamente levaram ao reconhecimento, para mulheres, de direitos que antes eram exclusividade dos homens. A insurgência de mulheres, que se recusam à submissão a seus papéis segregadores e se inserem, mesmo que precariamente, no mercado de trabalho, que discutem controle de natalidade e que rejeitam a atribuição naturalística sobre a maternidade. A submissão feminina do Século XXI não é a mesma do Século XIX, porém essa constatação não representa que a igualdade entre os gêneros foi conquistada.

A manutenção de elevados índices de violência doméstica e sexual, bem como a rejeição da inserção de mulheres nos papéis políticos relevantes demonstram que a sociedade patriarcal ocidental resiste à

[6] A mulher, historicamente, não era considerada sujeito de direitos nem cidadã, pois não possuía os mesmos direitos que o homem dentro dos espaços públicos. Ao ser relegada aos afazeres domésticos, a mulher não tinha permissão para votar nem ser votada, não podia adquirir bens sem autorização do marido, não podia ter um emprego remunerado (eventualmente, apenas os serviços domésticos eram autorizados às mulheres, o que lhes rendia salários baixíssimos), não detinha nem mesmo direito sobre sua própria vida, que pertencia ao pai e, posteriormente, ao marido, por ocasião do casamento. A construção do sujeito mulher percorreu um longo caminho histórico e ainda não está completa, haja vista a existência de países que ainda não reconhecem o voto feminino, por exemplo.

igualdade. Essas são tentativas de reenquadrar a mulher em seus estereótipos invisibilizantes e submissos. A revolução feminina, mesmo que tenha acontecido de forma quase sempre pacífica e dispersa (não concentrada), permitiu o reconhecimento do sujeito mulher como detentora de direitos humanos e, com isso, levou a mulher a compreender-se como pessoa livre - ou, ao menos, com direito à liberdade.

O que observamos, no quadro apresentado, é que a mulher ainda não participa ativamente da vida política, seja porque não acredita ser possível concorrer com homens, seja porque, mesmo acreditando, não obtém expressivo apoio popular para alçar cargos executivos e legislativos no Brasil. A tímida presença feminina na política brasileira demonstra que os espaços públicos ainda são dominados pelo masculino, moldados pelo discurso masculino, e que a mulher prossegue com sua função social relegada à invisibilidade dos espaços privados, não se apresentando efetivamente nos processos de construção social.

Nesse sentido, Simone de Beauvoir (2009) considera que a educação de meninos e meninas contribui significativamente para a propagação e inculcação desses estereótipos estigmatizantes que diferenciam homens e mulheres, equivocadamente pautados na biologia[7]. Dessa forma, compreendemos que é também é a educação que deverá estar em primeiro lugar em qualquer projeto ou política pública que vise o fim das desigualdades de gênero.

3 A RELAÇÃO ENTRE DESIGUALDADE DE GÊNERO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ODS 5 DA AGENDA 2030.

A relação entre a desigualdade de gêneros, como apresentada acima, e a sustentabilidade não é uma construção nova, porém restou explícita nas mais recentes reuniões da Organização das Nações Unidas (ONU) para discutir a sobrevivência do planeta. A Agenda 2030 foi lançada pela ONU após reunião da Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, Nova Iorque, que contou com a presença de mais de 150 líderes mundiais. É definida pela própria ONU como "um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade" (ONU, 2015).

Este "plano de prosperidade" possui 17 objetivos, denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e propõe a manutenção da vida no planeta livre de desigualdades e pobreza, afirmando que apenas assim a Humanidade permanecerá (NAÇÕES UNIDAS, 2015). Assim, a Agenda 2030, como é conhecido esse plano de sustentabilidade planetária, é um projeto macro, que requer o envolvimento de todos os países, inclusive aqueles que não participaram da sua elaboração. E traz, como um dos ODS, a igualdade de gênero. Assim, entendemos que restou estabelecido que a desigualdade permanente e resistente entre homens e mulheres, e a consequente submissão e desvalorização da mulher, bem como sua exclusão dos espaços públicos, é obstáculo para a sustentabilidade e prejuízo para a sobrevivência de toda a Humanidade.

Não foi a primeira vez que a ONU reconheceu expressamente que a desigualdade de gênero obstaculiza a sustentabilidade e o desenvolvimento do planeta. Abrimos aqui um parêntese para trazer o pensamento de John Stuart Mill, filósofo utilitarista do Século XVII que já reconhecia a necessidade de se garantir às mulheres educação e participação no contexto social, a fim de que fosse obtida a maior prosperidade da sociedade. Mill defendia que nenhuma sociedade seria plenamente desenvolvida enquanto as mulheres fossem segregadas e não tivesse direitos resguardados (OKIN, 2013). Esse pensamento é fio condutor das ações da ONU em prol da sustentabilidade desde o ano 2000, quando da reunião da Cúpula do Milênio e o estabelecimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para 2015.

Dentre os 8 objetivos estabelecidos pelo documento decorrente dessa reunião, destacamos o objetivo 3 - promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres, cuja meta era "eliminar a disparidade de gênero na educação primária e secundária, preferencialmente até 2005, e em todos os níveis de educação

[7] Simone de Beauvoir (2009) afirma que os gêneros, por serem socialmente construídos, não se referem à natureza ou à biologia, e as crianças só "aprendem" os papeis que lhes são designados por gênero se forem assim ensinadas, se houver inculcação suficiente para garantir que cada um cumpra sua função social. Ou seja, os papeis de gênero dependem da intervenção de alguém, do meio, para que se mantenham, o que refuta completamente as teorias funcionalistas.

até 2015" (ONU, 2000, s.p., tradução livre)[8]. A relação entre desigualdade de gênero e submissão feminina, neste objetivo, passava pela garantia de educação às mulheres. As Nações Unidas voltaram a reunir-se em diversas ocasiões, para continuar a debater acerca do desenvolvimento sustentável planetário:

Em 2005, foi realizada uma reunião mundial em Nova Iorque com mais de 170 líderes de países do mundo para debater ações mais concretas para os objetivos do milênio;

Em 2008, teve lugar uma reunião compreensiva, envolvendo governos, fundações, empresas e a sociedade civil, para delimitar novos compromissos para os objetivos do milênio se concretizarem, incluindo uma chamada para erradicar a fome, a miséria e as doenças até 2015;

Em 2010, a reunião estabeleceu a adoção de um plano global de ação para que os objetivos do milênio fossem alcançados, com foco na saúde de mulheres e crianças e na erradicação da fome, da pobreza e das doenças;

Em 2013, uma reunião especial aconteceu para que as ações voltadas para os objetivos do milênio fossem contabilizadas e analisadas. O secretário geral da ONU convocou uma reunião para o ano de 2015 a fim de que novos objetivos fossem estabelecidos para a sustentabilidade planetária.

Nessa assembleia de 2013, os relatórios referentes ao objetivo 3 afirmaram que a desigualdade de gênero na educação tinha sido reduzida, porém ainda havia muitas disparidades entre regiões mais pobres e mais ricas, e entre pessoas mais pobres e mais ricas. Apenas a educação primária tinha atingido definitivamente a igualdade de gêneros, enquanto o acesso à educação secundária e superior mantinha-se desigual. Em relação à participação política das mulheres, o relatório enfatizou o sistema de quotas parlamentares, que permitiu maior presença feminina no Legislativo de diversos países (ONU, 2013).

Os novos objetivos estabelecidos pela Agenda 2030 são significativamente mais abrangentes do que os do milênio, principalmente porque o foco não reside na igualdade de acesso à educação, mas igualdade de forma geral - econômica, política, sexual, entre outras. O ODS 5 estabelece, como parâmetro, "alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas", somando um total de 6 propostas e 3 metas voltadas para a persecução da igualdade de gênero.

As metas para meios de implementação dos objetivos são três: i) garantir, por meio de reformas, direitos das mulheres sobre os recursos econômicos, sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros e recursos naturais; ii) ampliar o uso de tecnologias para promover o empoderamento de mulheres; e iii) realizar políticas públicas de fortalecimento e empoderamento de meninas e mulheres. Essas metas devem ser adotadas pelos países para proporcionar o fim da desigualdade de gênero.

A ONU Mulheres lançou um documento para debater a necessidade da igualdade de gênero para promoção da sustentabilidade. *Turning promises into action: gender equality in the 2030 agenda for sustainable developtment* traz uma profunda análise de todos os 17 ODS e seu entrelaçamento na desigualdade entre homens e mulheres, apresentando estratégias de ação. Buscando "não deixar ninguém para trás", os objetivos da Agenda 2030 focam no fim da violência contra mulheres e no trabalho de cuidado não pago, que ainda submetem diversas meninas e mulheres ao redor do mundo. A diretora-executiva da ONU Mulheres, Phumzile Mlambo-Ngcuka, afirmou que há mais de 4,4 milhões de mulheres vivendo com menos de 1,90 dólar por dia, e que dentro de um mesmo país, questões de classe social e raça podem contribuir para uma maior desigualdade entre gêneros (ONU MULHERES, 2018).

Simples análise dos documentos das Nações Unidas levam à constatação de que a segregação das mulheres aos espaços privados prejudica o desenvolvimento do planeta, não apenas porque qualquer forma de desigualdade e segregação gera miséria e exclusão, o que, por si só, já é maléfico a qualquer desenvolvimento global, mas também porque o antropocentrismo machista, racionalista e androcêntrico, é explorador e construído sobre a exploração de formas de vida consideradas inferiores à masculina. Afirmamos que essa exploração desenfreada do planeta e a consideração de que a natureza é um recurso à

[8] O texto original: "Eliminate gender disparity in primary and secondary education, preferably by 2005, and in all levels of education no later than 2015". Mais informações sobre o objetivo referente à igualdade de gênero podem ser encontrados no site oficial das Nações Unidas, no link http://www.un.org/millenniumgoals/gender.shtml.

disposição do homem (aqui não entendido como ser humano, mas como masculino), obstaculiza qualquer tipo de proposta sustentável para a manutenção da vida terrena.

Dessa forma, estabelecemos que (a) a invisibilização das mulheres é parte do projeto antropocêntrico patriarcal, que também é base fundante da exploração da Natureza. Assim, (b) a exploração das mulheres e da Natureza possui um mesmo fundamento filosófico, que elevou o homem (masculino) à considerar outras formas de vida como inferiores e, consequentemente, como recursos à sua disposição. Dessa forma, (c) a participação de mulheres na construção da sociedade lançaria outro olhar sobre a relação ser humano-natureza e sobre as condições gerais do planeta, já que a sociedade estabelecida atualmente é essencialmente masculina e vem falhando historicamente em mostrar-se sustentável.

Para compreendermos melhor tais conclusões, é essencial (re)visitarmos o que é essa sustentabilidade que se busca na intenção de garantir a sobrevivência humana e de suas gerações futuras.

4 A SUSTENTABILIDADE E O NECESSÁRIO (RE)PENSAR ÉTICO DAS AÇÕES HUMANAS PARA A SOBREVIVÊNCIA PLANETÁRIA.

Como já estabelecemos na introdução deste texto, a crise ambiental que coloca a vida terrestre em risco vem se agravando paulatinamente. Apesar dos esforços nas Nações Unidas em ao menos tentar estabelecer parâmetros sustentáveis para que o planeta Terra não seja consumido e se torne um lugar inóspito para a vida humana, o cenário não se modificou positivamente. Ao contrário, o aquecimento global se agravou, bem como a escassez de água, as longas estiagens e os desastres naturais ficaram mais intensos.

Em primeiro momento, devemos estabelecer que a sustentabilidade está historicamente relacionada ao desenvolvimento. O ser humano vem buscando, em verdade, uma forma de desenvolver-se tecnológica e economicamente de forma sustentável, o que insere a sustentabilidade em uma perspectiva econômica (LEFF, 2010). Um dos problemas dessa visão econômica da sustentabilidade, segundo Enrique Leff (2010), é que o meio ambiente passa a servir à humanidade como um instrumento para esse desenvolvimento, entendido como uma fonte de recursos e matérias-primas para a indústria e o crescimento econômico.

Enrique Leff (2010) afirma que o discurso da sustentabilidade está relacionado ao desenvolvimento econômico, e que a crise ambiental é, antes de tudo, uma crise de conhecimento - o pensamento antropocêntrico europeu de dominação que coloca os interesses econômicos como verdades absolutas, assim como o pensamento científico racional do Uno, que reduziu toda a diversidade cultural dos povos terrestres na unificação do objeto de estudo, como estabeleceu Descartes no período moderno.

Com a crise ambiental intensificada no Século XXI, a humanidade manteve ciência da necessidade de reduzir a emissão de gases de efeito estufa, de frear a degradação ambiental e a extinção de espécies, de erradicar desigualdades sociais que impedem o pleno desenvolvimento humano, entre outras percepções estabelecidas na Agenda 2030 (que repetiram e ampliaram os objetivos do milênio). Ocorre que, apesar de uma aparente consciência acerca do que se precisa fazer para atingir a sustentabilidade, os Estados e as sociedades não possuem os meios de executar os objetivos pois se fundamentam em uma racionalidade econômica que é incompatível com a sustentabilidade (LEFF, 2010).

Dessa forma, opera-se verdadeiro conflito de conceitos e perspectivas no âmbito do Direito Ambiental, que conceitual meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (BRASIL, 1981), mas considera que "atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora" (BRASIL, 1981 e BRASIL, 2000) sejam reduzidos à categoria de recursos, o que demonstra claro "propósito de conservação das relações de produção como elas são, a fim de legitimar um sistema econômico e jurídico, que consideram, por exemplo, os animais não humanos como coisa, contra todas as evidências de que não são", como bem afirmou Rafael Tocantins Maltez (2017).

Dessa forma, o que observamos é que o Direito Ambiental e, consequentemente, a ordem jurídica

brasileira, estabelece um conceito bio-filosófico para meio ambiente enquanto, subliminarmente e na intenção de resguardar a dominação sobre a Natureza, considera tudo o que dela faz parte como materiais à disposição do ser humano, no sentido de resguardar a autorização humana em explorar o meio ambiente. A própria Constituição de 1988, em seu artigo 225[9], define o meio ambiente como um bem, o que insere a Natureza na categoria das coisas.

Como bem afirmou Sérgio Ricardo Fernandes Aquino (2015), o Direito Ambiental brasileiro considera a Natureza como um lugar, apenas, o que reduz o meio ambiente à propriedade, a um patrimônio de uso comum da humanidade. Ou seja, o Direito Ambiental ainda é antropocêntrico: mesmo que reconheça a importância da preservação da Natureza em prol da sobrevivência humana, não reconhece, historicamente, a Natureza como sujeito de direitos. Nesse sentido está a própria Constituição Federal de 1988, cujo artigo 225 preconiza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas considera o meio ambiente um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (BRASIL, 1988).

Não discordamos que a Natureza seja a morada da Humanidade, porém não somos a única espécie vivente no planeta, nem mesmo a mais antiga. A insistência na coisificação da Natureza e redução de todas as demais espécies terrenas à categoria de matéria-prima para o desenvolvimento humano vem conduzindo o planeta a crises ambientais cada vez mais intensas, o que conduz à dúvida acerca da permanência da raça humana nos próximos séculos.

O artigo 11 da Declaração de Viena de 1993 resguarda que o direito ao desenvolvimento deva resguardar "as necessidades ambientais e de desenvolvimento das gerações presentes e vindouras". Trata-se de uma visão economicista, já que garante o direito humano à sobrevivência, não considerando a Natureza como um complexo em que outras criaturas, vivas ou não vivas, possuem o mesmo direito à vida. Assim, a sustentabilidade de que geralmente tratam os documentos internacionais sobre meio ambiente é desenvolvimentista, e foca na raça humana como detentora de um direito preferencial sobre todas as outras criaturas terrestres.

Devemos assinalar que essa visão antropocêntrica do meio ambiente é, também, característica da cultura europeia do velho mundo, típica dos "países do norte". Os países "do sul" relacionam-se com a Natureza de forma diversa, e a América Latina é pioneira em reconhecer, em ordenamentos jurídicos e decisões de suas cortes, que a Natureza em si é sujeito de direitos, não apenas recurso para o desenvolvimento humano. A Constituição do Equador (2009) dedica o artigo 71 a resguardar os direitos da Natureza como um ente próprio. Foi também no Equador que o Rio Vilcabamba pleiteou judicialmente o seu direito à vida, obtendo tutela jurisdicional favorável. A Constituição da Bolívia (2008) também se afasta da perspectiva antropocêntrica eurocêntrica quando, em seu preâmbulo, invoca a força da *Pachamama*[10] na refundação do país. Também no artigo 33 apresenta o direito de outros seres vivos (além do ser humano) desenvolverem-se normal e permanentemente.

Retomamos o pensamento de Enrique Leff acerca do meio ambiente e da sustentabilidade, focando na crise ambiental como crise de conhecimento (LEFF, 2010 e 2012). A incapacidade do ser humano em cumprir os objetivos sustentáveis já estabelecidos, considerando que, desde 1972, em Estocolmo, as Nações Unidas se reúnem para discutir a sobrevivência planetária, vem a derivar da própria concepção da Natureza e das relações entre ela e a Humanidade. O conhecimento moderno e a racionalidade antropocêntrica, que nos conduziram a uma sociedade unitária (aversa à diferença), exploradora e individualista, são responsáveis pela issificação da Natureza e tudo aquilo que não é humano (LEFF, 2010 e BOFF, 2010).

Por séculos, o ser humano escravizou a si mesmo, demonstrando sua capacidade de objetificar e

[9] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações."

[10] *Pachamama* é uma palavra latino-americana que significa Terra, ou Gaia (para a cosmologia). Nesse sentido, explica Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 112-113): "La Pachamama es una deidad protectora –no propiamente creadora, interesante diferencia- cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. […] Pachamama es la naturaleza y se ofende cuando se maltrata a sus hijos: no le gusta la caza con armas de fuego. Aparecen acólitos o descendientes de ella en forma de enanos que defienden a las vicuñas en las serranías y a los árboles en las selvas. No impide la caza, la pesca y la tala, pero si la depredación, como buena reguladora de la vida de todos los que estamos en ella."

transformar em mercadoria até a sua própria espécie. Até hoje, Século XXI, o mundo debate o tráfico de pessoas e os trabalhos degradantes, considerados como a escravidão contemporânea. A relação humano-Natureza é de violação, exploração e sevícia.

Nesse sentido, entendemos como Enrique Leff (2010), para quem apenas uma ruptura com a racionalidade econômica - mercantilizadora e exploradora - será capaz de permitir a construção de um novo conhecimento (epistemologia) para permitir ações efetivamente sustentáveis; e Leonardo Boff (2010), para quem apenas uma "nova consciência" - nova ética nas relações entre ser humano e Natureza - podem nos levar à sobrevivência.

Conectamos, então, as teorias feministas pela igualdade entre os gêneros e a necessidade de uma epistemologia ambiental que nos permita abandonar o antropocentrismo - que é, de fato, androcentrismo, como bem definiu Leonardo Boff (2010) - e repensar a nossa forma de conviver com as demais criaturas viventes e elementos não viventes da Terra: a desconstrução plena do patriarcado, e sua sanha exploradora e conquistadora, é requerida para que uma sociedade mais igualitária e menos competitiva na busca da sustentabilidade planetária.

5 CONCLUSÃO DO ESTUDO: A EDUCAÇÃO (LIBERTADORA E ÉTICA) AMBIENTAL PARA A FORMAÇÃO DE CIDADÃOS ECOLOGICAMENTE RESPONSÁVEIS.

A educação ambiental é parte do projeto de sustentabilidade planetária que, por certo, envolve formar cidadãos que promovam comunidades sustentáveis (STONE; BARLOW, 2006). Concluímos, pelo que foi pesquisado, que parte da solução para uma nova ética ambiental e uma nova sociedade não androcêntrica é a educação ambiental libertadora e fundada na ética da alteridade (LÉVINAS, 1979).

Compreendemos, assim, a educação ambiental como essencial para que se atinja a sustentabilidade planetária. Foi em 1977, na Conferência Intergovernamental de Educação Ambiental de Tbilisi, na Georgia, que se defiram os objetivos, os princípios e as estratégias para a educação ambiental, que são utilizados até hoje. O documento decorrente desta conferência definiu educação ambiental como "um processo permanente no qual os indivíduos e a comunidade tomam consciência do seu meio ambiente e adquirem o conhecimento, os valores, as habilidades, as experiências e a determinação que os torna aptos a agir - individual e coletivamente - e resolver problemas ambientais".

A educação ambiental, no Brasil, tomou forma apenas com a Lei 9.795 de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental e, em seu primeiro artigo, apresenta conceito sobre seu objeto:

> Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999).

A proposta legislativa coaduna com a educação contemporânea, que, como bem afirmam Leonice Seolin Dias, Antonio Cezar Leal e Salvador Carpi Junior (2016, p. 14), é aquela que "deixa de ser apenas a aquisição de saberes culturais" e que "adiciona processos de reorganização do conhecimento com metodologias modernas e atuais". Se a educação ambiental visa construir valores sociais, e se a educação está hoje voltada para a reorganização do conhecimento, é pela educação que atingiremos o que propõe Enrique Leff (2010, 2012) durante toda a sua obra - a construção de novas epistemologias ambientais, a reinvenção do imaginário social na perspectiva de que a sustentabilidade deixe de se pautar pelo economicismo.

Também é pela educação ambiental que formaremos cidadãos capazes de estruturar comunidades sustentáveis, e a sustentabilidade passa pela erradicação das desigualdades, fundamentalmente a de gênero. Enquanto as mulheres forem tolhidas da participação social e da construção dessas mesmas comunidades, elas não serão sustentáveis nem o planeta atingirá as metas já estipuladas para que sua sobrevivência seja garantida, ou, ao menos, que adquira uma sobrevida maior.

A relação estabelecida neste estudo considera a educação não apenas fundamento para uma reconstrução dos saberes ambientais, e uma consequente formação constante de "cidadãos sustentáveis", cujas práticas sejam voltadas primeiro para o respeito e a alteridade em relação à vida planetária, mas também para a erradicação das desigualdades entre gêneros, no âmbito social. A educação ambiental seria eficiente apenas se cumprisse duplo objetivo - possibilitar a formação de novos conhecimentos voltados para a sustentabilidade do planeta Terra e do respeito à Natureza, o que levaria à ruptura com o antropocentrismo machista, base das desigualdades entre gêneros na sociedade contemporânea. Entendemos, então, que a educação que pretende formar cidadãos ecologicamente responsáveis deve ser pautada não apenas no respeito ao ambiente e à Natureza, mas na igualdade entre gêneros. Uma educação desantropocentrizada é também uma educação não-machista e não-misógina, que constrói relações de respeito tanto com a Natureza quanto entre os gêneros homem e mulher.

Dessa forma, evidenciando respeito, alteridade e responsabilidade, a educação ambiental que forme cidadãos com atitudes sustentáveis tem como fundamento a ética da alteridade (LÉVINAS, 2014). Emmanuel Lévinas, filósofo lituano-francês, entendia a ética como a filosofia primeira, pautada no encontro com o Outro, que permitia que nós nos reconhecêssemos na diferença. Era o face-a-face com o Outro, na interpelação pelo diálogo, que compreendíamos e passávamos a conhecer o nosso próximo, que não era semelhante.

A filosofia levinasiana critica a ontologia pois considera que ela reduz o "eu" ao indivíduo, o que o coloca em uma posição de superioridade, incapaz de compreender-se como parte de um todo, mas como ser supremo que pode subjugar todas as coisas que estão à sua disposição. Lévinas entendia que o "eu" ontológico coisificava tudo que não fosse ele mesmo, distanciando-se do mundo, que se tornava seu objeto (NODARI, 2002).

A ética da alteridade e da responsabilidade afirma o acolhimento e o cuidado com o Outro, independente da forma em que ele se manifeste. O rosto do Outro não é histórico nem é fenômeno, não se sabe quem ele é até que seja interpelado e possa se manifestar (LÉVINAS, 2014). Assim, a liberdade e a autonomia são substituídas pela responsabilidade e pela alteridade para com o Outro.

Assim, a educação pautada na filosofia de Emannuel Lévinas é aquela que não objetifica aquilo que é diferente e que não é humano; não focada no individual, mas no coletivo. Uma educação ambiental efetiva deve ter como fio condutor uma ética em que o ser humano entenda-se como parte do cosmo, que possibilite uma nova interpelação da Natureza e do feminino, afastada do antropocentrismo que eleva o masculino (homem) a uma posição que lhe permita desprezar e mercantilizar todas as demais formas de vida e a mulher.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Por uma Ecologia Integral**: Direito Global e Sustentabilidade. Publicado em 22 out 2015. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/por-uma-ecologia-integral-direito-global-e-sustentabilidade-por-sergio-ricardo-fernandes-de-aquino. Aesso em 22 mar 2018.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo** [versão digital]. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**, de 07 febrero 2009. Disponível em https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em 24 mar 2018.

BRASIL. **Lei 9.985 de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em 25 mar 2018.

_____. **Lei 9.795 de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=321. Acesso em 25 mar 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 mar 2018.

_____. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação, e aplicação, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 25 mar 2018.

COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis**: relatos de uma humilhação social [versão digital]. São Paulo: Globo, 2004.

DIAS, Leonice Seolin et al (orgs). **Educação ambiental**: conceitos, metodologias e práticas. 1. ed. Tupã: ANAP, 2016.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**, 2008. Disponível em http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em 24 mar 2018.

INTER-PARLIAMENTAR UNION. **Women in politics: 2017**. Disponível em https://goo.gl/J7HmRc. Acesso em 17 mar 2018.

KROHLING, A. **Dialética e direitos humanos**: Múltiplo dialético da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental** - da articulação das ciências ao diálogo de saberes. São Paulo: Cortez Editora, 2012.

_____. **Discursos sustentables** [versão digital]. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

LÉVINAS, E. **Totality and Inifinity** – An essay on exteriority. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1979.

_____. **Violência do rosto.** São Paulo: Edições Loyola, 2014.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Manual de Direito Ambiental** [versão digital]. 2 ed. São Paulo: Amazon, 2017.

MONTOVANI, Flávia. Pela primeira vez em 16 anos, Brasil elege apenas uma mulher governadora. G1. Disponível em https://goo.gl/bUcXPd. Acesso em 17 mar 2018.

OKIN, Susan Moller. Gênero: o público e o privado. **Estudos Feministas**. Florianópolis, mai-ago 2008. Pp. 305-332.

_____. **Women in westernet political thought** [versão digital]. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em 19 mar 2018.

_____. **We can end poverty**. Millennium delevopment goals and beyond 2015 - fact sheet, goal 3. Setembro de 2013. Disponível em http://www.un.org/millenniumgoals/pdf/Goal_3_fs.pdf. Acesso em 19 mar 2018.

NODARI, P. C. O rosto como apelo à responsabilidade e à justiça em Lévinas. **Síntese – Revista de Filosofia**. V. 29, N. 94. Belo Horizonte, 2002.

ONU MULHERES. **Sem ações pela igualdade de gênero, mundo não alcançará objetivos globais, diz ONU Mulheres**. Publicado em 14 fev 2018. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-sem-acoes-pela-igualdade-de-genero-mundo-nao-alcancara-objetivos-globais/. Acesso em 19 mar 2018.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. 1ª reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

STONE, Michael K.; BARLOW, Zenobia (orgs). **Alfabetização ecológica** - a educação das crianças para um mundo sustentável. São Paulo: Cultrix, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La pachamama y el humano. In ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (comp.). **La Naturaleza con derechos**: de la filosofia a la politica. Quito: Ediciones Abya Yala, 2011.

RACISMO AMBIENTAL: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO MEIO AMBIENTE, GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE.

Karen Graciella Gonçalves da Silva[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo introduzir o conceito de racismo ambiental, seu surgimento e consolidação para em seguida realizar um paralelo entre o racismo ambiental e o acesso à justiça ambiental demonstrando a relação existente entre os dois movimentos. Todos esses temas tratados tendo como pano de fundo a constitucionalização do direito ao meio ambiente bem como o acesso aos direitos fundamentais referentes ao meio ambiente equilibrado e os processos de globalização relativos ao meio ambiente.

Palavras-chave: Racismo Ambiental. Justiça ambiental. Globalização. Sustentabilidade.

1 INTRODUÇÃO

1.1CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RACISMO AMBIENTAL: ORIGEM E CONCEITO

O tema racismo ambiental é relativamente novo e vem ganhando espaço nos estudos relacionados ao meio ambiente e acesso à justiça ambiental no Brasil. Exemplo concreto disso é a produção do mapa do racismo ambiental do Brasil[2]. A origem do racismo ambiental está relacionada às lutas por direitos civis nos Estados Unidos e encontra no Brasil muitas situações nas quais é possível identificar a presença do racismo ambiental conforme se verifica no mapa apontado.

A origem do termo racismo ambiental é creditada ao reverendo Benjamin Chavis que atuou em defesa da população do Condado de Warren, na Carolina do Norte entre as décadas de 1970 e 1980. Os protestos deviam-se a existência de um depósito de resíduo tóxico presente no Condado de Warren e soube-se que três-quartos desse tipo de aterros estavam localizados nas regiões Sudeste dos Estados Unidos, região amplamente habitada pela população negra (PACHECO: 2008.p.05).

Todavia, é importante salientar que o fenômeno do racismo ambiental não ocorre exclusivamente contra a população negra privada de acesso à justiça ambiental, ocorre contra eles isso é fato, mas o fenômeno alcança outras populações como os povos indígenas, pescadores, ribeirinhos entre outras populações vulneráveis social e economicamente.

Tania Pacheco refere que uma conceituação acerca do tema foi realizada no Primeiro Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental, que assim definiu:

> Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre grupos étnicos vulnerabilizados e sobre outras comunidades, discriminadas por sua 'raça', origem ou cor *(...)*. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas igualmente através de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. (PACHECO: 2008)

Nesse rol, encontramos os povos indígenas, remanescentes de quilombos, agricultores familiares, ribeirinhos, pescadores artesanais, caiçaras, marisqueiras e outros representantes de populações tradicionais sem condições para manter as suas tradições culturais acabam, por vezes, deslocando-se para zonas de riscos em favelas, subúrbios ou entornos de fábricas e efetivando seu direito à moradia em locais poluídos por lixões e por resíduos tóxicos. (Pacheco: 2008) Esse deslocamento do campo para a cidade dá causa a ocorrência do fenômeno do racismo ambiental urbano.

---

[1] Graduada em Direito pela PUC/RS. Advogada. Mestranda em Direito e Sociedade na Universidade La Salle. Bolsista CAPES/FAPERGS.

[2] http://www.cppnac.org.br/wp-content/uploads/2013/11/Mapa-do-Racismo-Ambiental-no-Brasil.pdf

Amplamente disseminado em territórios urbanos, o racismo ambiental parece ter a sua face mais cruel entre a população que vive no campo, pois a disputa por terras e território, por vezes retirados das populações tradicionais para plantio de monoculturas, faz com que seja mais difícil manter tradições e a própria subsistência, gerando assim desigualdade e exclusão. (Pacheco: 2008)

No Brasil, o tema racismo ambiental encontra um amplo território de experiências que podem ser associada a esta prática, indígenas reduzidos a pedintes nos centros urbanos, mais de trezentos anos de escravidão da população africana que após a abolição foram deixados à própria sorte sem nenhuma política de reparação e indenização dos danos causados a este povo, enfim, os exemplos são abundantes. A amplidão do território e a diversidade de povos e culturas juntamente a ineficiência do poder público em garantir direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente fazem do Brasil um solo fértil para o desenvolvimento e reflexão acerca desse conceito.

Compreendemos o Racismo Ambiental como um fenômeno que opera pela desigualdade e pela exclusão revezando entre um e outro conforme o contexto histórico e social. Em termos de racismo ambiental identificamos situações nas quais a desigualdade apresenta-se como um fenômeno socioeconômico (privação do uso de água potável e saneamento básico, moradia em locais periféricos e de risco entre outros) e por vezes o fenômeno observado é o da exclusão que se caracteriza, sobretudo por ser cultural e social (abandono dos recursos que serviam para subsistência própria e da comunidade, extinção da cultura e da própria vida das pessoas em casos extremos para citar alguns exemplos) (SANTOS: 2010.p.280-281).

1.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MOVIMENTO POR JUSTIÇA AMBIENTAL

A abordagem da temática ambiental evidencia, sobretudo, a relação que se estabeleceu com a natureza, ou melhor, a crise da representação da natureza e da relação dos seres humanos com ela. A modernidade ocidental reduziu a natureza a mero "ambiente": simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama "dono e senhor" (OST. 1995.p.08-10).

Diante da crise ecológica instaurada, desertos verdes, desflorestação, extinção de diversas espécies animais, mortes de rios, se faz necessário, mais do que nunca o diálogo entre juristas e ecologistas. Diálogo esse que pressupõe paciência de ambos os lados para enfrentar temáticas como globalização, processualidade, complexidade, irreversibilidade e incertezas. (OST. 1995.p. 103; 110-1110).

Nesse sentido, são muitas as questões que perpassam a temática ambiental, e é insuficiente trabalhar esse tema apenas pela ótica do Direito, precisamos isto sim, inseri-la no cenário político, cultural, econômico, científico e educacional. (LEFF. 2003.p.7). Ainda segundo LEFF, desde a década de 1970, após a Conferência de Estocolmo sobre meio ambiente, iniciou-se um amplo processo mundial orientado a formar uma nova consciência sobre o valor da natureza.

Uma década depois da Conferência de Estocolmo, a relação entre meio ambiente e justiça social ganhou importância particular em meados da década de 1980 culminando no Brasil com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e com a abertura política para a realização da Conferência da ONU em 1992 no Rio de Janeiro (ACSELRAD, 2010.p.105).

Desde então, são diversos os atores e movimentos sociais que passaram a incorporar ou a intensificar a pauta ecológica em suas reivindicações. É o que podemos chamar de Ecologismo combativo que passa incorporar a pauta do meio ambiente em suas pautas subalternas, conforme ocorreu na década de 1980 com os seringueiros do Acre. Entre esses movimentos sociais podemos citar o MAB Movimento dos Atingidos por Barragens) MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra) movimentos esses que questionam o modelo de desenvolvimento econômico e social e a busca por alternativas além das meramente paliativas (ACSELRAD, 2010.p.106).

No Brasil, as lutas por justiça ambiental podem ser caracterizadas da seguinte forma:

> "(...) a defesa dos direitos a ambientes culturalmente específicos- comunidades tradicionais situadas na fronteira da expansão das atividades capitalistas e de mercado; a defesa dos direitos a

> uma proteção ambiental equânime contra a segregação socioterritorial e a desigualdade ambiental promovida pelo mercado; a defesa dos direitos de acesso equânime aos recursos ambientais, contra a concentração das terras férteis, das águas e do solo seguro nas mãos dos interesses econômicos fortes do mercado". (ACSELRAD. 2010.p.114).

No tocante a temática do racismo ambiental é interessante ressaltar que a gênese do movimento por justiça ambiental guarda intensa relação com os movimentos norte americanos, que na década de 1960, estavam imersos nas lutas por direitos civis da população afrodescendente que protestava contra a exposição humana à contaminação tóxica produzida pelas indústrias. (RAMMÊ. 2012. p.13)

Percebe-se, portanto, a extensa correlação entre o racismo ambiental e a justiça ambiental. O desafio do presente artigo é realizar uma análise desses fenômenos tendo por base o constitucionalismo, isto é, de que forma os direitos fundamentais são aplicados e garantidos quando tratamos desses temas. Delineados os conceitos introdutórios passaremos ao exame do acesso à justiça e aos bens fundamentais na temática do racismo ambiental.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL E ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL E AOS BENS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, destaca-se o fato de os direitos relativos ao meio ambiente estarem constitucionalizados no Brasil e do que pode ser considerada a Ecologização do Direito. Em relação à extensão produção legislativa acerca do meio ambiente destaca-se que a experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional. (BENJAMIN. 2010. p.84).

É considerável a produção legislativa em relação ao meio ambiente. Contudo, essas garantias formais não têm por si só alcançado o resultado pretendido: o de proteção integral e acesso ao meio ambiente equilibrado.

De forma pioneira a Constituição de 1988 proclamou em seu artigo 225 os direitos referentes ao meio ambiente. É oportuno destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o primeiro dos diplomas constitucionais brasileiros a versar sobre o meio ambiente. Entretanto, a proteção constitucional do meio ambiente é mais extensa, abrangendo a uma série de outros dispositivos que direta ou indiretamente se relacionam a valores ambientais de forma holística e sistêmica. (LEITE; AYALA. 2012. p.228-229)

Destacamos o teor do texto constitucional que proclama no art. 225 que: *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações"*. (CF/88).

É no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que se encontra o núcleo principal da proteção ao meio ambiente no ordenamento jurídico (BENJAMIN. 2010.p.113). Todavia, a complexidade do artigo merece um estudo mais aprofundado que não será objeto do presente artigo. Benjamim destaca alguns dos benefícios e dos riscos da constitucionalização do direito ambiental. Entre os benefícios elencados por ele, destacamos a proteção ambiental como direito fundamental. Assim, a proteção ambiental deixa de ser um interesse menor para ser elevada ao patamar de direito fundamental (BENJAMIN. 2010.p.92).

Na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e interesses vitais das pessoas têm sido expressados sob a forma de direitos fundamentais, principalmente aqueles referentes à vida à integridade pessoal; da liberdade à sobrevivência; da instrução à saúde; todos os valores essenciais e vitais. (FERRAJOLI: 2010. p.30)

Compreendemos que o direito ao meio ambiente está totalmente ligado aos demais direitos fundamentais como o direito à vida e a integridade pessoal, mas também que por si só representa um direito fundamental, uma vez que podemos entender a natureza como sujeito de direitos. Ferrajoli define os bens fundamentais como aqueles cujo acesso é garantido a todos e a cada um, visto que são objetos dos direitos

fundamentais subtraídos à lógica do mercado. (FERRAJOLI: 2010.p.29).

E amplia a discussão acerca da constitucionalização do meio ambiente, apontando a necessidade da existência de um domínio planetário dos bens fundamentais bem como o desenvolvimento de um constitucionalismo internacional (FERRAJOLI. 2010. p.52-53). Essas alternativas elencadas por Ferrajoli vão ao encontro da necessidade de pensar o meio ambiente de forma global. Nesse sentido:

> "A única alternativa ao colapso de toda a economia planetária e, ao mesmo tempo, à catástrofe climática, é, portanto, novamente, **a construção de uma esfera pública internacional** apta a impor reduções às emissões e limites aos desperdícios e, sobretudo, sustentar o custo dos investimentos necessários para a criação das instalações necessárias para a produção de energias limpas, como o sol, o vento e as marés." (grifei). (FERRAJOLI. 2010. p.54)

O sociólogo alemão Ulrich Beck, aponta na mesma direção ao afirmar que perigos globais sustentam a sociedade global. Essa realidade é palpável quando aplicada a questões relacionadas ao meio ambiente, tendo em vista a complexidade que envolve o tema (BECK,1999, p.78) Beck afirma a existência de uma globalização ecológica que seria fruto da noção de desenvolvimento sustentado elaborado na conferência ecológica internacional realizada no Rio de Janeiro em 1992. (BECK,1999, p.42).

No que se refere à globalização do debate acerca do meio ambiente, consideramos oportuno trazer à baila algumas ressalvas emitidas por Vandana Shiva em sua obra junto a Maria Mies, intitulada Ecofeminismo. As autoras oportunamente destacam que quando o interesse público está divorciado do interesse nacional, quando este se baseia em interesses internacionais, é o caso para dizer que a soberania está em crise, bem como a democracia. (SHIVA; MIES. 1993.p.148)

Nesse sentido é que resta o questionamento acerca de que globalização que se quer produzir, as autoras seguem afirmando que:

> "O globalismo, tal como é definido na perspectiva do patriarcado capitalista, significa o alcance global do capital para abarcar todos os recursos e mercados do mundo. Os instrumentos para empreender liberdade para o capital são simultaneamente os mesmos para empreender não-liberdade para as comunidades locais. (SHIVA; MIES 1993.p. 147).

Referem que a pauta política da proteção ao meio ambiente faz parte de um discurso dominante no qual se insere o que é global. Esse discurso tem sido utilizado de diversas maneiras, uma delas é na forma de fortalecimento das instituições globais como o Banco Mundial sob o argumento de maior alcance para proteção do meio ambiente (SHIVA; MIES, 1993.p.20). O mesmo ocorre em relação ao termo sustentabilidade, utilizado de diversas formas e representando os mais diversos interesses, como veremos adiante.

No Brasil, a noção de Justiça Ambiental desde os anos 2000 está relacionada com a ressignificação da questão ambiental. Essa ressignificação assume uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas na busca por justiça social. Nessa ressignificação percebemos as questões ambientais ocupando um papel central junto a outros temas pertinentes a justiça social, como trabalho e renda (ACSELRAD, 2010.p.108).

É possível, ainda, identificar a desigual exposição aos riscos ambientais como resultado de uma lógica de acumulação de riqueza tendo por base a penalização dos despossuídos, que se dá de diversas formas, mas mais concretamente no mercado de terras (ACSELRAD, 2010.p.110). É justamente esse o problema apontado quando tratamos de racismo ambiental, a percepção de que há um forte recorte de classe, gênero, raça e etnia na garantia dos direitos e bens fundamentais relativos ao meio ambiente.

O que se aspira ao abordarmos o racismo ambiental é tornar palpável a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. No texto constitucional contemporâneo consolida-se a noção de uma *dimensão ecológica – inclusiva- da dignidade humana*, que abrande a ideia de um bem estar ambiental semelhante ao *bem estar social* indispensável a uma vida digna, saudável e segura. (SARLET; FENSTERSEIFER: 2014.P.51).

Como direito fundamental o direito ao meio ambiente equilibrado passa a dialogar intensamente

com o princípio da dignidade da pessoa humana prevista na mesma Carta Constitucional. Para a temática do racismo ambiental a aproximação entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana é primordial, e a efetivação de tal princípio passa pela garantia de acesso aos bens fundamentais promovendo justiça ambiental.

Assim, há convergência entre a pauta da justiça ambiental e da justiça social, dando forma ao que podemos denominar de justiça socioambiental. Atualmente podemos afirmar que estamos posicionados no marco do Estado Socioambiental de Direito.

O modelo de Estado Socioambiental de Direito não se pretende um "marco zero", mas um passo contínuo para construção da convergência cada vez mais intensa entre o social e o ambiental, vez que esse novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões (FENSTERSEIFER, 2008, p.94- 97).

Diante de todos os assuntos até aqui abordados e que envolvem a temática do racismo ambiental que se constitui como um fenômeno amplo e complexo, se questiona de que forma é possível efetivar os direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e do meio ambiente equilibrado como prevista na Carta Constitucional de 1988. Os dois direitos fundamentais citados relacionam-se visto que para uma vida digna é imprescindível que o meio ambiente esteja equilibrado.

3 APONTAMENTOS EM RELAÇÃO À SUSTENTABILIDADE

A palavra sustentabilidade está na ordem do dia nas últimas décadas. Entretanto, Ulrick Beck adverte que o *desenvolvimento sustentado*, foi interpretado de diversas maneiras pelo mundo e que no de 1997 na conferência de Nova York já demonstrava que as consequências práticas de sua aplicação estavam sendo de curta duração (BECK, 1999, p.42).

Assim como ocorreu em relação a globalização, quando pautamos a sustentabilidade também precisamos nos questionar: que sustentabilidade queremos? Boff também adverte para a pluralidade de construções filosóficas e práticas em torno da palavra sustentabilidade. Nesse sentido, oportuno introduzir o conceito cunhado por Leonardo Boff, que se manifesta da seguinte forma em busca de uma conceituação relativa à sustentabilidade:

> "(...) o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões. " (BOFF.2012 p.14).

Boff destaca ainda, a importância de uma visão de *interdependência global* que faz relação com o que tratamos em termos de globalização dos direitos do meio ambiente. E segue afirmando que não haverá sustentabilidade sem uma governança global. (BOFF,2012.p.104).

E acerca da interdependência, dessa maneira se manifesta: Ora, é preciso compreender que globalmente todos dependem de todos e que laços nos ligam e religam por todos os lados que ninguém é uma estrela solitária e que no universo e na natureza tudo tem a ver com tudo em todos os momentos e em todas as circunstâncias (BOFF. 2012.p.16).

Destarte, quando o assunto é proteção do meio ambiente e promoção de justiça socioambiental, noções como sustentabilidade, interdependência e globalização são conhecimentos que devem dialogar para que seja possível a construção de um projeto jurídico político que reconheça a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (FENSTERSEIFER, 2008, p.94).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se a partir da pesquisa para esse artigo, a intensa relação entre o acesso à justiça socioambiental e os processos de globalização. Destacamos que o olhar para a questão ecológica e ambiental deve pautar-se por uma dinâmica científica transdisciplinar, que dialogue com todos os saberes sejam eles acadêmicos ou populares.

Destacou-se ainda, a necessidade apontada por Ferrajoli da construção de uma esfera pública internacional no que tange à garantia dos bens fundamentais relacionados ao meio ambiente. O acesso á justiça ambiental através do meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser pensado apenas a nível nacional, uma vez que quando tratamos de meio ambiente a complexidade vai além das fronteiras nacionais e é sabido que o desequilíbrio em uma parte do planeta Terra o afeta como um todo.

O conceito de interdependência introduzido por Leonardo Boff busca legitimar esse entendimento de que na natureza tudo está interligado e, portanto, merece um olhar amplo, que compreenda toda a complexidade presente na natureza.

Todavia, ao pensar estratégias de globalização é importante ter claro que tipo de globalização se deseja, pois, podemos falar em globalizações, isto é, diversas formas de operar com o mesmo conceito. Entendemos que uma globalização benéfica na pauta do meio ambiente é aquela que coloque a sua proteção na ordem do dia, subtraindo suas questões à lógica do mercado como bem destacado por Ferrajoli e que leve em consideração os povos originários, seus direitos e tradições bem como dialogue com os saberes populares.

O mesmo ocorre em relação à pauta de sustentabilidade que por vezes, desprezando a sua origem junto à comunidade ecologista tem sido utilizada como agregar valor a bens de consumo que com a marca da "sustentabilidade" ganham maior espaço no meio comercial.

Entendemos ainda que é oportuno o diálogo cada vez mais intenso entre juristas e ambientalistas afim de que seja possível construir a transdisciplinaridade necessária à proteção do meio ambiente ao mesmo tempo em que se promova a justiça social.

Finalmente, concluímos que o racismo ambiental é um tema que nos possibilita perceber a dimensão ecológica presente no princípio da dignidade da pessoa humana. O desafio que nos cabe é buscar alternativas locais e globais para fazer efetivar tal princípio promovendo justiça socioambiental.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental.** Publicado em 2010 Estudos avançados UFRJ. Disponível em: http://www.niesbf.uerj.br/arquivos/ambientalizacao.pdf. Acesso: 25/12/17 às 13h16min.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 282 p.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 24.12.2017 às 13h30min.

BENJAMIN, Antônio Hermann. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira**. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro/** José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores, - 3.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Carta dos Bens Fundamentais.** 2010. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29/15066. Acesso: 13/12/17 às 16h00min.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 306 p.

LEFF, Enrique (coord.). **A complexidade Ambiental**. Tradução de Eliete Wolff. São Paulo: Cortez. 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: **Os Novos Desafios à Proteção da natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os 'novos' direitos no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 389 p.

OST, François. **A natureza à margem da lei – A ecologia à prova do direito**. Instituto Piaget. Lisboa. 1995.

PACHECO, Tania. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor.** Publicado originalmente em: *Development in Practice*, Volume 18, Number 6, November 2008 (ISSN 0961-4524 Print/ISSN 1364-9213 Online 060713-13 # 2008 Oxfam GB), sob o título "Inequality, environmental injustice, and racism in Brazil: beyond the question of colour". Acesso: **https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/desigualdade-injustica-ambiental-e-racismo-uma-luta-que-transcende-a-cor/. Em 07.12.17 às 09:29.**

_____**Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania.** Publicado em: SRH (org.). Justiça pelas Águas: enfrentamento ao Racismo Ambiental. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. p.11-23.Disponível em: https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao-da-cidadania-2/ Acesso em: 27.12.2017 às 16:37.

RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos [recurso eletrônico]: conjecturas políticos- filosóficas para uma nova ordem jurídica ecológica.-** Dados eletrônicos.- Caxias do Sul, RS: Educs. 2012. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/JUSTICA_AMBIENTAL_EDUCS_EBOOK.pdf. Acesso em: 03.01.2017 às 13h42min.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2010. 511 p. (Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática).

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental:** constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHIVA. Vandana. MIES, Maria. **Ecofeminismo.** Tradução: Fernando Dias Antunes. Lisboa: Instituto Piaget. 1993.443p.

REFUGIADOS AMBIENTAIS: O CASO DOS IMIGRANTES HAITIANOS SOB A PERSPECTIVA DA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA

Amanda Closs Zandonai

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Metodista – IPA.

E-mail: amanda.zandonai@gmail.com

RESUMO: o refúgio, Instituto criado para proteger as pessoas que migram por perseguição e risco de morte em seu país de origem, hoje, não possui uma definição atual. Os desastres e problemas ambientais sugerem que o deslocamento de populações inteiras nos próximos anos, de forma que poderá aumentar o número de refugiados. Posto isso, o conceito de refúgio deve abarcar o migrante forçado por causas ambientais para promover sua proteção jurídica. No Brasil, os haitianos são exemplo de egressos forçados por questões ambientais, sendo necessário o acolhimento deles como tais. Trata-se de pesquisa qualitativa baseada no método hipotético- dedutivo, que se utiliza de fontes doutrinarias, documentais e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Migrações. Refugiados. Refugiados Ambientais. Lei de Migração. Meio-ambiente. Haiti.

1. INTRODUÇÃO

A intensificação dos fluxos migratórios em razão de desastres ambientais demanda atenção do Direito Internacional. Com isso, é necessário o estudo acerca da definição de refugiado ambiental. Atualmente, o conceito aceito é o da Convenção de 1951, sendo ultrapassado, uma vez que não representa mais as migrações forçadas.

Nesse contexto, o presente artigo visa compreender a condição de refugiado, devido a razões ambientais, cada vez mais frequentes na atualidade. Especificamente, busca-se: (1) compreender o histórico do conceito de refugiado no âmbito do direito internacional e nacional; (2) explorar a definição de refugiado ambiental, bem como analisar o recebimento de imigrantes; (3) debater o caso dos imigrantes haitianos, contextualizando o asilo concedido pelo Brasil, consoante a Lei de migração de 2017. A pesquisa procura entender se esses indivíduos devem ser tratados como refugiados ambientais.

A definição internacional de refugiado está disposta na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, e no âmbito americano (regional), na Declaração de Cartagena de 1984. No entanto, atualmente os doutrinadores e especialistas no assunto questionam os legisladores acerca de uma nova definição. Essa pretende abarcar novos tipos de refúgio, a fim de atender uma grande parcela de imigrantes que não possuem proteção jurídica como as pessoas que saem do seu país por razões ambientais. Por exemplo, os haitianos que chegaram ao Brasil principalmente a partir de 2010 em razão do terremoto que devastou o seu País. Então, esses indivíduos devem receber a acolhida humanitária ou devem ser tratados como se refugiados fossem?

A investigação parte da hipótese de que a nova Lei de Migração brasileira é favorável ao imigrante e está em consonância com os direitos humanos, como previsto na Constituição do Brasil de 1988, não mais visando apenas a manutenção da segurança nacional como previa o Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 1980). Dessa forma, o Brasil segue em concordância ao entendimento mundial e da ACNUR, a fim de assegurar os direitos dos indivíduos que decidam migrar para o Brasil. Entretanto, acerca dos refugiados ambientais não há, ainda, previsão legal para tal reconhecimento, estando disposta na lei tão somente a acolhida humanitária para esses indivíduos. Posto isso, resta saber como o país tratará a questão dessas pessoas que necessitam de abrigo em decorrência de desastres naturais e, dessa forma, estão em situação de completo desamparo social e jurídico.

O caso dos haitianos que migraram após o terremoto de 2010 é emblemático no âmbito americano, posto que esses egressos não são tratados como refugiados, tanto internacionalmente como nacionalmente. Dessa forma, o Brasil criou mecanismos próprios de proteção a imigrantes haitianos que buscavam refugio no País. No entanto, grande parte desses indivíduos migra devido ao desastre ambiental ocorrido em seu país. Portanto, busca-se o enquadramento deles na definição de possíveis refugiados, já que o agente violador/agressor poderia ser o meio ambiente, em razão de desastres naturais.

2. CONCEITUAÇÃO: HISTÓRICO E DEBATE INTERNACIONAL ACERCA DO CONCEITO DE REFUGIADO

A crescente concentração de renda no mundo, os conflitos étnicos e religiosos e a derrocada de regimes totalitários são os principais fatores que ocasionam a ampliação dos processos migratórios na atualidade (HARVEY, 2005).

Dentro da ampliação de migração existe a figura do migrante, pessoa que migra por vontade própria, enquanto o refugiado é o individuo que migra por temor de perseguição, por necessidade e, até mesmo, por risco de morte.

O instituto do refúgio surgiu no século passado em razão do número elevado de pessoas perseguidas na União das Repúblicas Soviéticas Socialistas, consoante Jubilut (2007, p. 44), não seria possível, apenas por meio do instituto do asilo, acolher milhares de pessoas; portanto, fez-se necessária uma qualificação específica.

Conforme Moulin (2017, *online*) a ONU computou, nos últimos anos, em torno de 60 milhões de migrantes forçados em razão de conflitos políticos, religiosos, desastres naturais ou tsunamis econômicas. Cerca de 20 milhões são, formalmente, refugiados. De forma que se revela a pior crise humanitária desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Segundo Jubilut (2007, p. 35), o instituto do refúgio é regulado por uma Convenção (ONU, 1951), a qual prevê o *status* de refugiado a pessoas que deixam seus países por fundado temor de perseguição e risco de morte em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Contudo, para Holzhacker (2018, p. 43) esse conceito mostra-se limitado, sobretudo em função dos países europeus que encaravam esses indivíduos como um problema, de forma que pretendiam a redistribuição dos refugiados, os quais estavam em seu território desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Já a Declaração de Cartagena de 1984 estabelece que pessoas que tenham fugido dos seus países porque as suas vidas foram ameaçadas pela violação maciça de direitos humanos devem ser reconhecidas como refugiados (III, 3), tendo direito ao *non-refoulement* (não devolução ao país de origem), direito à naturalização no país receptor, bem como direito ao trabalho. Dessa forma, segundo Holzhacker (2018, p. 61), essa declaração expandiu as razões para a concessão do status de refugiado, e é considerada referência em matéria de refugiados no mundo (SILVA; SILVA; BÓGUS, 2018, p. 160).

> Contudo, a existência de uma definição de refúgio decorrente de fatores ambientais não é pacifica no mundo jurídico. Para Alves (2018, p. 16), em razão das soberanias estatais, muitos Estados não reconhecem os refugiados ambientais, de forma que não os acolhem em seus territórios, ante a ausência de normativa nacional e internacional específica.

Ainda, para Jubilut (2007, p.31), o Direito Internacional dos Refugiados possui duas peculiaridades: o instituto do refúgio somente deve ser aplicado quando se verificarem violações fortes dos direitos humanos; e o fato de as situações geradoras ocorrem em países com pouca expressão no cenário internacional. Em outras palavras, os refugiados são aqueles que deixam o seu país por não terem escolha. A eles são conferidos direitos no país de acolhida, os quais geralmente não são reconhecidos aos imigrantes.

Contudo, para Raiol (2010, p. 113) os tratados internacionais não devem ser as únicas fontes no Direito Internacional para a criação de um conceito de refugiado e para definir a situação desses indivíduos. Para o autor, o reconhecimento dessa classificação encontra uma barreira as vezes despercebida, que são os

motivos para a definição de refugiado: as flagrantes violações de direitos humanos. Dessa forma, não é o agente violador que importa, e sim a rápida reparação das ofensas sofridas por essas pessoas.

Ademais, diante da problemática permanente dos refugiados, não se pode sustentar uma definição jurídica particularizada que contemple apenas as situações específicas de determinados grupos (RAIOL, 2010), sendo importante que haja certa maleabilidade o significado de refugiado, uma vez que na atualidade existem pessoas que necessitam de tal proteção jurídica.

3. DEFINIÇÃO DE REFUGIADOS AMBIENTAIS

Os fluxos migratórios atuais não são apenas de pessoas que procuram um nível de vida melhor, como pretendem os migrantes – assim como, muitas vezes, os refugiados não fogem de guerras, conflitos armados ou perseguições políticas. Os desastres naturais e a poluição são exemplos de uma forma de perseguição da qual os imigrantes podem ser vítimas.

Conforme disposto por Warner et al (2010, p. 8), as projeções atuais de aumento da temperatura, do nível de mar, e aumento da intensidade de secas e tempestades sugerem que o deslocamento da população em escalas significativas ocorrerá nos próximos 30 a 50 anos para populações em zonas costeiras. Embora constituam apenas 2% da superfície terrestre total da Terra, essas regiões contêm 10% da atual população mundial e 13% da população urbana. Além disso, cerca de 75% de todas as pessoas que residem em áreas baixas estão na Ásia e os mais vulneráveis são os pobres.

Ainda, a diretora-geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Irina Bokova (ONU, 2017, *online*) referiu que:

> (...) está cada vez mais claro o papel da mudança climática na migração e no deslocamento de populações em todo o mundo. Na atualidade, quantidades enormes de 'refugiados ambientais' são normalmente apresentadas como uma das mais dramáticas consequências possíveis da mudança climática e da desertificação.

Dessa forma, consoante Jubilut e Apolinário (2010, *online*) a migração resultante da degradação do meio ambiente, seja temporariamente ou permanente, é um fato inconcusso. No entanto, segundo os autores, o direito internacional não tem disposições alusivas à correlação entre a degradação ambiental e a migração humana.

Nas palavras de Ivanilson P. C. Raiol (2010, p. 220), o meio ambiente pode ser um agente perseguidor:

> Não se deve aceitar que um desastre ambiental, mesmo que natural, não possa ter uma força coercitiva sobre a vida das pessoas, ao ponto de provocar um deslocamento forçado. Centenas de causas ambientais têm o poder para impelir alguém ou grupo de pessoas ao deslocamento de determinado lugar.

Desde o nascimento do conceito de refugiado, nunca fora reconhecido o direito internacional dos refugiados ambientais, pois, essa categoria, na verdade, nunca havia sido admitida. Para Raiol (2010, p. 83), a questão ambiental está deficitária, necessitando de novos mecanismos que busquem enfrentar as condições desfavoráveis da ecologia, como forma de acabar com as desigualdades que existem entre o homem e o ambiente.

Jubilut e Apolinário (2010, *online*), por sua vez, destacam que o início da discussão acerca da migração causada por razões ambientais foi um relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) de 1985 (EL-HINNAWI, 1985). Ainda acrescentaram que, no panorama do direito internacional, a expressão refugiados ambientais é incorreta devido a definição antiga da palavra refugiado e que esse discorre sobre as especificidades para que o indivíduo consiga o *status* de refugiado.

No entanto, Warner et al (2010, *online*) afirmam que os fatores que foram apresentados pelo Direito Internacional para vincular fatores ambientais a migrantes forçados ou refugiados não foram consideradas convincentes, especialmente devido à falta de rigor científico e factual, conforme os doutrinadores que

defendem essa tese.

A ACNUR se manifestou no sentido da não utilização da expressão "refugiado ambiental", devido ao entendimento de que a definição de refugiado é aquela convencional, disposta na Convenção de 1951, e que a modificação do entendimento pode enfraquecer e dificultar a aplicação do conceito (CAVEDON, 2016, *online*).

Todavia, doutrinadores que utilizam a expressão refugiado ambiental, defendem que é preciso garantir os direitos inerentes à pessoa humana. Isto é, assegurar o mínimo a esses indivíduos que se encontram em situações, as quais os impelem a deixarem seu local de origem para buscar guarida em outro lugar (DANTAS et al, 2018).

Claro (2018, p. 81) destaca que grande parte dos doutrinadores entendem os "refugiados ambientais" como migrantes forçados, embora seja a causa ambiental não aparente, como quando há pessoas que são forçadas a migrar por eventos de força maior. Segundo a autora, a OIM (Organização Internacional para Migração) inclui tanto motivos humanos, quanto ambientais nos motivos causadores da migração.

A Organização Internacional das Migrações (2010, *online*) adota a seguinte definição de refugiados ambientais:

> [...] pessoas ou grupo de pessoas que, devido a alterações repentinas ou progressivas no meio ambiente, foram adversamente afetadas em suas vidas e, devido às condições que se encontram, decidem ou são obrigadas a deixar as suas casas.

Para Claro (2018, p. 69-70), o mais importante é a prática da proteção dos refugiados ambientais. Contudo, a nomenclatura e a definição utilizada pelos meios de comunicação, bem como pelos organismos internacionais e pelos governos espelha a compreensão do tema e os possíveis limites de atuação política e jurídica dos mecanismos de proteção.

Para Jubilut e Apolinário (2010, *online*), pessoas que em função de um desastre ambiental se deslocam podem ser ajudados pelo seu próprio governo. No entanto, diferentemente de quando o agente perseguidor utiliza a degradação ambiental como meio de perseguição. Nessa definição está a diferença entre deslocado ambiental e refugiado ambiental.

Segundo Mirra (2017, *online*), podem ser ofertados à discussão sobre a proteção a ser dada aos indivíduos que se encontram nessa condição de egressos climáticos e ambientais, dois planos: o primeiro seria a alteração de instrumentos internacionais (Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados) para que se faça a inclusão da proteção de refugiados ambientais em seus textos ou em protocolos adicionais; enquanto, a segunda proposta seria a elaboração de uma nova Convenção Internacional específica sobre o assunto.

Nesse sentido, Carolina de Abreu Batista Claro (2016, *online*) indica os países que possuem legislações contemporâneas, embora apenas no plano interno, nas quais o direito de pessoas que são obrigadas a migrar por razões ambientais estão sendo assegurados:

> No direito interno estatal, legislações de países como Argentina, Bolívia, Costa Rica, Cuba, Finlândia e Suécia proporcionam alguma forma de proteção jurídica voltada para os "refugiados ambientais", sendo que Bolívia e Cuba expressamente reconhecem a categoria jurídica do "refugiado ambiental", respectivamente como "migrantes climáticos" e como "refugiados".

A ampliação do conceito de refugiado para contemplar as pessoas egressas por razões ambientais precisa ser discutida pela comunidade internacional para que se obtenha os mecanismos adequados para enfrentar o problema e garantir a proteção dos migrantes ambientais.

4. REFUGIADOS NO BRASIL E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

O Brasil, mesmo tendo sua população mestiça, nem sempre foi exemplo na acolhida de imigrantes

em situação de perseguição. Segundo Jubilut (2007, p. 35), durante duas décadas o Brasil não se pronunciou acerca de uma política de acolhida dos refugiados. Sendo que, somente após a celebração de acordo com a ACNUR, o Brasil começou a receber refugiados da Europa.

Com o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815 de 1.980, o Brasil, que estava no período do Regime Militar, visava a proteção e a segurança nacional, não importando fatores como a dignidade humana do estrangeiro.

Após a Constituição de 1988, aumentou-se o interesse na proteção da dignidade humana. Logo após, em 1997 foi criado o Estatuto jurídico do refugiado, a qual adotou oficialmente as graves e generalizadas violações de direitos humanos como razão para a obtenção do status de refugiado. Assim como também foi criado o CONARE (Comitê Nacional para Refugiados) para deliberar acerca dos refugiados.

Em novembro de 2017, entrou em vigor a Lei de Migração, Lei 13.445/2017, para substituir o Estatuto do Estrangeiro. A nova Lei está em consonância com a Constituição Federal, visando, acima de tudo, a proteção dos direitos humanos. Segundo Zamur e Andrade (2018, p. 927) a nova Lei de Migração orienta-se por princípios como a universalidade dos direitos humanos, a não criminalização do migrante e a acolhida humanitária, como disposto no artigo 3º. Possuindo o intuito de promover os direitos humanos no Brasil, bem como minimizar a xenofobia.

A nova lei foi criada sob o prisma da Constituição Federal de 1988. Primeiramente em razão do princípio da dignidade humana (Artigo 1º, inciso III), e em segundo plano a igualdade entre estrangeiros e cidadãos brasileiros (Artigo 5º, CAPUT), sendo inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; agora, dispostos na Lei de migração (artigo 3º).

Agora, a nova Lei de Migração é regida sobre o princípio da acolhida humanitária (Artigo 3º, inciso VI) [1]. Assim como, dispõe na subseção que trata de vistos temporários sobre concessão de acolhida humanitária para os nacionais de qualquer país que estejam em situação de calamidade de grande proporção ou desastre ambiental.

A acolhida humanitária (BRASIL, 2018) é um visto temporário específico para aqueles que precisam sair dos países de origem, mas não são considerados refugiados, além de menores desacompanhados e estrangeiros que entram no território nacional para tratamentos de saúde.

O que se tem feito é perceber os imigrantes como agentes de transformação social que trazem elementos positivos para as sociedades de acolhida, pois trazem novas vivências, contribuem com o setor produtivo, desenvolvem tecnologias, consomem, entre outros elementos que trazem desenvolvimento aos países de destino, consoante Silva, Bóguse Silva (2018, p. 163).

Segundo Oliveira (2017, *online*), embora a Lei possua alguns vetos inspirados em visões que defendem medidas restritivas, o país passa a ter uma das legislações mais modernas no trato das políticas migratórias. Permitindo, conforme o autor, a maior integração do migrante na sociedade brasileira, repudiando práticas de discriminação e de deportações coletivas, bem como assegurando o acesso a serviços básicos.

5. O CASO DOS HAITIANOS NO BRASIL

Para Rodrigues (2018, p. 854-855) há muitas motivações para haitianos migrarem para o Brasil, a principal é a busca por melhores condições de vida, uma vez que o País sofre com graves problemas socioeconômicos. Entretanto, em 2010 um terremoto assolou o Haiti, gerando um deslocamento em larga escala de seus cidadãos, bem como se tornou a causa imediata da migração haitiana foi por questões ambientais.

Segundo dados da *Human Rights Watch* (2011, *online*) a capital do Haiti, Porto Príncipe, teve 222.750

[1] Lei 13445/17, Artigo 14, § 3o "O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento".

mortos, 300.000 feridos, incluindo 4.000 a 5.000 amputados, e até 1,6 milhão de desabrigados e deslocados em 2010. No total, 3 milhões de pessoas foram afetadas pelo terremoto. Estimativas de várias ONGs, meios de comunicação e do Banco Mundial sugerem que o governo do Haiti perdeu entre 20 e 40% de seus funcionários públicos.

Segundo os dados do CONARE (2011), desde o terremoto de 2010 até 2011 foram protocoladas 2150 solicitações de refúgio feitas por cidadãos haitianos no Brasil. Já em 2017, foram registrados 2.362 pedidos, sendo a 3ª nacionalidade que mais solicita refúgio no Brasil, consoante dados do Ministério da Justiça (2017, *online*).

Segundo Claro (2012, p. 69), já que não são considerados refugiados pela Convenção de 1951, esses haitianos não possuem proteção pela lei brasileira de refúgio. Mesmo que essa tenha ampliado a definição de refugiado, assim como a Convenção, não reconhece o fator ambiental como base para a concessão de status de refugiado.

Os imigrantes haitianos, desde 2010, tentavam receber o reconhecimento de refugiado no Estado Brasileiro, contudo por razões legislativas têm sua solicitação negada:

> […] pois não são considerados refugiados por não se incluírem nos requisitos da Convenção de 51 e também da Lei brasileira do Refúgio (Lei 9.474/97), muito embora o inciso III da lei brasileira considere que "devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" dando interpretação ampla, na qual os haitianos poderiam ser reconhecidos como refugiados pelo governo brasileiro (RODRIGUES, 2018, p. 860).

No entanto, conforme Waisberg (2015, *online*) o grande fluxo de imigrantes demandou uma resposta uniforme do governo federal que apesar de não poder conceder a condição de refugiados aos haitianos, deveria orientar a política migratória deste grupo de imigrantes.

Nas palavras de Claro (2012, p. 69), os haitianos que migraram após o terremoto de 2010 não são os refugiados padronizados, que se encontram aparados pela Convenção de 1951:

> O caso dos refugiados haitianos que vieram para o Brasil após o terremoto de 12 de janeiro de 2010 é tipicamente de refugiados ambientais que se encontram no limbo jurídico pela falta de proteção específica: os haitianos que emigraram não são refugiados convencionais, mas são, sim, refugiados ambientais porque foram forçados a migrar em decorrência de um fator ambiental (neste caso, ocorrido sem a interferência antrópica no meio).

Em razão dessa imprecisão quanto ao conceito de refugiado ambiental, bem como sua existência no mundo jurídico, o Ministério Público Federal no Acre, em 2012, entrou com ação civil pública junto à Justiça Federal solicitando que a União garantisse os direitos humanos dos haitianos no Brasil em busca de condições dignas de sobrevivência após o terremoto que acometeu o Haiti em 2010. O Ministério Público alegou na ação que o Brasil estava atentando duplamente contra os direitos humanos dessas populações quando deixava de prestar-lhes a assistência humanitária devida e ao dificultar o ingresso em território brasileiro. Além disso, os pedidos foram no sentido de que a União reconheça o status de refugiados aos imigrantes haitianos que entraram ou entrarão no Brasil.

De acordo com os fundamentos da ação, o instituto do refúgio não está isolado no Direito Internacional devendo ser um instrumento que garanta os direitos humanos. Desse modo a legislação brasileira se atualizou e ampliou a possibilidade de concessão de refúgio ao incluir na Lei 9.474/97 a condição de refugiado a todo aquele que "devido a grave e generalizada violação dos direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país" (ACNUR, 1951). Portanto, os direitos humanos são universais, sobrepondo-se ao direito convencional, bem como limitam a soberania dos países.

O direito ao refúgio não pode ficar estaticamente ligado ao fundamento da perseguição política, mas, conforme o Ministério Público Federal (2011, *online*), tal como os direitos humanos, vide a violação aos direitos humanos, nos casos de tragédias e desastres ambientais ou naturais, sobretudo quando esses eventos são potencializados pelo caos social e político da região, como é o caso do Haiti, que viveu esses transtornos

durante décadas antes do desastre ambiental de 2010, expondo a sua população à situação de vítimas de graves violações dos direitos humanos.

A obrigação do Brasil na acolhida aos haitianos, segundo o texto da ação, consiste também em atender à própria Constituição Federal que expressamente sujeita o Brasil à prevalência dos direitos humanos no artigo 4º, inciso II, bem como a guiar-se pela solidariedade humana em relação aos povos da América Latina, de acordo com o art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República. Por fim, solicitou o reconhecimento deste grupo como refugiados consoante disposto na Lei 9.474/97, artigo 1º, inciso III, pelo deslocamento forçado em razão de "grave e generalizada violação de direitos humanos".

Menezes (2018, p. 883) mencionou que o CONARE[2], primeiramente, ainda em 2007 criou a Resolução Normativa 13/2007 direcionada para os casos sobre a questão humanitária, a qual estabelece que quando uma solicitação de refúgio não atender os requisitos (perseguição ou generalizada violação de direitos humanos) da lei de refugiados (Lei 9.474/97), o CONARE poderá encaminhá-la à apreciação do CNIg (Conselho Nacional de Imigração ligado ao Ministério do Trabalho e Emprego).

O CNIg, por sua vez, não considera os haitianos vindos em razão do terremoto como refugiados. Por isso, concedia a eles, conforme Menezes (2018, p. 890), a permanência em decorrência das questões de ordem humanitária (Resolução nº 97/2012). No início da vigência dessa norma, existia a cota de em média cem vistos mensais aos haitianos que desejassem imigrar para o Brasil. Após, o limite de cotas para os vistos foi revogado, sinalizando a preocupação com a regularização da população haitiana pelo Estado brasileiro, a qual passava as fronteiras brasileiras de forma ilegal.

Moulin (2017, *online*) relata que essa resolução precisava ser renovada a cada dois anos, de forma que o país carecia de uma legislação permanente alusiva ao acolhimento de egressos de países como o Haiti, que sofreu um grande desastre ambiental.

A RN 97/2012, segundo Zamur e Andrade (2018, p. 921) foi prorrogada quatro vezes passando a valer até outubro de 2017. Ou seja, mesmo após a Ação Civil Pública, o governo brasileiro adotou apenas medidas remediais para tratar da falta de defesa dos direitos humanos dos haitianos, não reconhecendo, portanto, a condição de refugiados desses imigrantes.

Assim, fica exposta a necessidade do reconhecimento da condição de refugiado ao indivíduo que sai do seu país por razões ambientais, bem como a atualização dos instrumentos internacionais de proteção jurídica. Ademais, mesmo que o Brasil possua uma legislação moderna na questão do refúgio, a Lei n. 9.474/1997 (BRASIL, 1997), a inclusão da acolhida humanitária, a qual já era adotada por meio de Resoluções normativas, na Lei de Migração era fundamental para a continuidade de políticas públicas que defendam os direitos humanos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos conteúdos estudados, percebe-se que o conceito de refúgio positivado em dispositivos internacionais é retrógrado, bem como é possível perceber que as novas possíveis definições formuladas pela doutrina não possuem reconhecimento no Direito Internacional.

A ampliação da definição de refugiado para atender os migrantes forçados por razões ambientais precisa ser discutida pelo Direito Internacional para que se obtenha os mecanismos adequados e não apenas tenham direitos na legislação internacional e brasileira, mas que sejam protejam os direitos humanos dessas pessoas por políticas públicas.

No Brasil, embora ainda não exista proteção jurídica específica e muito menos reconhecimento desse tipo de refugio, é possível encontrar formas de amparo jurídico para os refugiados ambientais como forma de proteção jurídica ampla e norma regional. Sendo que a acolhida humanitária dada aos haitianos foi um avanço, agora positivada na legislação pertinente.

[2] Órgão responsável por analisar os pedidos e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, bem como por orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados.

No entanto, a acolhida humanitária é usada como um "tapa-buraco" para a irregularidade dos Haitianos no Brasil, não podendo ser um instrumento de substituição da concessão de refúgio, que pode ser uma forma de ilegalidade. Dessa forma, o Governo deve analisar, primeiramente, se o imigrante não está enquadrado nas Hipóteses da Lei atual.

Muitos Haitianos poderiam ser solicitantes de refúgio por razões ambientais, e assim, teriam proteção jurídica diferenciada (nacional e internacional), caso fossem analisados os casos de forma desigual.

Portanto, compreende-se que é necessária a reformulação do conceito de refugiado, bem como a atualização de tratados e convenções, para que esses forneçam proteção jurídica às pessoas, as quais procuram um lugar seguro para viver. Para que, na posterioridade, os Estados possam efetivá-los por meio de políticas públicas no âmbito interno.

REFERÊNCIAS

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Refúgio e Soberania Estatal: "Refugiados Ambientais" In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

ACNUR. **Haitianos recebem residência permanente no Brasil**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2011/08/30/haitianos-recebem-residencia-permanente-no-brasil/>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei 9474 de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em 02 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei 13445 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 02 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei de Migração atenderá melhor estrangeiros em busca de oportunidades no Brasil.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/lei-de-migracao-atendera-melhor-estrangeiros-em-busca-de-oportunidades-no-brasil>. Acesso em 28 de abril de 2018.

CAVEDON, Fernanda de Salles. Acordo de Paris deixa a desejar sobre refugiados ambientais, aponta pesquisadora. **MIGRAMUNDO**, 13 set. 2016. Disponível em: http://migramundo.com/acordo-de-paris-deixa-a-desejar-sobre-refugiados-ambientais-aponta-pesquisadora/#8230 Entrevista concedida a Rodrigo Borges Delfim. Acesso em: 16 de abril de 2018.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. A Proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília , v. 24, n. 47, p. 215-218, Aug. 2016 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852016000200215&lng=en&nrm=iso>. access on 07 May 2018. http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004715.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O Conceito de "Refugiado Ambiental" In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

DANTAS, Virgínia da Hora et al. Refugiados ambientais: em busca de amparo legal para efetivação de direitos. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, v. 1, n. 3, 2018.

HARVEY, David. **O Novo Imperialismo**. São Paulo: Loyola, 2005.

HOLZHACKER, Vivian. O Conceito de Refugiado no Direito Internacional In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2011: Haiti**. Nova Iorque, 2011. Disponível em: <https://www.hrw.org/world-report/2011/country-chapters/haiti> Acesso em: 06 de maio de 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. World Migration Report 2010. **The future of migration:**

building capacities for change. Geneva: IOM, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação do ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista. direito GV**, São Paulo , v. 6, n. 1, p.275-294, June 2010. Disponível em from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Apr. 2018.

MENEZES, Fabiano Lourenço de. Imigração Haitiana para o Brasil após o Terremoto de Janeiro de 2010 e a Resposta Humanitária: Breve Reflexão acerca do Discurso do Governo Brasileiro In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Refúgio em Números**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2018.

MINISTÉRIO DAS RELAÇOES EXTERIORES. **Refugiados e CONARE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>. Acesso em: 2 de maio de 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF/AC quer garantir direitos humanos de haitianos via Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/noticias-ac/mpf-ac-busca-garantir-direitos-humanos-de-haitianos-via-justica-federal>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental#_edn8>. Acesso em 28 de abril de 2018.

MOULIN, Carolina. Para pesquisadora, nova Lei da Migração tende a melhorar acolhida a refugiados. **JORNAL DA PUCRJ**. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://jornaldapuc.vrc.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=10&infoid=5199&sid=48>. Entrevista concedida à Helena Carmona. Acesso em: 28 de abril de 2018.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Rev. bras. estud. popul.**, São Paulo , v. 34, n. 1, p. 171-179, Apr. 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=en&nrm=iso>. access on 04 May 2018.

ONU. UNESCO adverte para risco de aumento dos refugiados ambientais devido à desertificação. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/unesco-adverte-para-risco-de-aumento-dos-refugiados-ambientais-devido-a-desertificacao/> Acesso em 16 de abril de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO. **Migração e mudanças climáticas**. Disponível em: <https://www.iom.int/migration-and-climate-change>. Acesso em 01 de maio de 2018.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

RODRIGUES, Viviane Mozine. A Migração de haitianos para o Brasil no contexto do terremoto de 2010 In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

SILVA, João Carlos Jarochinski; BÓGUS, Lucia Maria Machado; SILVA, Stéfanie Angélica Gimenez Jarochinsk. Os Desafios dos Fluxos Migratórios Mistos In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

WAISBERG, Tatiana. Refugiados ambientais no Brasil: o caso dos Haitianos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4377, 26 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40015>. Acesso em: 16 abr. 2018.

WARNER, K.; HAMZA, M.; OLIVER-SMITH, A.; RENAUD, F.; JULCA, A. Climate change, environmental degradation and migration. **Nat Hazards**, v. 55, n. 3, 2010, pp. 689-715.

ZAMUR, Andrea Cristina Godoy; ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. Os Aspectos Jurídicos da Migração Haitiana para o Brasil In: JUBILUT, Liliana Lyra; Ramos, Érika Pires; CLARO, Carolina de Abreu Batista; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles (orgs). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL E O STJ

Marcia Andrea Bühring[1]

RESUMO: O objetivo é mostrar o que comporta a reparação integral do dano ambiental, que abrange o dano causado ao bem ou recurso ambiental, como toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade do meio ambiente, com base no artigo 225, caput e § 3º, da CF/88 e artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. O método utilizado é o dedutivo, pois analisa o dano a partir da CF/88 e Lei da Política Nacional. Sua natureza é aplicada. No que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica e jurisprudencial. Mostrar que a recomposição abrange o dano causado e a repercussão desse. De Recuperar e Indenizar. Como conclusão, em termos práticos, o STJ em significativo julgado do ministro Herman Benjamin, ao decidir que a reparação integral do dano ambiental compreende, "igualmente, a restituição ao patrimônio público do proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que o empreendedor indevidamente auferiu com o exercício da atividade degradadora (STJ. 2ª T. REsp 1.145.083/MG j. 27/9/2011. Rel. min. Herman Benjamin), que serve de importante precedente para a verificação pontual de outros julgados no presente artigo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Ambiental. Dano Ambiental. Reparação Integral do Dano Ambiental.

1 INTRODUÇÃO

A base constitucional, da responsabilidade por danos ambientais está consubstanciada no artigo 225, caput e § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988, que vale referir: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". E a base legal encontra guarida na Lei da Política Nacional do Meio ambiente, no artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, vale referir também: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade", referem textualmente o vínculo objetivo, baseado na teoria do risco integral, pois trata-se de proteção especial do meio ambiente, enquanto bem jurídico tutelado e um direito/dever de todos.

O método utilizado é o dedutivo, quando se parte da interpretação mais ampla do dano, do poluidor. Sua natureza é aplicada, e no que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica, com análise jurisprudencial, análise essa, fundamental, para compreender o mais amplo sentido do que se considere INTEGRAL.

Por conseguinte, abordar-se-á no primeiro tópico a interpretação e a definição de dano e a recomposição, que abrange o dano causado, ao bem ou recurso ambiental, como toda a repercussão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade do meio ambiente.

Para, no segundo tópico, verificar a partir da decisão paradigma do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 2ª T. REsp 1.145.083/MG j. 27/9/2011. Rel. min. Herman Benjamin, ao decidir sobre o que integra a reparação integral do dano ambiental. Vez que, foi o primeiro acórdão que enfrentou a possibilidade

[1] Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora da Escola de Direito da PUCRS. Professora da UCS - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: CMC/RCA. Professora da ESMAFE Advogada e Parecerista. Membro do CEJ-Comissão do Ensino Jurídico da OAB-RS. E-mail: mabuhrin@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br.

de cumulação entre as obrigações de indenização e recuperação do dano ambiental. E, dessa forma, tecer alguns comentários sobre outros julgados que revelam, em termos práticos o que INTEGRA a reparação integral, como: a cumulação da obrigação de fazer, de não-fazer, a indenização, a restauração *in situ,* (in natura), compensação ecológica.

2 A INTERPRETAÇÃO[2] DO DANO AMBIENTAL

A palavra intérprete possui origem latina *interpres,* sendo o atributo do *interpres*, interpretar o significado das palavras da lei.[3] E nesse sentido, Kelsen foi pioneiro em enfatizar as duas formas de interpretação: a autêntica e a inautêntica ou não-autêntica. A autêntica é a "interpretação do Direito pelo órgão que o aplica", e a inautêntica é a "interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica". (1999, p. 388). Dessa forma, todos têm direito a produzir uma interpretação, mas há diferença entre a interpretação de todos que é a inautêntica e a dos juízes que é a autêntica (pois esses impõem interpretação).

Sinaliza-se, pois, diferentes matrizes normativas, para Kelsen, o sujeito-objeto e para Streck, o sujeito-sujeito, veja-se: Para Kelsen, é possível mais de uma interpretação; havendo diferentes possibilidades, existe uma pluralidade de normas possíveis para interpretação. A lei é uma *moldura*, hoje o texto é uma *moldura* – há uma criação das possibilidades da hermenêutica «nos limites da moldura», pois o sujeito não faz o que deseja aleatoriamente, somente até os limites dessa *moldura*. (1999, p. 390-391).[4] Já para Streck, do processo de interpretação passa-se para a produção do sentido, e é o intérprete quem produz sentido, e esse sentido expressado pelo texto já é algo novo, é sempre um novo texto.[5]

Dessa forma cumpre referir com o Benjamin, uma definição de dano ambiental como "a alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e ou a natureza". (BENJAMIN, 1998, p. 48).

Também Milaré traz o dano ambiental como "a lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação-alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico". (MILARÉ, 2015, p. 600). Verifica-se que a expressão dano ambiental possui mais de um sentido, segundo Leite e Ayala (2011, p. 94) "constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses". Portanto, dano ambiental vincula não só o ambiente, mas a saúde, o bem-estar, a tranquilidade, o viver na cidade, e que esta seja sustentável.[6]

São infinitas as possibilidades de interpretação, conservando a justa reserva para com o arbitrário e a irracionalidade. Então, interpretar um texto legal significa, ter que decidir-se por uma dentre muitas possíveis interpretações. (PASQUALINI, 1999, p. 54-55).

Por outro lado, Linares destaca no direito argentino, a interpretação armonizante ou sistemática,

[2] Conceito revisitado e adaptado ao Dano ambiental. Para tanto, ver na íntegra: (BÜHRING, 2004).

[3] Segundo Coelho (1981, p. 182) "*Interpres* designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra *interpretar* com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência".

[4] Afirma: A interpretação de uma lei não deve conduzir necessariamente, "a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente" (KELSEN, 1999, p. 390-391).

[5] Refere: As palavras da lei não são unívocas, são plurívocas, por isso "é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do 'unívoco' ou do 'correto' sentido, mas, sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social". (STRECK, 2000. p. 16-17); (STRECK, 2014).

[6] O conceito de **sustentabilidade** utilizado para a pesquisa é de Juarez Freitas "Independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilização do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos". (FREITAS, 2012, p. 40-41).

significa dizer que cabe à Administração interpretar atos e regras, de tal forma que possa se eleger entre várias possibilidades a que estiver mais de acordo com a Constituição.[7] (LINARES, 1986, p. 147). Justamente para que as pessoas possam viver numa cidade mais sustentável.

Todavia, como Gadamer bem observa, a interpretação pode vir carregada de pré-conceitos, ou seja, pode trazer uma carga de verdade ou pode ser ultrapassada. Então, há sempre uma compreensão anterior. Assim, "os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais", ou seja, "esse não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam, os mal-entendidos". (GADAMER, 1999, p. 441-443). Pois a interpretação "não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão [...] compreender é sempre também aplicar". (GADAMER, 1999, p. 459-461).

Voltando ao dano, se compreender é interpretar e interpretar é aplicar, o conceito de dano ambiental pode ser definido pelos interesses de cada sociedade segundo Steigleder (2017, p. 117-118). Por outro lado, também Freitas destaca que a interpretação sistemática do direito "tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica", o interpretar é a hierarquização dos sentidos "teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, mais do que simplesmente esclarecê-los". (FREITAS, 1995, p. 9); (FREITAS, 2012).

Frise-se: interpretar uma norma é interpretar o sistema por inteiro. Note-se, também, que a interpretação sistemática é a interpretação jurídica, por essência.[8] Nesse sentido, Pasqualini inova ao se referir a essa interpretação como: interpretação sistemático-transformadora que funciona como "um saber consagrador, que procura a convergência de tudo, para que nenhum princípio, norma, valor ou precedente jurídico se isole dos demais, para que um se possa juntar aos outros, e todos possam atuar, mais e sempre, como um conjunto sistemático, aberto e substancial". (PASQUALINI, 1999, p. 101).

Existe, em verdade, uma necessidade muito grande em se formar intérpretes jurídicos, com uma visão ampla, consciente, séria, para o desempenho da tarefa/função, árdua por sinal, que ao se encontrar frente a antinomias (contradição entre duas leis ou princípios), possa ele realizar a melhor interpretação sistemática, fazendo do direito um verdadeiro sistema normativo do Estado Democrático, tendo-se o desejo e a esperança de decisões *justas*.

A interpretação literal hoje não é mais recomendável, em razão das limitações que apresenta. É necessária a interpretação teleológica, sistêmica, visando desvendar tanto o sentido quanto o objetivo da norma, voltado para o interesse social, que é o que se verifica quando se interpreta o sentido atribuído a palavra *dano ambiental*, envolvendo inúmeras circunstâncias materiais, morais, envolve a dinâmica da vida nas cidades.

Lutar pela preservação da Constituição é tarefa dos juristas que se encontram realmente preocupados com uma democracia que seja social e efetiva. (STRECK, 1993). Incumbe ao Judiciário, hoje, um importante papel na implementação dos direitos sociais, fazendo-se necessário que os julgadores partam "de uma visão dinâmica e não estática do Direito", buscando atender não somente aos anseios, mas também às necessidades da coletividade. (DERGINT, 1994, p. 21-22). Como por exemplo, ter assegurado e efetivado um meio ambiente digno.

A falta de previsão constitucional e legal de um conceito de dano ambiental propicia uma construção dinâmica de seu significado, congregando doutrina e jurisprudência. E, justamente por possuir um conceito aberto, precisa de uma interpretação no caso concreto pelo intérprete para restar configurado. (CARVALHO, 2008, p. 78-79), visto que, segundo Passos de Freitas "os estudos sobre danos ambientais abordam, regra geral, casos concretos e a maneira de repará-los [e] que o dano ambiental vai além da reparação do prejuízo

[7] **Tradução livre de**: "Se trata de saber si la Administración es competente para realizar interpretaciones de un acto administrativo, o de un reglamento, de tal modo que elija – entre varias posibilidades que seja la ley aplicada debido a su lenguage – la más acorde con la Constitución (interpretación armonizante o sistemática). (LINARES, 1986, p. 147).

[8] Veja-se no comentário de Freitas: "Deve o intérprete, com sabedoria, contribuir para a descoberta e para a formação tópica do sistema jurídico. De outra parte, é irrenunciável a luta pela formação de um Direito dotado de concatenação interna, sendo este um desafio para aplicadores e legisladores: oferecer uma ordem que se deixe interpretar plástica e maleavelmente de modo a se manter respeitável e garantidora da segurança das relações jurídicas". (FREITAS, 1995, p. 53-60).

patrimonial, sendo mais complexa não apenas a sua conceituação como a própria reparação. (PASSOS DE FREITAS, 2002, p. 171).

O papel que possui o juiz, na interpretação, é extremamente importante, pois é ele quem delimita o conteúdo das normas, mesmo que essas sejam *molduras*, ou situadas fora da ciência jurídica. (FREITAS, 1995, p. 34). Note-se: "quem faz o sistema sistematizar e o significado significar são os intérpretes, razão pela qual interpretar é, também e principalmente, interpretar-se". (PASQUALINI, 1999, p. 54).

Por outro lado, Streck assume uma postura substancialista que implica assumir a tese de que, no Estado democrático de Direito, tem o direito uma função transformadora, e adverte que não se está preparado para enfrentar os problemas decorrentes da transindividualidade, que são próprios do novo modelo advindo do Estado democrático de Direito, devendo o judiciário assumir o seu papel. (STRECK, 2000, p. 270-271); (STRECK, 2014).

Os magistrados não se limitam à interpretação ou dedução do que lhe é colocado, mas à sua tarefa fundamental é revelar uma maneira mais adequada, equânime e justa para suas decisões, em adaptar as regras às constantes transformações sociais. Por isso, sua atividade, como um autêntico juiz-cidadão, está comprometida "com o alargamento dos espaços democráticos da Justiça e do Direito". (WOLKMER, 2000, p. 179-178).

Nesse sentido, Antunes afirma que os tribunais brasileiros, têm tido uma compreensão restritiva do conceito de dano ambiental. Ou seja, "em geral, eles têm adotado uma postura que exige o dano real e não apenas o dano potencial". É dizer "impõem todo o ônus da prova judicial para os autores, enfraquecendo a responsabilidade objetiva do poluidor". (ANTUNES, 2016, p. 300).

A Constituição de 1988 fundou, no Brasil, a Novíssima República, sobre ela Bonavides comenta que cabe a todos "escrever com atos de compreensão e argúcia interpretativa a Constituição viva, aquela que se aplica ao cotidiano na proteção dos direitos e na salvaguarda das franquias democráticas". (BONAVIDES, 1993, p. 195); (BONAVIDES, 2004) ao que Ferrand complementa, quando se interpretam os textos constitucionais, "não se deve olvidar (esquecer) que o intérprete não é um legislador, não se deve confundir a teoria com a axiologia".[9] Importam, principalmente, a atividade, o dano, e o nexo causal, observando, ainda, o verdadeiro centro, que é a vítima, [o meio ambiente] e não a conduta do agente, desembocando num fundamento maior, que é o Estado de direito e os princípios [constitucionais].

Por tudo, pode-se afirmar que tudo é uma questão de interpretação. Uma interpretação condizente com o momento histórico vivenciado, com as alternativas buscadas para tornar efetivos direitos e deveres, com a necessidade que se impõe em face dos novos direitos, com a visão desacreditada pela qual passa o Estado. E não é diferente para os danos causados ao meio ambiente pelos ruídos causados pela poluição sonora veicular.

Ou seja, o dano ambiental está relacionado com o bem jurídico protegido, que é o meio ambiente, assim como, com a vida humana, seus interesses e saúde, ou seja, com a própria sobrevivência. (BARACHO JÚNIOR 2000, p. 316).

Lembrando que o que resta definido no artigo 3º, I da Lei 6.938/81[10] é o conceito de meio ambiente, assim como a advertência de que o poluidor é obrigado a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81[11], e entende-se por degradação ambiental "a alteração adversa das características do meio ambiente", conforme o art. 3º, II, da referida Lei. Cumpre referir que, **só**

[9] **Tradução livre de:** "No debe olvidarse que el intérprete no es un legislador, no se debe confundir la teoría com la axiología". (FERRAND, 1991, p. 36-37).

[10] Art. 3º "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

[11] Art. 14 "Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

com a interpretação é possível fazer a conexão entre os conceitos de meio ambiente, poluição e degradação. Justamente numa sociedade de riscos, segundo Beck, os mais diversos, entre eles os danos ambientais. (BECK, 1998). E vale repetir, a reparação do dano ambiental terá que ser integral, no sentido amplo da palavra.

Também afirma Navarro (Acesso em 20 mai. 2018), sobre os avanços e retrocessos do STJ, e da necessidade de uniformização jurisprudencial "A legislação brasileira em temática ecológica possui como característica intrínseca a permeabilidade de seus dispositivos e a multiplicidade de suas regras, que sobrepõem-se e colidem inelutavelmente".

Ou seja, é mais do que necessária uma padronização em "coordenadas hermenêuticas e princípios instrumentais, integrando a norma ambiental em um sistema axiológico complexo e multifacetado", justamente para dar segurança e efetividade.

3 DANO E REPARAÇÃO

Cabe inicialmente definir dano ambiental, para tanto, Freitas (2005, p. 168) refere que o "dano é a abreviação de *damnum iniuria datum* dos romanos", que consiste, em causar prejuízo em coisa alheia, animada, ou inanimada.

Por conseguinte, Alvin, (1965, p. 171) traz o dano [em sentido amplo] como "todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens", em [sentido estrito] é "a lesão do patrimônio, tido esta, como o conjunto das relações jurídicas por uma pessoa, apreciadas em dinheiro".

Ao que, adverte Alsina, (1995, p. 45) nesse passo, sobre a conceituação ambivalente de dano ambiental: "pode designar não somente o dano que recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, mas também se refere ao dano por intermédio do meio ambiente ou dano ricochete a interesses legítimos de uma determinada pessoa, configurando um dano particular". E, sob o ponto de vista jurídico, segundo Severo (1996, p. 6) "o dano, é um dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Para a teoria do interesse o dano é a lesão de interesses juridicamente protegidos".

Na abordagem de Rodrigueiro (2004), o dano, contra o qual o direito se insurge não é a mera lesão de interesse, "mas a lesão de interesse que deve ser evitada, reparada ou restaurada pela ordem jurídica. Ou seja, o dano objeto de reparação é o dano antijurídico e não o mero dano existente no mundo dos fatos ou no mundo das abstrações". Por conseguinte, "o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui requisito essencial à obrigação de indenizar e este pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial".

Quanto ao dano ambiental e sua reparação, parte-se de uma questão lançada por Leite e Ayala (2011, p. 102-103) quando perguntam: "*Qual a intensidade do dano ambiental capaz de redundar na obrigação de reparar?*" Ao que respondem com o conceito.[12]

E mais, dano ambiental é toda degradação/poluição[13] que ultrapassa a esfera de tolerabilidade social,

[12] "O dano ambiental, por sua vez, constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. Alerte-se que, nesta pesquisa, será chamado dano ambiental, em primeiro momento, todo dano causador de lesão ao meio ambiente, para depois poder classificá-lo". (2011, p. 94).

[13] Afirma Molinaro: "Essas cotas de emissão, transformaram-se rapidamente em commodities altamente apreciáveis e sob amparo da legislação ambiental. Por intermédio delas, uma indústria pode, por um período de tempo determinado, contaminar, devendo regular suas emissões até o limite da quota disponível; em caso de não reduz ir suas emissões, poderá ir ao mercado comprar mais direitos (!) em vez de cessar suas atividades, ou reprogramar seu processo produtivo. Na realidade, o que se está fazendo é introduzir no mercado novos títulos negociáveis, transferíveis e pecuniariamente valiosos. O que se está empregando é uma velha máxima econômica: quando algo está escasso atribuir-se-lhe um preço restitui o equilíbrio entre a oferta e a demanda". (MOLINARO, 2006, p. 127).

é o mais amplo possível (pode ser um dano vinculado à arquitetura, paisagismo, urbanização, etc.) diferente de dano ecológico, no qual se está referindo somente a um dano natural. (LEITE; AYALA, 2011, p. 151-153). Em decorrência disso, o dano ambiental pode ser patrimonial e extrapatrimonial. Dano patrimonial (concreto) ambiental, a exemplo do desmatamento. Já o dano extrapatrimonial, (abstrato) dano moral, a exemplo das alterações em ocupações indígenas com a extinções de habitats. (p. 290-300).

A reparação INTEGRAL do dano ao meio ambiente abrange não só o dano em si, causado ao bem ou recurso, mas toda a extensão dos danos. Advertência que também faz Mirra (2002, p. 315), e aponta:

> a) os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um determinado bem ambiental que estiverem no mesmo encadeamento causal (como, por exemplo, a destruição de espécimes, *habitats* e ecossistemas inter-relacionados com o meio imediatamente afetado; a contribuição da degradação causada ao aquecimento global);
>
> b) as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do dano e a efetiva recomposição do meio degradado;
>
> c) os danos ambientais futuros que se apresentarem como certos;
>
> d) os danos irreversíveis causados à qualidade ambiental, que de alguma forma devem ser compensados;
>
> e) os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

Por outro lado os danos ambientais, afirmam Cafferatta e Goldenberg, (2003, p. 73), podem ainda ser: 1) Continuados, com uma sucessão de atos de um mesmo autor [ou vários], e ainda em diferentes épocas, a exemplo de resíduos poluentes despejados em rios; 2) Prolongados, que permanecem ainda que o tempo passe, como radiação; e 3) Progressivos, atos sucessivos de uma mesma pessoa (s) empresa (s) que, conjugados provocam um dano maior, a exemplo de gases poluentes.

E num momento de extrema complexidade, [como vivenciado] adverte Prieur (1996, p. 844) para o dano ecológico, cujos fenômenos que afetam ao meio natural justamente se caracterizam pela grande complexidade, e dificuldade de aferição.[14]

Por outro lado, afirma Sendim, (1998, p. 130) que o dano ecológico seria uma perturbação natural – "enquanto conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos e da sua interação - que afere a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutelada pelo sistema jurídico-ambiental".

Abaixo, importante quadro sinóptico da classificação do dano:

[14] Destaca: "Mas é preciso, sobretudo, colocar em relevo os seguintes elementos que raramente se encontram nos danos não ecológicos: as consequências danosas de uma lesão ao ' meio ambiente são irreversíveis (não se reconstitui um biótipo ou uma espécie em via de extinção), estando vinculadas ao progresso tecnológico; a poluição tem efeitos cumulativos e sinergéticos, que fazem com que estas se somem e se acumulem, entre si; a acumulação de danos ao longo de uma cadeia alimentaria, pode ter consequências catastróficas (enfermidade de Minamata no Japão); os efeitos dos danos ecológicos podem manifestar-se muito além das proximidades vizinhas (efeitos comprovados pela contaminação das águas, pelas chuvas ácidas, devidas ao transporte atmosférico a longa distância do S02); são danos coletivos por suas próprias causas (pluralidade de autores, desenvolvimento industrial, concentração urbana) e seus efeitos (custos sociais); são danos difusos em sua manifestação (ar, radioatividade, poluição das águas) e no estabelecimento do nexo causalidade; tem repercussão na medida em que implicam agressões principalmente a um elemento natural e, por rebote ou ricochete, aos direitos individuais". (PRIEUR, 1996, p. 844).

Quadro Sinóptico: Classificação do Dano ambiental 2º Morato Leite.

Levando em conta:	Significação:	Espécie de dano:	Fontes indicadas no texto:
1) Amplitude do bem protegido	1) Conceitos restrito, amplo e parcial do bem ambiental.	a) dano ecológico puro (restrito); b) dano ambiental (amplo). c) dano ambiental individual ou reflexo (parcial)	"O dano ambiental significaria dano ecológico puro e sua proteção estaria sendo feita em relação a alguns componentes essenciais do ecossistema. (SENDIM, 1998, p. 130). "concemente aos interesses difusos da coletividade, abrangeria todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural. (Martin, 1990, p. 116-140)". "Dano individual ambiental. ou reflexo, conectado ao meio ambiente que é, de fato, um dano individual, pois o objetivo primordial não é a tutela dos valores ambientais, mas sim dos interesses próprios do lesado, relativo ao microbem ambiental. (SAMPAIO, 1998, p. 112)".
2)A reparabili-dade e o interesse envolvido	2) Obrigação de reparar diretamente ao interessado ou indiretamente ao bem ambiental protegido. Relativamente ao interesse do proprietário e ao interesse difuso.	a) dano ambiental de reparabilidade direta; b) dano ambiental de reparabilidade indireta,	"1.Dano ambiental de reparabilidade direta, quando diz respeito a interesses próprios individuais e homogêneos e apenas reflexos com o meio ambiente e atinentes ao microbem ambiental. O interessado que sofreu lesão será diretamente indenizado. 2. Dano ambiental de reparabilidade indireta, quando diz respeito a interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais de dimensão coletiva64, concementes à proteção do macrobem ambiental e relativos à proteção do meio ambiente como bem difuso, sendo que a reparabilidade é feita, indireta e preferencialmente, ao bem ambiental de interesse coletivo e não objetivando ressarcir interesses próprios e pessoais. Observe-se que, nesta concepção, o meio ambiente é reparado indiretamente no que conceme à sua capacidade funcional ecológica e à capacidade de aproveitamento humano (Sendim, 1998, p. 134)".
3) À extensão do dano	3) Consideran-do a lesividade verificada no bem ambiental	a) dano ambiental patrimonial; b) dano ambiental extrapatrimonial ou moral.	Para (Sampaio, 1998, p. 34) pode, assim, ser ordenado: 1. Dano patrimonial ambiental, relativamente à restituição, recuperação, ou indenização do bem ambiental lesado. Saliente-se que esta concepção de patrimônio difere da Versão clássica de propriedade, pois o bem ambiental, em sua versão de macrobem, é de interesse de toda coletividade. Entretanto, aplica-se a versão clássica de propriedade quando se tratar de microbem ambiental, pois diz respeito a um interesse individual e a um bem 2. Dano extrapatrimonial ou moral ambiental, quer dizer, tudo que diz respeito à sensação de dor experimentada (Chaves, 1985, p. 607) ou conceito equivalente em seu mais amplo significado ou todo prejuízo não patrimonial ocasionado à sociedade ou ao indivíduo, em virtude da lesão do meio ambiente".
4) Os interesses objetivados	4) Considerando os interesses objetivados na tutela jurisdicional pretendida	a) dano ambiental de interesse da coletividade; b) dano ambiental de interesse subjetivo fundamental; c) dano ambiental de interesse individual.	"1. de um lado, o interesse da coletividade em preservar o macrobem ambiental e sendo, entao, chamado de dano ambiental de interesse da coletividade ou de interesse público; 2. de outro lado, o interesse particular individual próprio, ambos relativos às propriedades das pessoas e a seus interesses (microbem), concernente a uma lesão ao meio ambiente que se reflete no interesse particular da pessoa (Mirra, 1997, p. ll)".

Fonte: (MORATO LEITE, 2015).

Ao que conclui Morato Leite, que o dano ambiental "deve ser compreendido como toda lesão

intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem". (p. 108).

Nesse interim, comenta ainda Milaré, (2000, p. 333) que a "reparação e a repressão ambientais representam atividade menos valiosa que a prevenção". Pois, aquelas cuidam do dano que já fora causado e, portanto, o remédio é o ressarcimento, e esta, volta a atenção para momento do mero risco, o momento anterior, há, portanto, ação inibitória. Com o que também concorda Steigleder, (2017, p. 165) quando há prática de atividades perigosas, a atuação deve ser precaucional e quando já houveram danos ou a exposição do meio ambiente a perigos concretos decorrentes da atividade, então a atuação deve ser preventiva.

Afirme-se, que os agentes devem internalizar os custos sociais das externalidades da degradação ambiental, e que necessariamente devem ser levados em consideração no processo produtivo, assim como a reparação integral-total do dano, sem preocupação com o custo, pois se auferem os cômodos/os lucros, devem suportar os encargos/o ônus.

A questão do ressarcimento do dano, na área ambiental, foge da concepção clássica, tradicional, pela qual, somente a parte que ingressa em juízo que deve ser ressarcida, pois, trata-se de interesses difusos, pois se está a tratar de bem de uso comum do povo, incorpóreo, imaterial, indivisível e insusceptível de apropriação exclusiva. (MIRRA, 1997, p. 20). Portanto, bem de interesse jurídico autônomo, portanto, reparável, mesmo não preenchendo os pressupostos tradicionais da configuração do dano.

Então, as medidas que devem ser adotadas para uma efetiva reparação civil do dano ambiental são: a reparação propriamente dita, a supressão do fato danoso, com a cessação da atividade causadora do dano, a restauração natural, [quando possível], a compensação de danos extrapatrimoniais e também as indenizações. Pois, no campo da responsabilidade civil, essa se concretiza com a obrigação de fazer ou não-fazer e no pagamento de soma em dinheiro (revertida para o Fundo (artigo 13 da Lei 7.347/85).

Dessa feita, cumpre lembrar que o artigo 4º da Lei nº. 6.938/1981, dispõe sobre a obrigação do degradador de "recuperar e/ou indenizar os danos causados". Essa também deve ser a interpretação quanto ao disposto no §1º do artigo 12 do art. 14 da lei

Art. 2º da Lei nº 6.938/1981 A Política Nacional do Meio Ambiente, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios...[15] Por outro lado, cumpre lembrar que a Lei nº 6.902/1981 dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental no seu artigo 9º, § 2°.[16]

Importante mencionar ainda, a diferença entre as duas formas de restauração, ou seja, a recuperação *in natura* ou restauração ecológica, e compensação ecológica. Por um lado, entende-se por recuperação *in natura* ou restauração ecológica, que deve ser realizada de acordo com as normas do § 2º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, por órgão público competente, com plano de recuperação (CANOTILHO, 1994, p. 404), que segundo Steigleder (2017, p. 213) "diante da desproporção entre os custos da reparação *in natura* e os benefícios dela obtidos, pensa-se ser adequada à substituição da reparação *in situ* por uma compensação ecológica em outro local, que proporcione funções ecológicas equivalentes". Por conseguinte, o dever de indenizar, vem expresso no Código Civil de 2002, quando aduz no artigo 927 a obrigação, de

[15] Art. 2º, VIII - recuperação de áreas degradadas. Art. 4º, VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; Art. 4º, VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

[16] Traz: "Nas Áreas de Proteção Ambiental, o não-cumprimento das normas disciplinadoras previstas neste artigo sujeitará os infratores ao embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas usadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior e à imposição de multas graduadas de Cr$ 200,00 (duzentos cruzeiros) a Cr$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), aplicáveis, diariamente, em caso de infração continuada, e reajustáveis de acordo com os índices das ORTNs - Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional".

dar[17], fazer[18] e não fazer[19]. (TARTUCE, 2013, p. 44).

4 INTERPRETAÇÃO ATIVISTA[20] DO STJ E DEMAIS TRIBUNAIS.

Seguem abaixo, algumas ementas de julgados do STJ, e de outros tribunais, sobre a importância do termo INTEGRAL, e o que em termos práticos está abrangido/inserido.

Primeiro: Um dos mais importantes julgados sobre o tema, o REsp. de nº 1.198.727 de Minas Gerais, de relatoria do ministro Herman Benjamin, em 2012, numa Ação civil pública, sobre o desmatamento de vegetação nativa sem autorização da autoridade ambiental. Cujos danos causados à biota foram extremamente graves, servindo os princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e do usuário-pagador para conduzir o rumo da interpretação, veja-se:

> ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA *REPARAÇÃO INTEGRAL*, DO *POLUIDOR-PAGADOR* E DO *USUÁRIO-PAGADOR*. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). *REDUCTION AD PRISTINUM STATUM*. DANO AMBIENTAL

[17] "A obrigação positiva de dar (*obligatio ad dadum*) pode ser conceituada como aquela em que o sujeito passivo compromete-se a entregar alguma coisa, certa ou incerta [...] A obrigação de dar, pelo que consta no atual Código Civil, é subclassificada em duas modalidades: a) obrigação de dar coisa certa, também denominada *obrigação específica*; b) obrigação de dar coisa incerta ou *obrigação genérica"*. (TARTUCE, 2013, p. 44).

[18] "A obrigação de fazer (*obligatio ad faciendum*) pode ser conceituada como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor [...] A obrigação de fazer pode ser classificada da seguinte forma: a) *Obrigação de fazer fungível*, que é aquela que ainda pode ser cumprida por outra pessoa, à custa do devedor originário [...] b) *Obrigação de fazer infungível*, que é aquela que tem natureza personalíssima ou *intuitu personae*, em decorrência de regra constante do instrumento obrigacional ou pela própria natureza da prestação". (TARTUCE, 2013, p. 59).

[19] "A obrigação de não fazer (*obligatio ad non faciendum*) é a única obrigação negativa admitida no Direito Privado Brasileiro, tendo como objeto a abstenção de uma conduta. Por tal razão, havendo inadimplemento, a regra do art. 390 da codificação atual merece aplicação, pela qual 'nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato que deveria se abster'. O que se percebe é que o descumprimento da obrigação negativa se dá quando o ato é praticado". (TARTUCE, 2013, p. 65).

[20] Para Barroso: "**A locução "ativismo judicial" foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal***, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., The Supreme Court: 1947, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review 92:*1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: "Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano". (BARROSO, p. 9, nota 22).

Ainda para Barroso: *"**Ativismo judicial*** é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios". (BARROSO, p. 9-10).

INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo **dano ecológico pretérito e residual**. 2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser **interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma**. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio ***in dubio pro natura***. 3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir *prioridade* da recuperação *in natura* do bem degradado com *impossibilidade de cumulação simultânea* dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer). 4. De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influi, como regra, na responsabilização civil, tirantes as exceções em *numerus clausus* do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil. 5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da **reparação *in integrum***, admite-se a condenação do réu, **simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar**. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção "ou" opera com *valor aditivo*, não introduz *alternativa excludente*. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados). 6. **Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao *status quo ante* (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização.** Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*. 7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável "risco ou custo do negócio", acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. 8. **A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo**. 9. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível. 10. Essa *degradação transitória, remanescente* ou *reflexa* do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadiço de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= *dano interino* ou *intermediário*), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= *dano residual* ou *permanente*), e c) o *dano moral coletivo* . Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o *proveito econômico* do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a *mais-valia ecológica ilícita* que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial). 11. No âmbito específico da responsabilidade *civil* do agente por desmatamento ilegal, irrelevante se a vegetação nativa lesada integra, ou não, Área de

> Preservação Permanente, Reserva Legal ou Unidade de Conservação, porquanto, com o dever de reparar o dano causado, o que se salvaguarda não é a localização ou topografia do bem ambiental, mas a flora brasileira em si mesma, decorrência dos excepcionais e insubstituíveis serviços ecológicos que presta à vida planetária, em todos os seus matizes. 12. De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de *prévia e válida autorização* do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária).13. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, **de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar** (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur*. [RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.727 - MG (2010/0111349-9) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN - 14 de agosto de 2012 (data do julgamento)]. (Grifou-se).

Esse com certeza, é um dos mais importantes julgados no que tange a "Integralidade", pois a interpretação sempre deve ser realizada observando "no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma", visto que a hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*. Ou seja, em favor da natureza. Adverte-se, que não se "deve confundir *prioridade* da recuperação *in natura* do bem degradado com *impossibilidade de cumulação simultânea* dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não-fazer)".

Destaque-se por oportuno, o que inclui a degradação transitória, remanescente ou reflexa, [no caso em tela] consiste em: a) o prejuízo ecológico - o vínculo entre a ação ou omissão danosa e a efetiva recomposição/restabelecimento da biota. [Muitas vezes difícil em termos práticos, pois pode levar anos, até mesmo décadas] até o restabelecimento; b) a ruína ambiental que continua, ainda que todos os esforços tenham sido aplicados; c) e o dano moral coletivo.

Por tudo, afirme-se que a jurisprudência do STJ firmou entendimento nacional sobre a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, segundo a Lei 7.347/85 da Ação Civil Pública e da Lei 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente.

Segundo: o STJ quando aborda o princípio da reparação integral do dano ambiental, com a recomposição, e o princípio *in dubio pro natura*, assim decidiu no REsp de nº 1.328.753 de Minas Gerais de relatoria do Min. Herman Benjamin, julgado em 2013:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. CUMULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE RECOMPOSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo. Isso porque vigora em nosso sistema jurídico o princípio da **reparação integral do dano ambiental**, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Ademais, deve-se destacar que, embora o art. 3º da Lei 7.347/1985 disponha que "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", é certo que a conjunção "ou" – contida na citada norma, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 – opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa excludente. Em primeiro lugar,

> porque vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública – **importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio amb**iente –, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos. Em segundo lugar, porque incumbe ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental – recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações –, levar em conta o comando do art. 5º da LINDB, segundo o qual, ao se aplicar a lei, deve-se atender "**aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**", cujo corolário é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda **interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura**, haja vista que toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. **Por fim, a interpretação sistemática das normas e princípios ambientais leva à conclusão de que, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado, isto é, restabelecido à condição original, não há falar, como regra, em indenização**. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro, de restauração in natura nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no âmbito da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano. Cumpre ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, **equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação in natura do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer).** (REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013. Informativo nº 0526). (grifou-se)

Comente-se, que imperante, a cumulatividade das obrigações de recompor o meio ambiente degradado, [fazer, de não fazer e [e não ou] de indenizar] não é uma opção [e/ou] assim como do pagamento de quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo, justamente por vigorar, na sistemática brasileira a reparação integral do dano ambiental.

Nesse Recurso Especial nº 1.328.753-MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, - **considerado paradigma**[21] - pois de fato verificou e enfrentou a possibilidade de cumulação entre: as obrigações de indenização e recuperação do dano ambiental. Na oportunidade foi dada interpretação aos artigos 4º e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, assim como à Lei da Ação Civil Pública de 1985 "no sentido de que a pena aplicada ao causador de dano ambiental seria de reparação ou indenização do dano ocasionado, admitindo-se a indenização em dinheiro somente quando a reconstituição não fosse viável". Tendo o Min. Herman Benjamin discordado do entendimento até então dado pelo TJMG. Pois firmou o entendimento da "possibilidade de cumulação das obrigações de recuperar e indenizar", cujo fio condutor usado pelo ministro foi: "se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao *status quo ante*, não há falar, em indenização". Frise-se que outros julgados seguiram esse entendimento, ou seja, "a cumulação das obrigações de recuperação e indenização é possível, mas não obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação da área degradada".

Terceiro: É o que pode e deve ser observado também em outro julgado, agora do TRF-2 de nº AC: 200251130004929, de relatoria do Des. Federal Aluísio Gonçalves De Castro Mendes, julgado em 2013, acerca da cumulação, e do aspecto da integralidade.

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E COMPENSAÇÃO PELOS DANOS AMBIENTAIS. PRIMAZIA DA RECUPERAÇÃO. ASPECTOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DO DANO AMBIENTAL. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E REPARAÇÃO INTEGRAL. 1 - Cinge-se a

[21] **Paradigma** segundo Thomas Kuhn ...físico e filósofo da ciência, no seu livro "A Estrutura das Revoluções Científicas" designou como paradigma as "realizações científicas que geram modelos que, por período mais ou menos longo e de modo mais ou menos explícito, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas exclusivamente na busca da solução para os problemas por elas suscitados." (KUHN, 1991. p. 1).

> controvérsia à possibilidade de cumulação de condenação à reparação da área degradada e à compensação dos danos ambientais. 2 - A recuperação ambiental é medida que melhor atende à conservação do equilíbrio ecológico, teleologia das normas ambientais, razão porque deve ser buscada, em primazia. 3 - A par disso, deve-se ter em conta que o dano ambiental apresenta múltiplas facetas. Além dos danos patrimoniais, há que se considerar os extrapatrimoniais. Em verdade, todos os efeitos provenientes da atividade lesiva devem ser objeto de reparação, pelo que à recuperação do ambiente degradado deve se somar a compensação dos danos ambientais, cuja importância, para além da reparação dos danos extrapatrimoniais, é verificada em sua finalidade pedagógica e preventiva. 4 - **A reparação almejada deve ser integral, deve compreender todos os aspectos do dano ambiental, entendimento este que melhor se alinha ao princípio do poluidor-pagador, a partir do qual se tem que o responsável pela degradação deve internalizar todos os custos com a prevenção e a reparação dos danos ambientais.** 5 - Os pedidos de condenação em obrigações de fazer e de indenização podem ser cumulados, sendo diverso o fundamento para cada um deles. O pedido de obrigação de fazer cuida da reparação in natura do dano ecológico puro e a indenização visa a ressarcir os danos extrapatrimoniais. 6 - É possível a cumulação do dever de reparar com o dever de indenizar, sendo que este último não se coloca, no caso concreto, como solução substitutiva à reparação, o que somente se admitiria na hipótese de impossibilidade de reconstituição do bem ambiental, mas sim como complemento à reparação necessária, a fim de que essa alcance as diversas faces do dano ambiental. 7 - Apelação provida. (TRF-2 - AC: 200251130004929, Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 30/04/2013, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 10/05/2013). (grifou-se).

Note-se, que a reparação deve ser a integral, e deve compreender todos os aspectos do dano ambiental, [de internalização de custos]. Com a condenação em obrigações de fazer e de indenização. Sendo que [no caso em tela] a obrigação de fazer cuida da reparação in natura do dano ecológico puro e a indenização visa a ressarcir os danos extrapatrimoniais. A indenização, não substitui de forma alguma a reparação, a não ser que fosse impossível a reconstituição do bem ambiental.

Quarto: Por conseguinte, em outro julgado de Minas Gerais em 2014, adverte-se: um mesmo dano ambiental pode atingir tanto a esfera moral individual como a esfera coletiva, acarretando a responsabilização do poluidor em ambas [claro, sempre se observando o nexo causal]:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA EMISSÃO DE FLÚOR NA ATMOSFERA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE OCORRER DANOS INDIVIDUAIS E À COLETIVIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável. 3. A premissa firmada pela Corte de origem, de existência de relação de causa e efeito entre a emissão do flúor na atmosfera e o resultado danoso na produção rural dos recorridos, é inafastável sem o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ. 4. É jurisprudência pacífica desta Corte o entendimento de que um mesmo dano ambiental pode atingir tanto a esfera moral individual como a esfera coletiva, acarretando a responsabilização do poluidor em ambas, até porque a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível. 5. Na hipótese, a leitura da exordial afasta qualquer dúvida no sentido de que os autores - em sua causa de pedir e pedido - pleiteiam, dentre outras, a indenização por danos extrapatrimoniais no contexto de suas esferas individuais, decorrentes do dano ambiental ocasionado pela recorrente, não havendo falar em violação ao princípio da adstrição, não tendo a sentença deixado de apreciar parcela do pedido (citra petita) nem ultrapassado daquilo que fora pedido (ultra petita). 6. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). 7. Recurso especial a que se nega provimento. [REsp 1.175.907/MG-T4 - QUARTA TURMA- DJe 25/09/2014]. (Grifou-se).

Cabe frisar, que justamente o dano ambiental pode atingir as duas esferas, a moral individual e/ou a coletiva, o que traz para o poluidor a responsabilização de plano nas duas, pois a reparação ambiental deve ser feita de forma ampla, o mais completa possível.

Quinto: No mesmo sentido, em outro julgado de São Paulo em 2014, no qual se aduzem os lucros cessantes, justamente pela responsabilidade por danos ambientais, ser objetiva, independe de culpa, baseada na teoria do risco integral, [claro, sempre se observando o nexo causal], daí a necessidade também da inversão do ônus da prova:

> DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INTEGRAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO. 1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no códice civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes. 2. Demandas ambientais, tendo em vista respeitarem bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicam uma **atuação jurisdicional de extrema complexidade**. 3. O Tribunal local, em face da complexidade probatória que envolve demanda ambiental, como é o caso, e diante da hipossuficiência técnica e financeira do autor, entendeu pela inversão do ônus da prova. Cabimento. 4. A agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido. [AgRg no REsp 1.412.664 / SP -T4 - QUARTA TURMA-DJe 11/03/2014]. (Grifou-se).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível, sendo que as demandas na seara ambiental, devem respeitar o bem ambiental com titularidade difusa, cuja responsabilidade civil ambiental é objetiva, baseada na teoria do risco integral, e por isso "implicam uma atuação jurisdicional de extrema complexidade" [como no caso]. Complexidade probatória, por isso a inversão do ônus, além da hipossuficiência técnica e também econômica do autor.

Sexto: Nessa linha, importante frisar, o destaque dado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no AgRg no Ag nº 1.365.693/MG, de 2016.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte entende que, em se tratando de dano ambiental, é possível a **cumulação da indenização com obrigação de fazer, sendo que tal cumulação não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.** 2. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que seria possível a recuperação do ecossistema agredido, pelo que inaplicável a indenização pleiteada. Assim, para rever tal conclusão, necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido. (STJ - AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 10/10/2016). (grifou-se).

Ou seja, resta mais uma vez evidente, a possibilidade de cumulação da indenização com obrigação de fazer, (ainda que não obrigatória), todavia, [no caso em tela] resta possibilidade de recuperação total da área degradada, ou seja, a recuperação do ecossistema agredido. Vale mencionar, inaplicável no caso a indenização.

Sétimo: Para corroborar com os demais julgados, no REsp nº 1.516.278 de Santa Catarina de 2015, julgado em 2017 de relatoria no Min. Herman Benjamin:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Arzão Marconde de Oliveira Rodrigues visando à condenação do réu**: a) à demolição do galpão para manejo de gado construído dentro do Parque Nacional de São Joaquim, incluindo a retirada dos entulhos decorrentes desta demolição; b) à recuperação da área degradada, mediante projeto de recuperação que deverá ser elaborado por profissional habilitado e c) ao pagamento de indenização pelos danos causados aos interesses difusos,** a ser revertido em favor do fundo do artigo 13 da Lei 7.347/1985. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, não fazer e indenizar. Nesse sentido: REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010, AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011, AgRg no REsp 1.415.062/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/5/2014, e AgRg no AREsp 202.156/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/08/2013. 3. Recurso Especial provido, restaurando-se, nesse ponto, a sentença. (Grifou-se). (REsp nº 1.516.278 Rel. Min. Herman Benjamin, SC, 2015, julgado em 2017).

Destaque-se no caso em tela: "a) à **demolição** do galpão para manejo de gado construído dentro do Parque Nacional de São Joaquim, incluindo a retirada dos entulhos decorrentes desta demolição; b) à **recuperação da área** degradada, mediante projeto de recuperação que deverá ser elaborado por profissional habilitado e c) ao **pagamento de indenização** pelos danos causados aos interesses difusos", ou seja, cumulação das obrigações de fazer e pagar.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil ambiental no Brasil, é objetiva, baseada na teoria do risco integral, bastando a comprovação do nexo causal... que é fundamental. Tem cunho reparatório, por isso, o sistema dos RR's: reposição, recomposição, a reconstituição, a reintegração dos bens ambientais lesados, pois a prioridade máxima é a reparação, é a restauração natural, é retornar ao *status quo ante* do meio ambiente, como se não houvesse ocorrido o dano, quando possível.

Por isso a sistemática brasileira, por meio da doutrina e principalmente da jurisprudência, ainda que não uníssona, tem avançado [mais do que retrocedido] nos últimos anos. Pois, se pensarmos na proteção ambiental desde a década de 1970, quando mundialmente [Estocolmo 1972] se falava em proteger/preservar o meio ambiente, no Brasil, essa noção de proteção demorou um pouco mais, talvez com a Rio 92, os brasileiros [sentindo-se preparados e inseridos no contexto mundial] começassem a pensar sobre a proteção, mais ou menos como já ocorria em nível mundial. Eu diria, nem 1972, nem 1992, quiçá.... Rio mais 20 [2012].

Exageros à parte, no Brasil hoje, existe um comprometimento com o AMBIENTE, com as presentes e futuras gerações, a começar pela educação ambiental [outrora esquecida, renegada a segundo plano] sua proteção, preservação, responsabilização, principalmente por meio da doutrina e da jurisprudência, que tem demonstrado essa necessidade de preservar/reparar/restaurar/restabelecer/retornar/reavaliar/redimensionar/revitalizar/recondicionar/retribuir/revalidar/re...re...

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2 e.d. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1965.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Derecho ambiental**: fundamentacion y normatividade. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ANTUNES, Paulo de Bessa**. Direito Ambiental**. 18. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2016.

BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição e Justiça**. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2. Acesso em: 20 mai. 2018.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Corrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, p. 44, jan./mar. 1998.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **A constituição aberta**. 3 ed. Belo Horizonte: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013. Informativo nº 0526.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ, 2ª T. REsp 1.145.083/MG j. 27/9/2011. Rel. min. Herman Benjamin.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 10/10/2016).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.412.664 / SP -T4 - QUARTA TURMA-DJe 11/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.175.907/MG-T4 - QUARTA TURMA- DJe 25/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.727 - MG (2010/0111349-9) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN - 14 de agosto de 2012 (data do julgamento)]. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23530894/recurso-especial-resp-1198727-mg-2010-0111349-9-stj/relatorio-e-voto-23530896?ref=juris-tabs. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.516.278 Rel. Min. Herman Benjamin, SC, 2015, julgado em 2017). Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/38221955 Acesso em: 20 mai. 2018.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson, 2004.

CAFFERATTA, Nestor; GOLDENBERG, Isidoro. **Daño Ambiental**: problemática de su determinanción causal. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas do (Coord.). **Direito do ambiente**. Oeiras: Instituto de Administração, 1994.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Elcano Navarro: Arazandi, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano. 2, v. 5, p. 05-41, jan./mar.,1997.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**.

Campinas, São Paulo: Millennium, 2006.

DERGINT, Augusto do A. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAND, Martín Risso. **Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdicional**. 2. ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1991.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995.

_____. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**. Tübingen: J. C. B. Mohr,1960.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas. Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryky de Araújo. Dano Ambiental: **Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 4. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

LINARES, Juan Francisco. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental democrático de direito**. Porto Alegre: Dissertação (Mestrado), Faculdade de direito, PUCRS, 2006.

MORATO LEITE, José Rubens. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **O STJ e a jurisprudência ambiental**: entre avanços e retrocessos. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/download/.../1350. Acesso em: 20 mai. 2018.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 1984.

RODRIGUEIRO, Daniela. **Dano Moral Ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula Geral de Risco e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores** - Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Disponível em:http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/Dout25anos/article/view/1118/105.2. Acesso em: 05 mai. 2017.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra editora, 1998.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Edição revista, atualizada e ampliada do livro Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial – Doutrina e jurisprudência.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição**: limites e perspectivas da revisão. Porto Alegre: Rigel, 1993.

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 2

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITO DE DIREITO: UM REQUISITO PARA A MANUTENÇÃO DA SUSTENTABILIDADE.

COMPANY ANIMALS AS SUBJECT OF RIGHTS: A REQUIREMENT FOR THE MAINTENANCE OF SUSTAINABILITY.

Paloma Rolhano Cabral[1]

RESUMO: As novas perspectivas ambientais a partir do século XIX trazem mudanças significativas acerca do cenário ambiental do planeta. Não obstante a concretização da Revolução Industrial e o desenvolvimento econômico dos países, o meio ambiente não se deixou ser esquecido – inúmeras catástrofes ecológicas fizeram lembrar que essa questão deveria ser examinada com cautela. Como consequência da necessidade de mudança da manutenção desses parâmetros de crescimento em termos ambientais, a legislação é alterada de forma substancial, a fim de proteger a fauna e a flora. O mundo agora percebe a importância de um desenvolvimento sustentável – não somente para a satisfação dos bolsos dos homens, mas para a sobrevivência do planeta. No Brasil, a preocupação com a sustentabilidade cresce em escala tão grande, que a própria Constituição Federal de 1988 traz um dispositivo especifico sobre o tema, positivando o direito à sustentabilidade como um princípio constitucional a ser respeitado e utilizado como diretriz nas condutas da ordem econômica e do desenvolvimento do país.Em virtude do referido princípio temos que a proteção à fauna também está sob o manto constitucional, haja vista disposição expressa da Carta Magna. A previsão constitucional acerca da vedação do tratamento cruel em face dos animais não-humanos traz um novo requisito de nível constitucional sobre o comportamento a ser dispendido sobre os não-humanos dentro do panorama de diretrizes sustentáveis. O meio ambiente necessita da fauna para sobreviver. Desta forma, a importância dos animais não-humanos cresce no âmbito jurídico, sendo o reconhecimento de seu status jurídico um requisito para a implementação do direito à sustentabilidade.

Palavras-chave: Direito dos Animais. Sustentabilidade. Direito Constitucional. Direito Ambiental. Vedação da Crueldade.

1 INTRODUÇÃO

Com as grandes mudanças no cenário ambiental a partir do início do século XIX, o mundo e os planejamentos de governo começam a ter preocupações consideráveis sobre proteção do meio ambiente. O desenvolvimento sustentável torna-se um objetivo comum para o futuro do planeta. Estudos científicos passam a ser publicados sobre o tema e a sustentabilidade é então trazida como um direito.

O Brasil busca essa inovação em sua Constituição Federal a partir de 1988, consumando a sustentabilidade como um principio constitucional a ser respeitado. A questão inova-se cada vez mais conforme os estudos sobre o tema são aprofundados. Ao falarmos sobre sustentabilidade, demonstra-se imprescindível a conservação das espécies animais para um ecossistema equilibrado e saudável. A ciência aponta os animais não-humanos como um dos principais elementos para a manutenção da sustentabilidade.

Desta forma, ao considerarmos o plano jurídico brasileiro – o principio constitucional da proteção da sustentabilidade bem como a vedação da crueldade em face aos animais não-humanos-, tem-se que é possível reconhecer o animal não-humano como um sujeito de direito, a fim de cumprir o principio da sustentabilidade no direito constitucional brasileiro.

[1] Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC-RS. 2011), mestranda em Direito (Universidade Lasalle) e Advogada.

2 O SURGIMENTO DA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL E O FUTURO DO PLANETA.

A partir do século XIX, o mundo passou por diversas mudanças importantes a nível de meio ambiente. Um dos primeiros casos emblemáticos foi o da região de Niagra Falls, Nova York, nos EUA. Tal caso teve notória importância no crescimento do movimento social pela Justiça Ambiental, em virtude da luta local contra a poluição por dejetos químicos. Em 1882, o empreendedor William T. Love propôs um projeto para conectar as partes alta e baixa do Rio Niagra por meio de um canal. Entretanto, em 1920, o projeto foi abandonado e a área escavada foi vendida, tornando-se um imenso depósito de lixo, inclusive químico e bélico, até 1953. Nessa data, o canal foi coberto com terra e começou a ser urbanizado e ocupado com moradias.

Alguns anos depois, em 1970, a comunidade lá estabelecida passou a identificar a ocorrência de diversas doenças. Após descobrir a procedência do local onde a comunidade tinha sido construída, os moradores fundam Love Canal Homeowners Association, a fim de pressionar as autoridades políticas e juntas fundos para evacuação dos moradores locais. Menos de um mês depois, o governador do estado realocou definitivamente essas famílias e comprou suas casas. Em 1980, um estudo realizado pela Environmental Protection Agency demonstrou que os moradores da região do Love Canal demonstravam uma quebra cromossômica anormal e grandes chances de contraírem cânceres, demonstrando as consequências imensas de um meio ambiente inseguro e em desequilíbrio.

É imprescindível ressaltar que no século XX, em meados da década de 60, um novo movimento social é formado reivindicando direitos civis às populações afrodescendentes, tendo em vista a exposição humana à contaminação tóxica de origem industrial - a exemplo da cidade de Afron, localizada no estado da Carolina do Norte. Sua população era composta por 60% (sessenta) por afrodescendentes que viviam em situação de extrema pobreza e situação precária que foi agravada quando, em 1982, o governador decidiu implantar na região um depósito para resíduos de policlorobifenilos (PCB). Tal manobra política ensejou diversos protestos pacíficos, apoiados nacionalmente. O movimento social chamou atenção para o fato de que a distribuição das externalidades ambientais negativas era profundamente desigual e que o componente racial era fator determinante nessa equação.

O caso Afron foi considerado o marco do surgimento da justiça ambiental, motivando um estudo surpreendente, por parte da U.S General Accouting Office, que concluiu que 75% das áreas nas quais os aterros comerciais de resíduos perigosos de uma região dos EUA se encontravam em comunidades afroamericanas, contrastando com o fato delas representarem apenas 20% (vinte por cento) da região (RAMMÊ, 2012). A perspectiva da justiça ambiental nos EUA é, conforme Alier (2009, pg. 215-238), "fruto de um movimento social organização contra casos locais de racismo ambiental, possuindo fortes vínculos com o movimento dos direitos civis de Martin Luther King.". Portanto, ainda que haja divergência por parte da doutrina acerca da origem da Justiça Ambiental, pode-se dizer que essa expressão está diretamente ligada aos movimentos sociais em defesa dos direitos de populações discriminadas por questões raciais e expostas a riscos de contaminação tóxica, por habitarem regiões próximas de grandes depósitos de lixo tóxico ou às grandes indústrias emissoras de efluentes químicos.

A partir de 1990, a difusão do movimento ambiental para além das fronteiras norte-americanas ganhou força, a partir da divulgação de um memorando de circulação restrita aos quadros do Banco Mundial. O caso que ficou conhecido como Memorando Summers (RAMMÊ, 2012) trouxe à tona diversas questões ambientais importantes. Lawrence Summers, economista chefe da instituição, apontava 3 (três) razões para que os países pobres fossem o destino dos polos de maior impacto ao meio ambiente, sendo elas, conforme asseveram Acselrad, Mello e Bezerra (2009, pg. 7-8):

> A primeira delas: o meio ambiente seria uma preocupação estética, típica dos países ricos; a segunda: os indivíduos mais pobres, na maioria das vezes, não vivem tempo suficiente para sofrer os efeitos da poluição ambiental; e a terceira: pela lógica econômica de mercado, as mortes em países pobres têm um custo mais baixo do que nos países ricos, pois seus moradores recebem menores salários.

Com o vazamento dessa informação, a expansão global das lutas por justiça ambiental consolidou uma rede multicultural e multirracial internacional denominada Ecologismo dos Pobres, que buscou articular direitos civis junto aos mais diferentes grupos sociais. Apontou o problema do crescimento econômico

desfreado sem uma logística ambiental, salientando os grandes impactos ao meio ambiente, bem como a questão do deslocamento geográfico das fontes e recursos das áreas de descarte dos resíduos, o que poderia afetar fundamentalmente a subsistência humana.

No Brasil, apesar da expressão justiça ambiental ainda ser recente, lutas ambientais vêm sendo travadas desde 1970, como o repúdio à utilização de agrotóxicos, o movimento dos atingidos pelas barragens e de resistência de seringueiros. Ainda, tendo em vista a grande desigualdade social do país, bem como o fato da população ser formada por uma mistura de raças e culturas (ALMEIDA, 2009), juntamente com a busca pelo desenvolvimento econômico e a fragilidade político-institucional, o país acaba tornando-se um campo fértil para a ocorrência de inúmeras injustiças ambientais. A injustiça social e a discriminação de parcelas da população são percebidas no modelo etilista de apropriação do espaço territorial e dos recursos naturais da nação, bem como na exposição desigual da população brasileira à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento. (RAMME, 2012). Conforme revelam os estudos da Fiocruz e da Fase, no Brasil há uma maior ocorrência de conflitos socioambientais em áreas rurais do que em áreas urbanas, em razão de atividades produtivas ligadas ao agronegócio, mineração e grandes empreendimentos de infraestrutura, como hidrelétricas e rodovias. Apontam também que as principais populações atingidas pela injustiça ambiental são os moradores do entorno de aterros sanitários e lixões, bem como os operários e trabalhadores das indústrias.

Ainda, ao refletirmos sobre as questões ambientais do futuro, temos, a partir de estudos da Organização das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas, uma resposta para a humanidade perante a crise social e ambiental pela qual o mundo passou a partir da segunda metade do século XX. (BARBOSA, 2008). Na Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD), a Conferência das Nações Unidas – também chamada de "Rio 92", desenvolveu um relatório que ficou conhecido como "Nosso Futuro Comum". Tal relatório trazia os resultados das pesquisas colhidas pela comissão ao longo de três anos de pesquisa e análise, destacando-se as questões sociais, principalmente no que se refere ao uso da terra, sua ocupação, suprimento de água, abrigo e serviços sociais, educativos e sanitários, além de administração do crescimento urbano.

Ao pensarmos em termo de futuro do planeta, o referido relatório traz uma das definições mais difundidas sobre o conceito sobre desenvolvimento sustentável: "o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades" (CMMAD, 1991). Interessante ainda ressaltar que o relatório traz não somente questões de recursos naturais, mas também afirma que questões econômicas também são um problema: de acordo com as pesquisas, a pobreza já pode ser considerada como um problema ambiental e como um tópico fundamental para a busca da sustentabilidade e do futuro do planeta. (BARBOSA, 2008).

Outro documento importante resultante de reunião dos países para discutir a questão ambiental foi a Carta da Terra, com uma grande participação de organizações não governamentais e representantes da sociedade civil. Ela traz importantes ressalvas sobre o meio ambiente e foi retificada pela UNESCO e aprovada pela ONU em 2002:

> Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações (A Carta da Terra, 2002).

Em que pese os esforços para mudanças comportamentais relacionadas ao meio-ambiente derivados desde o Relatório, as previsões acerca do cenário ambiental do futuro – em especial no Brasil-, é preocupante. Inicialmente, ressalta-se que em virtude de recorte teórico, opta-se aqui apenas por citar a questão da água – ainda que se tenha plena ciência da extensão do problema ambiental. Ao analisar os aspectos ambientais envolvendo água e dos danos provenientes da indústria, é preciso analisar situações

recorrentes. Por exemplo, em termos de resíduos encontrados na água temos diversas formas de poluição. A agroindústria é uma delas. É atividade com forte potencial de poluição orgânica das águas, o que significa que uma usina de açúcar e álcool ou uma fábrica de papel e celulose, por exemplo, podem matar todos os peixes de um rio numa extensão de muitos quilômetros. (ZULAUF, 2000). A situação se agrava quando não é apenas uma usina, mas diversas ou muitas, em função da vocação econômica de um estado ou região. Ainda, em termos de poluição de água, temos a questão dos setores químico e de fertilizantes, uma vez que seus resíduos incorporam componentes tóxicos ou transformadores das características da água (ZULAUF, 2000)., podendo acumular-se na cadeia alimentar e causar danos pela ingestão de peixes ou crustáceos.

Diante do cenário descrito em termos de futuro, a questão ambiental vai ganhando força, haja vista a necessidade de manutenção do lugar onde o homem mora: o planeta Terra. Não se pode mais simplesmente excluir a questão das pautas de políticas públicas – é uma questão de sobrevivência. Dessa forma, temos que políticas legislativas e jurídicas são extremamente necessárias para a proteção do local onde vivemos.

3 SUSTENTABILIDADE: A NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL A SER OBSERVADO.

Sustenta-se que nesse cenário, sustentabilidade urbana é definida por Henri Acselrad como a capacidade das políticas urbanas se adaptarem à oferta de serviços, à qualidade e à quantidade das demandas sociais, buscando o equilíbrio entre as demandas de serviços urbanos e investimentos em estrutura (ACSELRAD, 1999). No entanto, também é imprescindível para a sustentabilidade urbana o uso racional dos recursos naturais, a boa forma do ambiente urbano baseado na interação com o clima e os recursos naturais, além das respostas às necessidades urbanas com o mínimo de transferência de dejetos e rejeitos para outros ecossistemas atuais e futuros. (BARBOSA, 2008).

Diante disso, tal cenário ambiental não pode deixar de ser observado pela Constituição Federal de 1988, que buscou trazer direitos ambientais para a população brasileira, em um capítulo dedicado apenas a esse tema. Considerando todos esses anseios, bem como diversos interesses políticos e econômicos - uma vez que o Brasil se encontra na primeira posição em patrimônio de biodiversidade do mundo (MEDEIROS, 2017) -, a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe diversas inovações no campo ambiental e animal, impondo ao legislador e aos aplicadores do direito (FREITAS, 1998) novas regras sobre o tema. O artigo 225, CF disciplina que:

> . Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição pátria aderiu a um novo plano no que se refere suas normas constitucionais, vez que construiu um capítulo específico acerca da proteção ambiental. (ROLHANO, 2017). O referido artigo 225 da CF/88 é a matriz de toda a proteção ecológica da Nação, afirmando o direito de todos ao acesso a um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, considerando-se, inclusive, como um direito fundamental, ante a sua íntima relação para com a efetivação da dignidade da pessoa humana. (MEDEIROS, 2017).

Acerca da efetividade da norma jurídica, defende Machado (2009. pg. 104) que a utilização do pronome *todos* pelo caput do aludido artigo "alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja", surgindo um direito subjetivo, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de cada um (MACHADO, 2009). Nesse sentido, SARLET (2014, p. 51) aduz que:

> (...) Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma dimensão ecológica – inclusiva – da dignidade humana, que a grande a ideia em toro de um abem estar ambiental (assim como de um bem-estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura.

Em que pese o artigo 225 tratar-se de um dispositivo antropocêntrico – pois deixa claro que a proteção é feita pelo homem para o homem (MEDEIROS, 2013), os seus incisos e parágrafos trazem conceitos que aproximam o texto constitucional do biocentrismo (MEDEIROS, 2013), havendo, segundo Machado (2005), "uma preocupação em harmonizar e integrar os seres humanos e biota". Referem os incisos e parágrafos em destaque do artigo em questão que:

> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
>
> § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
>
> § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas

Todo esse panorama demonstra a proteção constitucional ao meio ambiente, bem como trata sustentabilidade como um princípio a ser observado. Esse princípio visa buscar a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização do desenvolvimento material e imaterial, ambientalmente limpo e ético (FREITAS, 2012).

Conforme afirma Canotilho (p.07, 2009) a "sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere." Ainda, sustenta-se que o princípio da sustentabilidade é um princípio aberto carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas (CANOTILHO, 2009).

Desta forma, esse principio constitucional busca trazer também que o desenvolvimento sustentável não é uma contradição, haja vista que busca uma forma de organização dos comportamentos e ações humanas, a fim de que uma sociedade não viva às custas da natureza, tao pouco às custas de outros seres humanos ou às próximas gerações (CANOTILHO, 2009).

3. Os animais não-humanos sob o prisma do meio ambiente: o reconhecimento do status de sujeito de direito do animal como requisito para a manutenção da sustentabilidade.

Embora o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja expresso no catálogo do artigo 5º dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, trata-se de um direito fundamental do homem, possuindo correlação imediata com o direito fundamental à vida, sendo o ambiente ecologicamente equilibrado condição à proteção desta.

Na mesma seara, Medeiros (2004, p. 110) assevera que:

> (...) a norma constitucional prevista no § 2° do artigo 5° revela a possibilidade da existência de direitos fundamentais, ou mesmo de deveres fundamentais, tanto em sentido formal quanto material, mesmo para além dos previstos no Título II de nossa Constituição.

A partir dessa perspectiva, o direito fundamental de proteção ambiental bem como o princípio constitucional da sustentabilidade, temos uma composição de um direito que se apresenta de uma nova ótica, pois procura trazer em sua estrutura um direito-dever, calcado na terceira dimensão dos direitos fundamentais (MEDEIROS, 2013). Repise-se que o constituinte albergou o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira dimensão no artigo 225, bem como expressou, no inciso VII, a proteção à vida e a proibição de maus-tratos e crueldade aos animais, concedendo direitos aos animais. A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, portanto, dever do Poder Público e dever da coletividade, bem como cabe a estes proteger a fauna, a flora, impedir práticas cruéis, que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem sua extinção

Ressalta-se que quando falamos em sustentabilidade, os animais encontram-se na seara de imprescindibilidade da manutenção de um meio ambiente equilibrado. Vejamos: Quando um ecossistema perde uma espécie-chave, abre-se caminho para o que ecologistas chamam de cascata trófica— um efeito borboleta que desce em espiral na cadeia alimentar. Um estudo de caso bem documentado sobre este fenômeno é o do lobo cinzento, que já foi um dos animais mais bem distribuídos do mundo. Historicamente, estes lobos percorreram todo o norte de metade das Américas, mas por volta do século XX, campanhas de caça eliminaram a espécie de 48 estados dos Estados Unidos. (STONE, 2015)

Antes da extinção, o lobo cinzento americano era o principal predador de cervos, alces, bisões e caribus, além de muitos outros mamíferos menores. Quando os lobos desapareceram, o número de cervos disparou, com algumas populações registrando seis vezes o tamanho original (STONE, 2015). Eis que o problema da sustentabilidade se apresentou: com o número de cervos potencializado, eles passaram agir como cortadores de grama - destruindo cascas de árvore e acabando com certas plantas. A ausência das cascas de arvores e plantas acaba por diminuir a quantidade de carbono que uma floresta armazena, impactando na diversidade das plantas, além de enfraquecer a resistência da floresta a futuros distúrbios. Repisa-se ainda que recente reintrodução de lobos ao Parque Nacional de Yellowstone permitiu que algumas das áreas anteriormente devastadas pelos cervos se reflorestassem, o que aumentou absorção de carbono da floresta. (STONE, 2015).

Dentro desse panorama, a noção de reconhecimento de deveres fundamentais do animal humano aos animais não-humano torna-se necessário a fim de que o princípio da sustentabilidade seja observado. Nesse sentido, ressalta-se mais uma vez que a própria constituição prevê a vedação de tratamento cruel em face dos animais não-humanos. E ao fazer isso, a Constituição Brasileira traz um novo requisito de nível constitucional sobre o comportamento dos humanos a ser dispendo sobre os não-humanos. Medeiros (2013, p. 114) assevera que:

> Em face da existência do reconhecimento de um valor intrínseco para as demais formas de vida, **reconhece-se um dever moral e um dever jurídico dos animais humanos para com os animais não humanos**. E tais deveres se descrevem como deveres fundamentais. Portanto, os deveres fundamentais e, em especial, o dever fundamental de proteção aos animais não humanos se consubstanciam na necessidade de limitação e contenção da liberdade de atuação dos animais humanos, quando suas práticas não estiverem pautadas pelo respeito à vida e à dignidade de todos os membros da cadeia da vida.

Tal previsão demonstra a preocupação em atender princípios éticos de conduta e a mudança social vivida na contemporaneidade. Portanto, pode-se dizer que a Carta Maior traz no escopo do artigo 225 um requisito para a proteção ambiental: a proteção animal. Ainda, o dever de proteção ambiental é ampliado: há uma substancial preocupação em proteger os animais não humanos. Ao trazer tal preocupação para o artigo 225, o legislador constituinte busca não somente proteger o meio ambiente, mas também apontar requisitos formais para que essa proteção seja efetivada, de forma que podemos falar direitos para os animais.

Medeiros & Albuquerque (2013, p. 21) defendem que

> O grande desafio do Direito contemporâneo é conseguir abraçar os anseios de uma sociedade que está vivenciando mutações do seu modo de agir e de pensar em uma velocidade impressionante. Hodiernamente, (re)pensar a questão dos animais não-humanos e sua posição no ordenamento jurídico não é mais situação estabelecida em um pequeno nicho e, nessa seara, as provocações por enxergar o Direito de forma diferente é quase um imperativo. O direito à proteção constitucional do ambiente, consubstanciado na prerrogativa de usufruí-lo como um bem ecologicamente equilibrado é fruto da evolução dos direitos, tratando-se de um produto histórico, diferente da proteção jurídica de bens ambientais esparsos nas legislações anteriores. As normas jurídicas de proteção ambiental vêm em resposta a circunstancias sociais e históricas.

Portanto, em que pese os desafios do tema, inegável a intenção do legislador constituinte. Ao consolidar a proteção animal juntamente à proteção ambiental, a Constituição deu ao operador do direito um requisito formal para que a proteção ambiental fosse cumprida, concedendo um rol de direitos aos animais. Ainda que o ideal representado no *caput* do artigo 225, CF seja antropocêntrico, repisa-se que a preservação da vida humana só restará alcançada e protegida se o ecossistema, em sua plenitude de flora e fauna também estiverem. O equilíbrio só será obtido a partir da relação entre os seres e o ambiente que os recebe, sendo, portanto, um dever do Poder Público proteger a fauna e impedir práticas que coloquem em risco a função ecológica ou a extinção das espécies (MEDEIROS, 2013, p.54).

Ao falarmos em concessão de direitos aos animais, o reconhecimento do status desses seres como sujeito de direitos é corolário lógico da estrutura constitucional. O legislador constituinte trouxe duas inovações: a proteção ao meio ambiente e o principio da sustentabilidade. Ambos necessitam intrinsicamente da proteção animal, sob pena da ausência de sua observância ferir o dispositivo trazido na Carta Maior. Juntamente com tais determinações, temos ainda a vedação de crueldade em face dos animais não humanos, o que constitui um rol de direitos a esses seres. Desta forma, o reconhecimento do animal como sujeito de direito é um requisito para que a manutenção da sustentabilidade seja efetivada.

4 CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente remonta meados do século XIX, a partir de manifestações da sociedade ao tomar consciência de diversos problemas causados pela poluição das indústrias. A questão ambiental está intrinsecamente ligada a problemas sociais, de desenvolvimento econômico, pobreza entre outros fatores.

Ao buscar solucionar a questão da melhor forma possível, houve uma movimentação global sobre o tema. A partir de 1988, o Brasil passa a fazer parte dos países preocupados com a questão ambiental, de forma positivada constitucionalmente. Ao trazer um capítulo exclusivo para tratar da proteção ambiental, a Carta Maior brasileira também concebeu o principio da sustentabilidade como um direito fundamental.

A sustentabilidade e o direito a um meio ambiente equilibrado, em que pese não estarem no artigo 5º, encontram-se no rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão, haja vista ser uma consequência do direito à saúde e à vida – uma vez que sem um meio equilibrado, não é possível a manutenção de qualquer forma de vida. Nesse sentido, demonstra-se imprescindível a presença dos animais para a manutenção dos ecossistemas e consequentemente da sustentabilidade.

Tal previsão demonstra a preocupação em atender princípios éticos de conduta e a mudança social vivida na contemporaneidade. Portanto, pode-se dizer que a Carta Maior traz no escopo do artigo 225 um requisito para a proteção ambiental: a proteção animal. Ainda, o dever de proteção ambiental é ampliado: há uma substancial preocupação em proteger os animais não humanos, trazendo o legislador constituinte requisitos formais para que essa proteção seja efetivada, de forma que podemos falar direitos para os animais.

Ao reconhecer o animal por seu valor intrínseco no ecossistema, vedar a crueldade e aponta-lo como elemento necessário à sustentabilidade, a Constituição Federal concede um rol de direitos a esses animais – além, é claro, de toda a legislação infraconstitucional. Desta forma, o reconhecimento do animal não humano como sujeito de direito é um requisito do principio constitucional da sustentabilidade, uma vez que negar tais direitos ferem diretamente a disposição pátria. Em que pese a grande resistência acerca

da matéria por parte dos operadores do Direito, a norma não deixa margem para maiores discussões: os animais são sim protegidos e possuem grande importante no ecossistema, estando diretamente ligados a um meio ambiente equilibrado e consequentemente sendo necessários para a manutenção da sustentabilidade e portanto, sendo necessário o reconhecimento de um novo status jurídico para os mesmos, afim de que a Constituição Federal seja cumprida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ACSELRAD, Henri e LEROY, Jean P. **Novas premissas da sustentabilidade democrática.** Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. 1999.

ALBUQUERQUE, Letícia. MEDEIROS, Fernanda. **Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo**. *Publica Direito.* 2013. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b. Acesso em 18/05/17.

ALMEIDA, José Roberto Novaes de. **Desigualdades brasileiras: aspectos econômicos históricos.** In: PADUA, José Augusto. Desenvolvimento, justiça e meio ambiente. São Paulo: Peirópolis, 2009.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2009.

BAARS, B. J. **"There are no known differences in brain mechanisms of consciousness between humans and other mammals",** Animal Welfare, 10, Suppl. 1, pp. 31-40. 2001.

BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável.** In Revista Visões 4ª Edição, Nº4, Volume 1 - Jan/Jun 2008. Disponível em http://files.gtsustentabilidade.webnode.com/200000055-d44dfd5476/4ed_O_Desafio_Do_Desenvolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf . Acesso em 21/05/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne**, Barcelos ,n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso . Acesso em 23 maio 2018.

CMMAD – **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum**. 2a ed. Tradução de Our common future. 1a ed. 1988. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues . Acesso em 20/05/2018.

FREITAS. Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro.** Belo Horizonte: Editora Forum. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; NETO Jayme Weingartner; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural.** Canoas: Editora Unilasalle, 2017.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ROLHANO, Paloma. **O direito dos animais e as políticas de saúde pública no controle de zoonoses: uma crítica ao tratamento da leishmanoise**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais: CONPEDI, 2017. Disponível em http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/2059 .

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta da Terra. 2002.

RAMMÉ, Rogério Santos. **Da Justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: Conjecturas políticos-filosóficas para uma nova ordem ecológica**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STONE, Maggie. **Predadores do topo da cadeia alimentar podem ser os animais mais importantes do planeta.** 2015. Disponível em https://gizmodo.uol.com.br/predadores-do-topo-da-cadeia-alimentar-podem-ser-os-animais-mais-importantes-do-planeta/ . Acesso em 10/05/2018.

ZULAUF, Werner E.. O meio ambiente e o futuro. **Estud. av.**, São Paulo , v. 14,n. 39, p. 85-100, Aug. 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 18/05/2018 http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000200009.

A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL COMO RESPOSTA À COSMOVISÃO ANTROPOCENTRISTA

Délton Winter de Carvalho

Kelly de Souza Barbosa

RESUMO: É fato que o desequilíbrio na ordem natural do Planeta Terra muito se deve a interferência desmedida, irresponsável e imediatista do homem moderno sedento pelo lucro e acumulação, que resultou nos inúmeros eventos catastróficos e com o constante sentimento de alerta aos riscos socioambientais. Exsurge a preocupação (e ao mesmo tempo o dilema) intergeracional, global e regional para a proteção do meio ambiente sadio na sociedade (pós-)moderna. Neste contexto insere-se na análise da cosmovisão antropocentrista e ecocentrista, evoluindo o debate para a construção da ideologia da sustentabilidade e do desenvolvimento econômico sustentável, que em comum visam a incorporação de padrões ambientais no processo de crescimento econômico.

Palavras-chaves: Natureza. Antropocentrismo. Ecocentrismo. Sustentabilidade. Desenvolvimento Econômico Sustentável.

ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY AS AN ANSWER TO ANTHROPOCENTRIST COSMOVISION

ABSTRACT: It is a fact that the imbalance in the natural order of Planet Earth is due to the excessive, irresponsible and immediate interference of modern man thirsting for profit and accumulation, which has resulted in the many catastrophic events and with the constant feeling of alert to socio-environmental risks. It exudes the intergenerational, global, and regional concern (and at the same time the dilemma) for the protection of the healthy environment in (post-) modern society. In this context, it is part of the analysis of the anthropocentric and ecocentric worldview, with the debate evolving towards the construction of the ideology of sustainability and sustainable economic development, which aim to incorporate environmental standards in the process of economic growth.

Keywords: Nature. Anthropocentrism. Ecocentrismo. Sustainability. Sustainable Economic Development.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Revolução Industrial, os contornos da relação entre o homem e a natureza evidenciaram um ilusório grau de submissão da biosfera ao deleite da humanidade, olvidando-se o ser humano do fato de que ele, sob a concepção ambiental, é apenas mais um ser vivo que compõe o complexo sistema natural. E dada essa mutação social impulsionada pelo consumismo exacerbado, a humanidade pode ser considerada uma metástase potencialmente maligna à sobrevida do Planeta Terra.

Neste interino debruçou-se à analisar a cosmovisão antropocentrista e, posteriormente, a cosmovisão ecocentrista (ou biocentrista) na sociedade (pós-)moderna e o surgimento da ideologia da sustentabilidade e do desenvolvimento econômico sustentável.

Embora a sustentabilidade e o desenvolvimento econômico sustentável possuam similitudes (tais como: a visão holística e de longo prazo, preocupação com o bem-estar social global e regional, solidariedade intergeracional e integração da gestão ambiental no processo de desenvolvimento), as convicções e os objetivos professados por essas correntes se diferem e, inclusive, muito se concatenam com as cosmovisões

alhures que de alguma forma as influenciaram.

Utilizando os métodos dedutivo e descritivo, aliados às pesquisas bibliográfica e documental, no primeiro capítulo contextualizou-se a construção da cosmovisão antropocêntrica na (pós-)modernidade, bem como da cosmovisão ecocêntrica, verificando-se que atualmente vigora uma mescla entre as duas, denominada como antropocentrismo alargado.

Por sua vez, o segundo capítulo dedicou-se a apresentação dos principais aspectos histórico-sociais e teóricos que contribuíram para a consubstanciação do ecodesenvolvimento, ou melhor dizendo, sustentabilidade e, posteriormente, do desenvolvimento econômico sustentável. Postulados estes que já foram ou estão sendo incorporados nas agendas globais e regionais.

Notório que o homem moderno (sobretudo aquele pertencente ao Primeiro Mundo e/ou abastado economicamente) precisa mudar o estilo de vida antropocêntrico e inconsequente em relação ao consumo de recursos ambientais e serviços ecossistêmicos. Na atual emergência das mudanças climática, clama-se pela incorporação dos pressupostos ecocêntricos pela sociedade (pós-)moderna.

Não obstante a sustentabilidade e o desenvolvimento econômico sustentável apresentarem caminhos para essa mudança, ela precisa ser real, madura, rápida, eficaz e estar principalmente em consonância com a primeira, dado o risco de subversão que o crescimento econômico pode causar no desenvolvimento adjetivado como sustentável.

2 DA COSMOVISÃO ANTROPOCENTRISTA À (TENTATIVA) ECOCENTRISTA

Não é de hoje a discussão em torno do uso e exploração (com fins econômicos ou não) dos recursos naturais e serviços ecossistêmicos. Mas o que difere substancialmente as pautas hodiernamente aduzidas são as alterações climáticas[1] (com eventos extremos, severos, dispendiosos e fatais) em várias partes do globo terrestre, muito justificadas pela interferência humana: aumento populacional; consumo exacerbado; atividades econômicas expansionistas e altamente degradativas; ocupação irregular; interferências abruptas no sistema ambiental; alta produção de dejetos, como os resíduos sólidos e tóxicos; manipulação de material genético, processos físicos, biológicos e químicos com impacto imensurável; entre outros.

A ideia (diga-se de passagem errônea, inocente e com grau ignorância) de que a natureza seria infinita, inferiu diretamente no *modus operandi* das pessoas ao utilizarem os bens naturais, como se assim o fossem – ilimitados -, desconsiderando os demais seres vivos e o necessário equilíbrio existencial do mundo natural.

É absurda a constatação de que a Pegada Ecológica[2] mundial, no lapso temporal de 1966 até 2013, já evidenciava a necessidade de aproximadamente 1,5 planeta para suprir o consumo humano dos recursos naturais e serviços ecossistêmicos, e que se a humanidade não mudar o padrão de consumo, o prognóstico

[1] Os impactos ambientais, cada vez mais recorrentes no mundo, repercutem de sobremaneira nas relações sociais que são conturbadas de diversas maneiras pelos eventos catastróficos naturais (derivados ou não da ação do homem), refletindo no campo jurídico. E a análise (sócio)jurídica desta situação (muitas vezes intertemporal e multilateral) encontra guarida no ramo do Direito dos Desastres. De forma ímpar, o professor Délton Winter de Carvalho - tendo como principais obras *Dano Ambiental Futuro* (escrito em coautoria com Fernanda Dalla Libera Damacena, ano 2008), *Direito dos Desastres* (2013), *Desastres Ambientais e sua regulação jurídica* (2015), *Estudos aprofundados em Direito dos Desastres* (escrito em coautoria com Daniel A. Farber, ano 2017), *Gestão Jurídica Ambiental* (2017) –, elucida sobre este tema, que igualmente permeia os debates no Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade, por ele coordenado, e que muito contribuiu para a articulação lógica e teórica deste trabalho.

[2] A Pegada Ecológica é uma metodologia de contabilidade ambiental desenvolvida em 1993 pelos pesquisadores Mathis Wackernagel e William Ress, ambos da *Global Footprint Network* (GFN), para avaliar os impactos do consumo humano dos bens e serviços provenientes da natureza em contraposição com a capacidade regenerativa do Planeta Terra, que é representada pela unidade de medida biocapacidade, expressa em hectare global (hag), sendo que 1 (um) hag equivale "a um hectare biologicamente produtivo com uma produtividade média em termos mundiais. " Para mais informações vide: WORLD WIDE FUND FOR NATURE (WWF). **Pegada Ecológica**: Nosso Estilo de Vida deixa marcas no Planeta. WWF-Brasil: Brasília, jun. 2013. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wzkbuMku2TcJ:d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/cartilha_pegada_ecologica.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

é de que em 2050 será preciso 2,9 planetas.[3]

Ost explica que diferente do homem primitivo, consciente de sua pertença equânime e responsabilidade no uso e manutenção para a "ordem do mundo", essencial a todos indistintamente, o homem moderno "liberto de todas as amarras cosmológicas transforma descomedidamente o mundo natural com a sua tecnologia. "[4]

Segundo Bauman verifica-se na sociedade da pós-modernidade há um sentimento incontrolável e sedutor de consumir mais e cada vez mais, que minora o aprendizado e a tradição do uso consciente das coisas (sentido amplo) visando a durabilidade das mesmas. Ademais, com o constante movimento do indivíduo para renovar e saciar os seus desejos de consumo (que teve as barreiras físicas desfeitas com a globalização), o sociólogo indaga "se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. "[5]

A história institucional juspolítica e socioeconômica do meio ambiente ecológico (se estendendo também as suas demais derivações[6]), no primeiro momento, está arraigado à visão utilitarista e dominadora própria do antropocentrismo descendente da Era pós-industrial (detectado em vários países, seja do oriente ou do ocidente), impulsionada pelo capitalismo e, posteriormente, pela globalização econômica[7]. Pereira acrescenta que:

> A ideia de que o homem foi criado a imagem e perfeição de Deus e em razão disso a fauna e flora teriam sido criados por Deus para servir a essa criação mais próxima de Deus acabou por formar um entendimento de que o homem seria superior a todas as demais criaturas, e em razão disso poderia dispor como bem entendesse delas. Mesmo após a modificação de paradigma com a passagem do medievo para o pensamento moderno, onde o teocentrismo deu lugar ao antropocentrismo, o homem continuou sendo considerado superior a todas as criaturas sob o planeta, mas a fundamentação agora era em razão da racionalidade. Assim, é a razão que coloca o homem em condição de explorar a fauna e flora do planeta como entenda ser melhor, de acordo com suas necessidades. Permanecia a ideia que desde Sócrates subsiste de que a razão é superior aos instintos, e como o homem é o ser dotado de razão, seria superior a todos os demais5. Será entretanto em Aristóteles [na obra **Ética a nicômaco**] que a necessidade de dominar os instintos pela razão como um hábito ganhará ainda maior relevância, e assim, os instintos continuavam sendo considerados menos importantes que a razão.[8]

Numa perspectiva filosófica, Milaré e Coimbra acrescentam que essa concepção do homem ao centro, robustecida nos países ocidentais dada as posições racionalistas, distanciaram o ser humano dos demais seres, de tal modo que o primeiro "posta-se diante deles em atitude de superioridade absoluta, abertamente

[3] Ibid, p. 13.

[4] OST, François. **A natureza à margem da lei:** A ecologia à prova do direito. Éditons La Decouverte: Instituto Piaget: Lisboa, 1995. p. 31.

[5] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas (1925). Tradução Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1999. p. 77-82 e 78.

[6] Frisa-se que no Brasil, não obstante o conceito de meio ambiente estar legalmente previsto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e ser um bem jurídico singular constitucionalizado no artigo 225 da Constituição da República Federativa de 1988, em atenção aos aspectos significativos que englobam a expressão, Fiorillo classificou o meio ambiente, com o fim de "*facilitar* a identificação da *atividade* degradante e do *bem imediatamente agredido",* da seguinte forma: a) meio ambiente natural; b) meio ambiente artificial; c) meio ambiente cultural (e aqui se inclui o meio ambiente digital); d) meio ambiente do trabalho. Inclusive essa classificação foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 1º.09.2005, pelo Plenário, publicado no Diário de Justiça em 03.02.2006. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-50.

[7] Segundo Gonçalves, a globalização econômica "pode ser entendida como a ocorrência simultânea de três processos: crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de produtos e capital, acirramento da concorrência internacional e maior interdependência entre empresas e economias nacionais. " GONÇALVES, Reinaldo. Globalização Econômica. *In:* **O Nó Econômico**. Cap. 1. p. 19-38. Editora Record: Rio de Janeiro, 2002. p. 22.

[8] PEREIRA, Thiago Rodrigues. Possíveis fundamentos jus filosóficos da sustentabilidade. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVIII, n. 22, p. 218-231, jan./dez. 2013. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/223/313>. Acesso em: 17 jan. 2018, p. 221-222.

antagônica. Surgem assim as relações equivocadas (para não chamá-las às vezes perversas) de dominador x dominado, de razão x matéria, de absoluto x relativo, de finalidade última x instrumentalidade banal destituída de valor próprio. "[9]

A natureza foi (e ainda é) alçada como bem de produção a ser manufaturada e industrializada para o exclusivo deleite humano momentâneo aliado às ambições do crescimento econômico, o que resultou nesta percepção de instabilidade de existência de vida digna (sobretudo, humana) no futuro. Acrescenta Montibeller Filho:

> O antropocentrismo e o cálculo econômico, assim tomados, como uma consequência macroeconômica, ou como um resultado social global, levam ideologicamente à fetichização ou culto da taxa de crescimento econômico, tomando-a pelo que efetivamente não é. Busca-se o maior crescimento possível da produção - medida pelo Produto Interno Bruto, isto é, o valor das quantidades produzidas na unidade de tempo - mesmo que para isto tenha que delapidar a natureza a ponto de comprometer o processo de reprodução para as gerações futuras.[10]

Layrargues explica que o modelo tradicional de desenvolvimento é endógeno, tendo como concepção de ápice evolutivo sociocultural a sociedade norte-americana (Primeiro Mundo), impondo "o jeito americano de viver" (frisa-se extraordinariamente consumista) como parâmetro a ser seguido pelo Terceiro Mundo.[11]

Inconteste as diferenças sociais, políticas, culturais e ambientais entre os países classificados como desenvolvidos (Primeiro Mundo) daqueles que estão como (Terceiro Mundo), sendo essa estratégia de submissão ao padrão de vida norte-americano tido como ideal pelo capitalismo, um favorecedor de injustiças sociais e super-exploração. Tanto é assim que o autor supracitado adiciona a informação que o Terceiro Mundo passou a ser a fonte laboral e de matéria-prima (frisa-se não criativa) do Primeiro Mundo, configurando uma dependência econômica dos países do Sul do que pelos do Norte – haja vista estes últimos serem os detentores das matrizes e inovações tecnológicas. Não obstante Layrargues mencionar que a endogeneização do desenvolvimento não destituiu as nações do Sul de sua própria identidade cultural, pois elas vivenciaram a própria Modernidade, transformando-se sem perder a configuração original[12], há de se ressaltar a grande dificuldade na manutenção (e respeito) à diversidade cultural.

E esse pensamento esquizofrênico colonialista contra a natureza conduziu a humanidade a atual situação de risco em proporções calamitosas (e que certamente será vivenciada várias décadas à frente pelas futuras gerações) de mudanças climáticas em níveis altos à extremos, que podem resultar no colapso existencial do Planeta Terra (e, consequentemente, de vida humana).

Vige o que Beck denomina Sociedade de Risco, em que a preocupação não se concentra mais na divisão dos ganhos capitalistas que segregam a sociedade em classes socioeconômicas e em determinadas regiões, mas sim, como serão repartidos os "riscos civilizatórios" universais, globais e incomensuráveis, causados pelo desenvolvimento técnico-científico e técnico-econômico fomentado na (pós-)modernidade.[13]

Considerando que não se apregoa (e nem se indica) o retorno ao *status* anterior ao desenvolvimento tecnológico, pois os avanços foram e são importantes para a humanidade, o atual dilema está no fato de que o movimento tecnológico se perpetue, mas em harmonia com a natureza e em um intenso processo de mitigação, gestão e, se possível, extinção dos riscos e seus efeitos secundários produzidos.

[9] MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 – 41, out./dez. 2004. p. 3.

[10] MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável: Conceitos e Princípios. **Textos de Economia,** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645/6263 >. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 132.

[11] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 2-3.

[12] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 2-3.

[13] BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo*:** Hacia uma nueva modernidad (1986). Traducción Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Paidós: Barcelona (Espanha), 1998. p. 26-34.

> Como se pode evitar, minimizar, dramatizar, canalizar os riscos e perigos que se tem produzido sistematicamente no processo avançado de modernização e limitá-los e espalhá-los ali onde tenham visto a luz do mundo na figura de "efeitos secundários escondidos" de tal modo que nem obstaculizem o processo de modernização nem ultrapassem os limites do "suportável" (ecológica, médica, psicológica, socialmente)? (Tradução nossa)[14]

Cada vez mais corriqueiras e alarmantes são as notícias (ao redor do mundo) sobre os impactos negativos contra a manutenção do meio ambiente saudável e de danos (físicos ou materiais) aos seres humanos ocasionados por maremotos; tsunamis; terremotos; erupções de vulcões até então inativos; furacões; enchentes; queimadas; períodos de secas intensas; ondas de calor; derretimento das calotas polares; elevação do nível do mar; extinção de espécies da fauna e flora; escassez de alimentos; poluição do ar, água e solo; entre outros eventos ocasionados e/ou potencializados pela humanidade.

Padrões conceptuais e culturais não são alterados rapidamente, muito menos em nível global e, sobretudo, quando atingem interesses econômicos. Por isso, a mudança na percepção e no tratamento utilitarista maximizado da natureza pelo homem impõe a construção e a incorporação de pensamentos e valores ético-sociais ambientais aliados as novas estratégias de uso e exploração do meio ambiente em níveis toleráveis.

Conclui Ost que há uma realidade paradoxal no "meio (justo ou injusto)" ambiente natural onde os humanos estão inseridos: "o seu centro está em todo o lado, a sua circunferência em parte alguma. Por outras palavras, se nos engloba totalmente, ele é também aquilo que passa no âmago de cada um de nós. Totalmente dependentes dele, somos também por ele totalmente responsáveis. "[15]

Não se está a coligar com promessas de que a natureza irá prevalecer na relação entre ela e o homem, ou mesmo que o homem moderno retornará ao estilo de vida neandertal. Mas sim, de que gradativamente (e almeja-se que não seja de forma tão lenta) o homem reconhecerá a importância de estar em consonância com as diretrizes ambientais, e do seu papel para que o Planeta Terra seja um habitat viável para a vida digna dos seres viventes e que ainda estão porvir.

Assim, em contraposição ao hiperdesenvolvimentismo[16], exsurge a cosmovisão ecocentrista (biocentrista), em que "o valor vida passou a ser um referencial inovador para as intervenções do Homem no mundo natural"[17]. E, neste mote, com o amadurecimento dos documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, Milaré e Coimbra, na oportunidade destacam a Agenda 21, afirmando que dali se tenha "iniciado a época do *ecocentrismo*, no qual as preocupações científicas, políticas, econômicas e culturais se voltam para a '*oikos*', ou seja, para a Terra considerada casa comum e, mais do que isto, um sistema vivo, constituindo, ela mesma, um *organismo vivo,* conforme a Teoria de Gaia[18]. "[19]

O projeto de desconstrução da cosmovisão antropocêntrica para a emersão da cosmovisão ecocêntrica ainda é prematuro (considerando que o principal tratado internacional sobre a proteção do meio ambiente

---

[14] "¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistematicamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)? " Ibid, p. 26.

[15] OST, François. **A natureza à margem da lei:** A ecologia à prova do direito. Éditons La Decouverte: Instituto Piaget: Lisboa, 1995. p. 395.

[16] Expressão tecida por Milaré e Coimbra que sintetiza a fase em que o homem buscava o crescimento a qualquer custo, ou seja, sem se importar com os rastro de destruição ambiental. MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 – 41, out./dez. 2004. p. 5.

[17] Ibid, p. 8.

[18] Apenas para contextualizar o leitor acerca da Teoria de Gaia, ela foi desenvolvida pelo britânico James Ephraim Lovelock (pesquisador ambientalista, com formação em química, matemática e medicina) a qual preleciona que a biosfera e todos os componentes físicos da Terra estão intimamente interligados em um complexo sistema integrado e autorregulado, que cria, re(cria), altera e mantém as condições necessárias para a existência de vida - como se fosse um organismo vivo.

[19] MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 – 41, out./dez. 2004. p. 9

em nível global, qual seja, a Declaração de Estocolmo, não perfaz nem cinquenta anos) e possui inúmeras barreiras políticas e sociais, fortalecidas pelo consumismo exacerbado impulsionado pelo capitalismo voraz. E ainda que predomine o homem no centro das discussões, verificam-se avanços, coadunando-se com as ponderações de Carvalho de que na contemporaneidade se vivencia o antropocentrismo alargado.

> No antropocentrismo alargado (intermediária entre antropocentrismo clássico e ecocentrismo), a tutela jus-ambiental não se limita à valoração dos bens ambientais apenas em sua capacidade de aproveitamento humano (utilidade direta do bem ambiental), abrangendo a tutela da capacidade funcional ecológica do patrimônio natural independentemente da sua utilidade direta. (...) O alargamento do antropocentrismo se dá a partir de três vias possíveis de expansão frente ao antropocentrismo clássico (economicocêntrico). São elas: (i) a equidade intergeracional, (ii) o direito dos animais; e (iii) a constatação evidente que o homem é elemento integrante de uma comunidade biótica (*extended stewardship ideology*).[20]

Vencidas essas noções ímpares sobre a cosmovisão antropocêntrica e ecocêntrica, avança-se ao paradigma da sustentabilidade ambiental (ou ecodesenvolvimento) e do desenvolvimento econômico sustentável (ou durável), que embora sejam comumente apresentados como sinônimos, possuem diferenças substâncias teórica e prática.

3 SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENÁVEL

Pereira, ao articular sobre as bases filosóficas de Kant e Spinoza, mormente o pensamento spinozista de que corpo e mente, razão e instituto, não existem de forma dissociada, de tal modo que "não se pode pensar a questão da natureza e da sua sustentabilidade como algo dissociado do homem, pois se Deus é a natureza, e o homem está em Deus, logo, o homem está na natureza também, de forma indissociável"[21a]. E concluiu que "pensar na sustentabilidade nada mais é, filosoficamente falando, em pensar na própria subsistência humana, e principalmente, pensar nas gerações futuras, para que não esgotemos todos recursos naturais atuais. "[21b]

Sob um enfoque jurídico, Canotilho preleciona que a sustentabilidade é um imperativo principiológico fundamental aberto (ou seja, não apresenta respostas prontas, sendo sua complementação construída considerando ponderações e decisões casuísticas), que guarda três dimensões jurídico-políticos básicas, quais sejam:

> (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.[22]

O jurista português inclusive diferencia a sustentabilidade, primeiro em sentido restrito (ou ecológico), na qual é considerada a proteção e/ou manutenção dos recursos naturais a longo prazo, utilizando planejamentos, medidas de economia e imposição de obrigações de conduta e de resultados a serem respeitados pelo Estado e pela sociedade.[23] E a segunda como sustentabilidade em sentido amplo, que

[20] CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 127.

[21a;b] PEREIRA, Thiago Rodrigues. Possíveis fundamentos jus filosóficos da sustentabilidade. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVIII, n. 22, p. 218-231, jan./dez. 2013. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/223/313>. Acesso em: 17 jan. 2018, p. 229-230.

[22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne**: Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos (Portugal), v. 7, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 17 abr. 2018. p. 7-8.

[23] Canotilho acrescenta que analiticamente a sustentabilidade ecológica deve impor: "(1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das "agressões" humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências "nucleares" na natureza

abarca os "três pilares da sustentabilidade", que são o ecológico, econômica e social.[24]

Embora seja a partir da década de 80 que o ecodesenvolvimento (posteriormente denominado como sustentabilidade) tenha sido difundido pelo economista polonês Ignacy Sanches, Montibeller Filho[25a] e Layarargues[22b] rememoram que a expressão foi primeiramente introduzida (meados de 1973) pelo canadense Maurice Strong (1929-2015), Secretário da Conferência das Nações Unidas em Estocolmo. Abaixo segue um fragmento do discurso de abertura proferido por Strong durante a referida conferência, em que já era possível identificar as características dessa ideologia.

> Nosso objetivo aqui é conciliar as ambições legítimas e imediatas do homem com os direitos dos outros, com respeito por todos os sistemas de apoio à vida e com os direitos das gerações ainda não nascidas. Nosso propósito é o enriquecimento da humanidade em todos os sentidos, dessa frase. Desejamos avançar - não de forma imprudente, ignorante, egoísta e perigosa, como fizemos no passado - mas com maior compreensão, sabedoria e visão. Estamos ansiosos e com razão, para eliminar a pobreza, a fome, a doença, o preconceito racial e as flagrantes desigualdades econômicas entre os seres humanos.[26] (Tradução nossa)

Destarte o ecodesenvolvimento engloba tópicos econômicos (em sentido amplo) com as questões socioambientais atemporais, para que se mantenha para as presentes e futuras gerações condições mínimas de sobrevivência. Ao contrário do que uma leitura despretensiosa poderia conduzir as conclusões de que o ecodesenvolvimento estaria a anunciar um fanatismo de proteção ambiental, na verdade esta ideologia é muito madura e de efetiva aplicação.

Isso porque ela reconhece que a satisfação da geração presente (que já está muito sacrificada pela desigualdade social contemporânea que se prolonga na história) deve ser alcançada, mas considerando a solidariedade sincrônica. E seguindo a lógica das necessidades fundamentais da maioria da população (e não de produção ou de mercado), sem comprometer a solidariedade diacrônica, ou seja, as satisfações econômicas e ecológicas das gerações vindouras também devem ser garantidas.[27]

Dado que a incursão dos interesses das futuras gerações foi um grande avanço nos debates sobre a proteção ao meio ambiente global e regional, mister o adendo acerca da Teoria da equidade intergeracional que, conforme Carvalho, está edificada em três-princípios bases. O a) *princípio da conservação das opções*, que "atribui a necessidade de que cada geração conserve a diversidade dos recursos naturais e culturais, a fim de não restringir as opções disponíveis às futuras gerações"[28a]. O b) *princípio da conservação da qualidade*, o qual dispõe que é "necessário cada geração transmita às demais a qualidade ambiental planetária em condições equivalentes às recebidas"[28b]. E o c) *princípio de conservação de acesso,* em que deve ser resguardado

---

devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se. " Ibid., p. 9.

[24] Ibid., p. 9.

[25] MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável: Conceitos e Princípios. **Textos de Economia**, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645/6263 >. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 133. LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 3.

[26] "*Our purpose here is to reconcile man's legitimate, immediate ambitions with the rights of others, with respect for all life supporting systems, and with the rights of generations yet unborn. Our purpose is the enrichment of mankind in every sense, of that phrase. We wish to advance-not recklessly, ignorantly, selfishly and perilously, as we have done in the past – but with greater understanding, wisdom and vision. We are anxious and rightly so, to eliminate poverty, hunger, disease, racial prejudice and the glaring economic inequalities between human beings*. " STRONG, Maurice. **Stockholm Conference**: opening statement. United Nations Conference on the Human Environment, 1972. Disponível em: <http://www.mauricestrong.net/index.php/opening-statement>. Acesso em: 02 maio 2018.

[27] MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável: Conceitos e Princípios. **Textos de Economia**, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645/6263 >. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 133; LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 3.

o direito de acesso aos recursos naturais e culturais dos membros da presente (intrageracional) e das futuras gerações (intergeracional).[28c]

Não obstante o ecodesenvolvimento ter alcance global, Layrargues explica que a operacionalidade deste conceito resulta principalmente do conhecimento das culturas e dos ecossistemas, e de como as pessoas se relacionam com o meio ambiente natural e superam os desafios cotidianos. Pois, como elas realmente vivenciaram e vivenciam a situação, possuem maior conhecimento da realidade local[29] e, por conseguinte, poderão apresentar melhores medidas e estratégias para a resolução de problemáticas.

Como mencionado, a Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo de 1972 – que pode ser considerada o marco da incorporação do meio ambiente na discussão global - já anunciava de forma subentendida o que posteriormente seria denominado ecodesenvolvimento. Tal entendimento pode ser auferido dos princípios abaixo transcritos da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano.

> Princípio 8 - O desenvolvimento econômico e social é essencial para assegurar um ambiente de vida e de trabalho favorável ao homem e para criar condições na Terra que sejam necessárias para a melhoria da qualidade de vida.
>
> Princípio 11 - As políticas ambientais de todos os Estados devem melhorar e não prejudicar o potencial de desenvolvimento presente ou futuro dos países em desenvolvimento, nem dificultar a realização de melhores condições de vida para todos e que os Estados e as organizações internacionais tomem as medidas adequadas para chegarem ao acordo sobre as possíveis consequências económicas a nível nacional e internacional resultantes da aplicação de medidas ambientais.
>
> Princípio 13 - A fim de conseguir uma gestão mais racional dos recursos e, por conseguinte, melhorar o ambiente, os Estados devem adoptar uma abordagem integrada e coordenada do seu planeamento do desenvolvimento, a fim de assegurar que o desenvolvimento seja compatível com a necessidade de proteger e melhorar o ambiente em benefício da sua população.
>
> Princípio 14 - O planejamento racional constitui uma ferramenta essencial para conciliar qualquer conflito entre as necessidades de desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.[30] (Tradução nossa)

Impreterível a importância da inclusão da proteção do meio ambiente no debate global, em atenção as peculiaridades regionais e da necessidade de promoção de vida digna para as gerações presentes e vindouras.

Mas as ambições do ecodesenvolvimento tornam-se ainda mais impressionantes e de um certo modo duvidosas (e temerosas), quando se tem como objetivo o equilíbrio entre a demanda humana pela natureza no processo de desenvolvimento e a demanda da própria natureza por ela mesma, para que esta última se mantenha nos níveis (ao menos mínimos) de subsistência. Frisa-se que em relação a primeira demanda deve-se compreender que tal diretriz irá impactar sobretudo os Estados-nações, corporações, multinacionais, particulares, entre outros que estão nos mais altos patamares econômicos e consumeristas.

[28a;b;c] CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 130.

[29] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 3.

[30] "*Principle 8 - Economic and social development is essential for ensuring a favorable living and working environment for man and for creating conditions on earth that are necessary for the improvement of the quality of life.*
Principle 11 - The environmental policies of all States should enhance and not adversely affect the present or future development potential of developing countries, nor should they hamper the attainment of better living conditions for all, and appropriate steps should be taken by States and international organizations with a view to reaching agreement on meeting the possible national and international economic consequences resulting from the application of environmental measures.
Principle 13 - In order to achieve a more rational management of resources and thus to improve the environment, States should adopt an integrated and coordinated approach to their development planning so as to ensure that development is compatible with the need to protect and improve environment for the benefit of their population.
Principle 14 - Rational planning constitutes an essential tool for reconciling any conflict between the needs of development and the need to protect and improve the environment. " UNITED NATIONS. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. *In:* **From Report of the United Nations Conference on the Human Environment.** Stockholm, june 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Durante o discurso da Declaração de Estocolmo (1972), Strong expressou:

> Ainda estamos no limiar da nova síntese e ainda há controvérsia não resolvida sobre o conceito de crescimento. Não acredito que possamos deixar de crescer - nenhum crescimento não é uma alternativa viável. As pessoas devem ter acesso a mais e não a menos oportunidades para expressar seus impulsos criativos. Mas estas só podem ser fornecidas dentro de um sistema total no qual as atividades do homem estão em harmonia dinâmica com a ordem natural. Para conseguir isso, devemos controlar e redirecionar nossos processos de crescimento. Precisamos repensar nossos conceitos sobre os propósitos básicos do crescimento. Temos de ver isso em termos de enriquecer as vidas e ampliar as oportunidades de toda a humanidade. E se é assim, segue-se que são as sociedades mais ricas - a minoria privilegiada da humanidade - que terão que fazer as mais profundas e até mesmo revolucionárias mudanças de atitudes e valores.[31] (Tradução nossa)

E o dilema das sociedades economicamente mais empoderadas terem que "sacrificar o próprio poderio capitalista" pelo bem comum, embora já fosse um tema prenunciado por Maurice Strong, no decorrer das décadas ele mais se agravou do que melhorou, como se pode verificar com o atual processo de ruptura do Governo federal dos Estados Unidos da América, conduzido pelo Presidente Donald Trump, ao Acordo de Paris (2015), por exemplo.

Enfim, ramifica da sustentabilidade, o desenvolvimento econômico sustentável (ou desenvolvimento sustentável), em que o adjetivo "sustentável" preleciona os novos padrões e estratégias a serem implementadas pelos Estados-nações (desenvolvidos ou em desenvolvimento) para responder as demandas atuais, sem comprometer as futuras. E o critério de avaliação do desenvolvimento não se limita mais à mensuração do crescimento econômico quantitativo, isso porque ele também será constatado pela intervenção na "qualidade das relações humanas com o ambiente natural, e a necessidade de conciliar a evolução dos valores socioculturais com a rejeição de todo processo que leva à deculturação. "[32]

Com todos os movimentos ambientais em nível global e regional, a preocupação com o meio ambiente já não era uma pauta juvenil na década de 80, tanto que nesta época a Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD)[33] cujo objetivo foi estabelecer "uma agenda global para mudança", a fim de encontrar medidas e estratégias que compatibilizassem o crescimento econômico com a obrigação de preservação da natureza.

E em 1987, a CMMAD elaborou o Relatório Nosso Futuro Comum (também conhecida como Relatório Brudtland[34]), que foi o documento responsável pela difusão universal da expressão desenvolvimento econômico sustentável, a qual visa expressar um novo estratagema global e regional de equilíbrio entre os fatores ambientais, sociais e econômicos, nas políticas públicas e nos empreendimentos particulares, no projeto de estruturação e execução para o crescimento econômico.

Isso porque, a administração do uso, exploração e proteção dos recursos ambientais e serviços ecossistêmicos, bem como as estratégias para o crescimento econômico, dependendo da forma como forem

[31] "*We are still at the very threshold of the new synthesis and there is still unresolved controversy over the concept of growth. I do not believe we can cease to grow - no growth is not a viable alternative. People must have access to more, not fewer opportunities to express their creative drives. But these can only be provided within a total system in which man's activities are in dynamic harmony with the natural order. To achieve this, we must control and redirect our processes of growth. We must rethink our concepts of the basic purposes of growth. We must see it in terms of enriching the lives and enlarging the opportunities of all mankind. And if this is so, it follows that it is the more wealthy societies – the privileged minority of mankind – which will have to make the most profound, even revolutionary changes in attitudes and values*. " STRONG, Maurice. **Stockholm Conference**: opening statement. United Nations Conference on the Human Environment, 1972. Disponível em: <http://www.mauricestrong.net/index.php/opening-statement>. Acesso em: 02 maio 2018.

[32] MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável: Conceitos e Princípios. **Textos de Economia,** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645/6263 >. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 133.

[33] Na época, os países participantes desta Comissão foram a(o): Noruega, Sudão, Itália, Arábia Saudita, Zimbábue, Costa do Marfim, República Federativa da Alemanha, Hungria, República Popular da China, Colômbia, Índia, Brasil, Japão, Guiana, Estados Unidos da América, Argélia, Indonésia, Nigéria, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Iugoslávia e Canadá.

[34] Brudtland é o sobrenome da norueguesa Gro Harlem Brundtland, responsável pela presidência da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) da ONU.

geridos e, principalmente, se for dissociando-os, poderão causar sérios impactos com repercussão até mesmo transfronteiriço e transtemporal. A CMMAD assevera que há uma interligação entre estas agendas, haja vista que o crescimento econômico está balizado nos recursos naturais e, por sua vez, apenas haverá efetiva proteção da natureza se essa premissa for respeitada no processo de desenvolvimento. Portanto, o crescimento econômico e o meio ambiente integram um complexo sistema de causa e efeito[35] em que há a retroalimentação positiva circular.[36]

Extrai-se do Relatório Brudtland que o desenvolvimento econômico sustentável foi projetado como "um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas. "[37] Portanto, reforça-se a característica intergeracional do meio ambiente equilibrado, implicando em mudanças de médio e longo prazo no uso, exploração e conservação dos recursos naturais e serviços ecossistêmicos e que o desenvolvimento econômico sustentável está mais alicerçado ao antropocentrismo alargado.

A conclusão que se chega é de que a intenção do Relatório Brudtland é justamente compatibilizar os propósitos e necessidades do crescimento econômico e do meio ambiente equilibrado, que são pautas ínsitas à vida digna humana, sob um esforço comum entre os países, para encontrarem soluções (até mesmo cooperativas) para o bem-estar da população, segurança alimentar, preservação da natureza, promoção da energia limpa e processos industriais mais eficientes e menos poluentes, crescimento ordenado da área urbana, entre outros; o que, consequentemente, resultaria em um desenvolvimento econômico qualificado como sustentável.

Por outro lado, Layrardes reflete de maneira menos romântica quanto aos intentos do Relatório alhures, ao vislumbrar que se almeja manter o mesmo ritmo de crescimento econômico, se as modernas tecnologias tornarem os insumos energéticos mais econômicos e eficientes. No entanto, "por mais que as tecnologias modernas se adequem a esta premissa, permanece a dúvida da possibilidade em ocorrer mudanças sociais e culturais que acompanhem voluntariamente estas transformações, uma vez que uma das características da sociedade industrial de consumo é justamente o desperdício."[38]

Sem olvidar da ponderação acima, e que inclusive clareia as argumentações e articulações de políticas públicas, normatizações e estratégias privadas que se valem do discurso do desenvolvimento econômico sustentável, acredita-se que a informação, sobretudo com a universalização da educação ambiental, é a solução para que não seja subvertido os intentos desta ideologia, bem como para que ela seja utilizada de forma socioambientalmente responsável.

O incremento do desenvolvimento econômico sustentável nos sistemas constitucionais, jurídicos e políticos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento foi reafirmada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Brasil em 1992, notadamente conhecida como Rio-92 ou ECO-92.

E deriva deste evento a criação da Agenda 21, que determina aos países participantes a reflexão global e local a fim de arquitetarem soluções cooperativas entre eles e todos os setores da sociedade, para solucionarem os problemas de ordem socioambiental em seus territórios, tendo como inspiração

[35] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. Tradução de: Our Commun Future (New York, 1987). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 40.

[36] "Tal ideia sugere uma circularidade como uma retroalimentação positiva, isto é, quanto mais pobre, maior pobreza haverá. Ocorre a partir daí uma intensa propaganda em torno do círculo vicioso da pobreza, com o propósito de justificar a necessidade da continuidade do crescimento econômico, e omitir o peso da responsabilidade ambiental do consumo excessivo do Norte, a poluição da riqueza. " LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta,** Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 5.

[37] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum.** Tradução de: *Our Commun Future* (New York, 1987). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 49.

[38] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta,** Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 5.

as diretrizes do desenvolvimento econômico sustentável. Bem como, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ou Declaração do Rio-92), a qual elenca inúmeros princípios instrutores aos Estados-nação participantes acerca da proteção ao meio ambiente intergeracional aliada as demandas humanas de sobrevivência digna e de crescimento econômico, como a promoção e a adesão dos governos ao desenvolvimento econômico sustentável.

E em consonância ao que Strong outrora mencionava, destaca-se o Princípio 7 da Declaração do Rio-92[39], que apresenta o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas no âmbito do desenvolvimento sustentável em nível mundial. Pinheiro[40] explica que além do reconhecimento de uma parcela maior de responsabilidade dos países desenvolvidos pelos danos históricos causados ao meio ambiente, também foi reconhecido que os países em desenvolvimento, sobretudo os mais pobres, precisam ser auxiliados com recursos técnicos e financeiros para alcançarem esse novel modelo progressista.

Não é raro o uso das expressões sustentabilidade e desenvolvimento econômico sustentável como sinônimos, ou estendo as ideologias professadas por cada um ao ponto de se confundirem, o que de pronto é um grande equívoco.

A diferença prática entre essas premissas sócio-econômica-ambiental tem como cenário a busca pela justiça social planetária, pois como explica Layrargues, o ecodesenvolvimento estabeleceria um teto de consumo material para se alcançar o nivelamento médio entre o Primeiro e o Terceiro Mundo, a fim de se manter um ponto de equilíbrio-suporte da biosfera, priorizando a criação de tecnologias endógenas e limitando a livre atuação do Mercado. Por outro lado, o desenvolvimento econômico sustentável se posicionaria pela criação de um piso de consumo material, desconsiderando o fardo da responsabilidade pela poluição da riqueza, fortalecendo a crença no potencial da tecnologia moderna e de que ela é um meio para a "ajuda" (frisa-se mascarada) do Terceiro Mundo, e a "instalação de um Mercado Total na economia das sociedades modernas. "[41]

Outrossim, mister acrescentar ao debate que mesmo Sachs por uma perspectiva mais otimista e sem olvidar das particularidades ímpares de cada movimento, mitigou a diferenciação entre ecodesenvolvimento e desenvolvimento econômico sustentável, a fim de considera-los como ideologias vanguardistas, por pretenderem harmonizar os pilares (ou dimensões) social, ambiental e econômico, necessárias na sociedade contemporânea (e da que está porvir).[42]

Sem embargo as conclusões críticas de Layrardes de que o desenvolvimento sustentável tem como objetivo a "manutenção da ideologia hegemônica", dado que ele "assume claramente a postura de um projeto ecológico neoliberal, que sob o signo da reforma, produz a ilusão de vivermos um tempo de mudanças, na aparente certeza de se tratar de um processo gradual que desembocará na sustentabilidade socioambiental"[43].

---

[39] Princípio 7: "Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam. " ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Elaborado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO-92). Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 1-2.

[40] PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Desenvolvimento Sustentável e Economia Verde: uma proposta de análise conceitual. Cap. 2. p. 15-26. *In*: COSTA, Francisco de Assis *et al.* (Coord**.). Desenvolvimento Sustentável, Economia Verde e a Rio+20:** Relatório de Pesquisa. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/120620_relatorio_rio20.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018. p. 17.

[41] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta,** Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 6-7.

[42] SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável** (1927). Tradução José Lima Albuquerque Filho. STROCH, Paula Yone (Org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 54 e 71.

[43] LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta,** Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 7.

Ainda assim, estima-se que o desenvolvimento econômico sustentável oferta uma ideologia prática e próxima à realidade da sociedade (pós-)moderna e, por conseguinte, com grande potencial de ser valorado, mormente por aqueles que estão nos altos escalões de poder (econômico ou não). Aliás, o desenvolvimento econômico sustentável poderá ser aprofundado e remodelado no decorrer da história, de modo que esteja cada vez mais próximo dos ideais de sustentabilidade do que daqueles proveniente do crescimento econômico – pois no momento, predomina o inverso -, podendo se alcançar no futuro uma cosmovisão mais ecocentrista no antropocentrismo alargado que vem predominando (com um certo grau de pontualidade territorial e temporal) na relação homem e natureza.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza em sentido amplo é o refúgio existencial da biodiversidade, a qual prescinde que na maior parte do tempo vigore um nível mínimo de equilíbrio entre seus componentes e suas interações com o meio (interno e externo), para que ela possa se manter, crescer e adaptar as eventuais mudanças.

No entanto a interferência humana desfreada nos recursos ambientais e serviços ecossistêmicos, sobretudo com o intuito de consumir ilimitadamente - mais pelo prazer momentâneo de uso e acumulação, do que para suprir as necessidades existenciais -, o que é limitado e que está cada vez mais com dificuldades de regeneração (reflexo do uso e exploração pelo homem de forma irracional) somada à concepção antropocêntrica, conduziu à Sociedade a atual caracterização como de Risco - temerosa pelo amanhã, independentemente de onde esteja.

E para conter esse caos existencial esquizofrênico do homem moderno com a natureza, a cosmovisão ecocêntrica exsurge para colocar ao centro a vida, seja do homem quanto dos demais seres, primando pelo uso consciente da "casa comum" para que o Planeta Terra saudável se perpetue e seja usufruído por todos, inclusive os que despontam no horizonte.

Neste interim, a sustentabilidade como ideologia para a promoção responsável, global e intergeracional do meio ambiente sadio visa alterar o paradigma do capitalismo voraz, que desconsidera toda a articulação sistêmica necessária ao equilíbrio da natureza e seus impactos socioeconômicos. Por outro lado, com uma ideologia mais próxima aos interesses econômicos, o desenvolvimento econômico sustentável elucida a conscientização ambiental no processo de crescimento econômico e de favorecimento para a existência de vida humana digna – o que já denota um avanço.

Não obstante o progresso (reconhecidamente lento, mas ao mesmo tempo recente) da incorporação de valores ecológicos na sociedade – como a alteração do antropocentrismo "puro", para o alargado -, e a busca pelo crescimento econômico ambientalmente conscientizado pelos ideais de sustentabilidade e desenvolvimento econômico sustentável, a racionalização deve ser mais contundente.

É necessário que o homem compreenda que ele deve manter uma relação simbiótica com a biosfera, e não parasitária e tóxica, como se vem presenciado ao longo da história da sociedade (pós-)moderna, para que o futuro digno exista para todos (seja seres humanos ou não).

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas (1925). Tradução Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1999.

BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo*:** Hacia uma nueva modernidad (1986). Traducción Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Paidós: Barcelona (Espanha), 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne**: Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos (Portugal), v. 7, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum.** Tradução de: *Our Commun Future* (New York, 1987). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Reinaldo. Globalização Econômica. *In:* **O Nó Econômico**. Cap. 1. p. 19-38. Editora Record: Rio de Janeiro, 2002.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. Possíveis fundamentos jus filosóficos da sustentabilidade. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVIII, n. 22, p. 218-231, jan./dez. 2013. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/223/313>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Desenvolvimento Sustentável e Economia Verde: uma proposta de análise conceitual. Cap. 2. p. 15-26. *In*: COSTA, Francisco de Assis *et al.* (Coord.). **Desenvolvimento Sustentável, Economia Verde e a Rio+20:** Relatório de Pesquisa. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/120620_relatorio_rio20.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? **Proposta**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000038-e0ad2e2a19/LAYRARGUES%20Do%20ecodesenvolvimento%20ao%20desenv%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 – 41, out./dez. 2004.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável: Conceitos e Princípios. **Textos de Economia,** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645/6263 >. Acesso em: 30 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Elaborado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO-92). Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** A ecologia à prova do direito. Éditons La Decouverte: Instituto Piaget: Lisboa, 1995.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável** (1927). Tradução José Lima Albuquerque Filho. STROCH, Paula Yone (Org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

STRONG, Maurice. **Stockholm Conference**: opening statement. United Nations Conference on the Human Environment, 1972. Disponível em: <http://www.mauricestrong.net/index.php/opening-statement>. Acesso em: 02 maio 2018.

UNITED NATIONS. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. In**: From Report of the United Nations Conference on the Human Environment.** Stockholm, june 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

WORLD WIDE FUND FOR NATURE (WWF). **Pegada Ecológica**: Nosso Estilo de Vida deixa marcas no Planeta. WWF-Brasil: Brasília, jun. 2013. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wzkbuMku2TcJ:d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/cartilha_pegada_ecologica.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SOCIEDADE MODERNA E QUESTÃO ECOLÓGICA. DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: UMA SEMÂNTICA ATUAL? OBSERVAÇÕES SOCIOLÓGICAS

Matteo Finco

RESUMO: O objetivo geral das seguintes reflexões teóricas – baseadas em uma pesquisa bibliográfica – é investigar a atual semântica social da expressão 'desenvolvimento sustentável': o que significa na contemporaneidade? Como os temas do desenvolvimento e da sustentabilidade foram entendidos na modernidade? Qual o motivo dos termos 'desenvolvimento e sustentabilidade' serem utilizados conjuntamente? Por qual motivo constam em uma única expressão? A reflexão é baseada em uma pesquisa bibliográfica cuja referência teórica é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. O objetivo específico é, portanto, saber qual seria a contribuição que essa teoria pode fornecer a discussão sobre o tema do desenvolvimento sustentável. Como resultados, percebe-se que hoje há quase uma identificação entre desenvolvimento e sustentabilidade. A sustentabilidade deve ser continuamente redefinida em relação ao futuro, é um conceito que deve ser continuamente problematizado. Igualmente adquire-se uma maior consciência da importância descritiva que a sociologia – como ciência – desempenha na sociedade, além de uma função crítica. A sociologia deve fornecer descrições mais satisfatórias, ainda que complexas, não limitadas à semântica herdada da tradição, mas capazes de problematizar a realidade de maneira nova.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas Sociais. Niklas Luhmann. Desenvolvimento Sustentável. Ecologia. Semântica. Teoria Sociológica.

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende investigar a semântica atual da expressão 'desenvolvimento sustentável': o que significa na contemporaneidade? Como os temas do desenvolvimento e da sustentabilidade foram entendidos na modernidade? Qual é a função do termo na sociedade? São palavras adequadas para lidar os problemas relacionados à ecologia?

A reflexão é baseada em uma pesquisa bibliográfica cuja referência é à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

2 PROBLEMATIZAR A REALIDADE

Qual pode ser a contribuição da teoria sociológica para o tema do 'desenvolvimento sustentável'? Não se pretende fazer uma teoria necessariamente 'crítica', podemos entender a tarefa da disciplina como a de buscar teorias que levem em conta os fatos em maneira um pouco melhor do que faz a tradição (LUHMANN, 1999). Isso não apenas para problematizar mas para interpretar maneira melhor aqueles que já são evidentes: por exemplo, o conceito de 'desenvolvimento sustentável'. Tentaremos demonstrar a necessidade de esta tarefa da sociologia raciocinando sobre esse tema.

3 'DESENVOLVIMENTO' DE QUEM/DO QUÊ?

Vamos começar com o primeiro termo: o que significa 'desenvolvimento'? A etimologia da palavra refere-se à ideia de aumentar algo, mas também de ordenar, desemaranhar, expor, executar algo intrincado. Em suma, há uma ideia de melhoria, de progresso. Não é por acaso que a ideia de desenvolvimento emergiu com força na modernidade, depois das revoluções industriais: um período histórico bastante feliz, onde o

termo serviu – e ainda serve – tanto para descrever um processo em ato, como para formular um valor, um ideal a ser perseguido.

No entanto, a primeira pergunta é: quando hoje falamos de 'desenvolvimento', o que queremos dizer? Desenvolvimento de quê? Ou de quem? Em que sentido desejamos o desenvolvimento de uma dada realidade – por exemplo, o desenvolvimento de um Estado ou de outra entidade geográfico-política-social? Como a ideia de movimento é implícita, a questão diz respeito precisamente à direção a seguir. Em segundo lugar, a questão de *quem* deve estar envolvido neste desenvolvimento não é secundária. Os problemas relativos à justiça social e igualdade são óbvios. É possível realizar – ou é realístico esperar – que *todos* seriam envolvidos? E acima de tudo: o que isso implica?

Aqui nos enfrentamos um primeiro problema: o de *envolvimento*, da inclusão. Está de fato ligado principalmente às decisões. Neles baseiam-se as *organizações* – de qualquer tipo que sejam: uma organização que não é capaz de decidir (LUHMANN, 2005), não reproduz sua operação básica e é condenada ao fim. Mas a decisão diz respeito sobretudo a quem assume a decisão mesma. Outros podem estar envolvidos ou não. Nesse sentido, o sociólogo alemão Niklas Luhmann, descrevendo o fenômeno do risco na sociedade moderna, ilustrou a diferença *risco/perigo*. O primeiro é um evento potencial de dano que é conscientemente assumido pelos tomadores de decisão (eu sei que no Brasil é alto o risco de molhar-me se eu não levo o guarda-chuva quando saio, porque o tempo muda continuamente). O segundo é algo desconhecido. De fato, aos perigos estamos sempre expostos, precisamente porque não os conhecemos antecipadamente. No entanto, mesmo estes podem derivar de decisões: não as suas próprias, mas outras. Assim, se – como escreve Luhmann – o fato de que os processos de tomada de decisões com efeitos globais dependem de organizações, isso significa que "cada um é *excluído* e *envolvido* praticamente em todas as decisões" (LUHMANN, 2013); o que significa não só que o conceito de 'solidariedade social' fica enfraquecido (enquanto no passado os perigos, criando danos em maneira indiscriminada, encorajavam os indivíduos a lidar coletivamente, assim estimulando a solidariedade; os riscos modernos e a distinção entre os tomadores de decisão e envolvidos abrem o caminho para a perda de confiança e para o conflito), mas que quando se olha para potenciais vantagens o danos futuras, levar em consideração o ponto de vista dos envolvidos pode fazer a diferença: por exemplo, decidir de investir em uma fonte de energia ao invés de outra, envolve uma série muito complexa de análises; mas se não tentarmos levar em conta também o ponto de vista de quem não está envolvido nas decisões, mas quem inevitavelmente estão interessados, nos somos inevitavelmente expostos a perigos, que são precisamente perigos porque eles não foram previstos.

Assim, podemos identificar uma primeira potencial contribuição da sociologia: investigando a realidade social em toda a sua complexidade, ela deve levar em conta o ponto de vista de todos. Não porque esteja *justo* (no sentido da justiça como ideal), mas porque isso faz parte de seu método. Outros âmbitos da sociedade (como economia e política) não precisam necessariamente fazer isso. Mas, se quiserem, podem aproveitar a contribuição da sociologia.

4 O QUE SIGNIFICA 'SUSTENTÁVEL'?

O outro termos sobre o qual questionar são 'sustentável' e, portanto, 'sustentabilidade'. Sustentável indica a ideia de apoiar, isto é, manter, manter vivo, defender e conservar. Apoiar é uma ação. O adjetivo 'sustentável', por outro lado, significa algo que alguém é capaz de sustentar, de suportar, ou algo que se sustenta por si mesmo. Assim, 'sustentabilidade' implica a capacidade de suportar ou usar algo sem subir danos; e uma ação ou processo 'sustentável' é algo que funciona e mantem se em si mesmo sem criar danos. Parece um conceito vazio, que deve ser cada vez definitivo. O mesmo acontece com o conceito de saúde: não sabe o que é, mas se sabe o que é a doença, ou seja, o seu lado negativo.

5 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: UMA SEMÂNTICA ADEQUADA?

Nesse ponto, para continuar com a problematização, poderíamos até nos perguntar se esses termos – desenvolvimento e sustentabilidade – por um lado, se tomados individualmente, realmente descrevem a

realidade, no sentido de descrever verdadeiramente os processos socio-culturais; por outro lado, se tomados em conjunto (desenvolvimento sustentável), poderíamos nos perguntar o que eles pretendem indicar.

Essa é, de fato, uma questão relacionada à *semântica* da sociedade: Luhmann pretende indicar com esse termo o sentido generalizado, a reserva de temas de relevância comunicativa na sociedade (LUHMANN, 1983). Este é um conceito mais amplo que o da *cultura* (a cultura é sempre relativa a um grupo específico – "cultura de quem?").

A semântica é importante porque está em relação circular com as estruturas da sociedade, isto é, com os elementos que a compõem e com as relações entre elas. Por um lado, a semântica é usada para descrever a sociedade. Por outro lado, se ela perde a adesão à realidade, se envelhece, não pode dar um retrato fiel. Nesse sentido, é bom interrogar-se e pesquisar sobre a semântica.

Este termo indica todas as ideias – disponibilizadas pela própria sociedade – que permitem desenvolver o sentido social no nível de comunicação através do uso de distinções. Devido à semântica, torna-se possível articular temas de comunicação. A condensação das referências do sentido que são preservadas permite que a sociedade descreva-se[1].

Estas não são fórmulas arbitrárias ou estáticas: as variações semânticas são produzidas em resposta ao crescimento da complexidade dos sistemas e à contingência das operações realizadas dentro dele. Assim, a semântica muda à medida que a estrutura – e, portanto, a complexidade – da sociedade muda. Se isso não acontecer, a semântica perde suas estruturas e, portanto, a realidade social. Mas as mudanças semânticas, por sua vez, determinam precisamente a orientação para determinados temas da comunicação, em vez de outros: assim, as estruturas da própria sociedade são influenciadas. Essa relação circular é problemática, devido ao fato de que a semântica está constantemente atrasada em relação às mudanças estruturais[2].

Luhmann distingue dois níveis. Semântica *elevada* (*gepflegte Semantik*) e semântica *difusa*. A primeira é uma semântica "digna de ser preservada" para ser transmitida (LUHMANN, 1983). As descrições da sociedade estão nesse nível. A segunda é a comum, geral, ou-seja, tudo o que é produzido como tema da comunicação.

'Desenvolvimento sustentável' é uma expressão de uso comum da muito tempo, por isso também pode ser considerada parte do segundo grupo.

Nos últimos anos, a ciência tem questionado cada vez mais a questão da sustentabilidade, especialmente desde os anos 80, ao mesmo tempo em que o tema ganhou espaço no nível político (o Relatório Brutdland (WCED, 1987) é de 1987). Como demonstrado por uma pesquisa relativamente recente (FABBRIZZIA et al., 2015), os termos relacionados à sustentabilidade são numerosos e altamente diferenciados, e os campos de investigação científica a eles relacionados têm crescido em conseqüencia do crescimento da consciência da importância do paradigma da sustentabilidade (LUKMAN; GLAVIC, 2007). A percentagem de artigos científicos publicados até 2014 sobre sustentabilidade, comparados aos publicados no total, próxima a zero no início dos anos 90, cresceu exponencialmente[3].

Um problema claro é que a semântica relacionada à sustentabilidade é bastante genérica e muito ampla: essa é investigada de muitos pontos de vista diferentes e em relação a muitas áreas e problemas. É por isso que não podemos falar de sustentabilidade sem conectá-la a uma perspectiva específica. Falar de sustentabilidade social não é o mesmo que falar em sustentabilidade ambiental, por exemplo. Também é verdade que o "horizonte" da sustentabilidade muda continuamente, a cada passo que damos, porque está ligado ao futuro, que por sua natureza é desconhecido. Isso acontece justamente porque vivemos em uma sociedade altamente complexa e diferenciada. Como não podemos retornar a um estado ideal mais simples, devemos nos perguntar – e isso é um desafio para a sociologia – se essa semântica estiver condenada à

[1] "Su questo piano c'è una descrizione della società elaborata nella società": CEVOLINI, 2015, cit., p. 22.

[2] "L'ipotesi della teoria dei sistemi sociali è che sia soprattutto la complessità delle strutture a condizionare la plausibilità dei concetti che la società mette di volta in volta a propria disposizione per comunicare. Concetti un tempo rilevanti perdono la loro presa e impallidiscono fino a scomparire.": CEVOLINI, 2014, p. 47.

[3] A pesquisa utilizou um software chamado T-Lab, que levou em consideração 40000 resumos extraídos do banco de dados da Elsevier (plataforma ScienceDirect), pesquisando as palavras-chave "sustentabilidade" e "sustentabilidade".

indeterminação. Mas, do ponto de vista da teoria dos sistemas de Luhmann, essa limitação – que é o fato de que não existe um único âmbito específico (*sistema*) relacionado à sustentabilidade e um meio relativo (*meio de comunicação simbolicamente generalizado*) para facilitar a comunicação em relação a ela – pode representar uma vantagem: somente permanecendo, como foi definido, uma "semântica poliocular" altamente complexa, pode preservar sua sensibilidade para descrever à realidade, ou seja, o mundo (NOE; ALRØE, 2015). Outro desafio para a sociologia é continuar a se questionar sobre essa semântica, para investigar o sentido mutável da semântica difusa, do senso comum; e atualizar o uso específico da semântica *elevada*, utilizada do conhecimento científico.

Outra possibilidade seria renunciar à abstração e concentrar-se no nível de projetos e produtos individuais, em referimento a questões muito concretas, concentrando-se mais em "doenças", ou seja, em danos, que precisamos evitar (por exemplo, o uso de pesticidas), ou em práticas "virtuosas" específicas (como a reciclagem), e não em objetivos "ideais" (como uma distribuição *justa* de recursos) (AIKING&DE BOER, 2004).

Na verdade, o problema fundamental parece estar relacionado com o que se entende por 'desenvolvimento sustentável'. De acordo com o relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (WCED, 1987), essa indica um desenvolvimento que atenda às necessidades atuais das gerações presentes, sem comprometer as das gerações futuras. O tema ecológico em sentido estrito é, portanto, preponderante, e implica o respeito do meio ambiente, dos processos naturais, dos recursos que a natureza oferece. Mas não é só isso: as outras áreas envolvidas são principalmente a economia (a sustentabilidade deve ser primariamente econômica e financeira) e a política, que é solicitada a lidar com ela de todos os pontos de vista, inclusive do ponto de vista dos direitos das gerações futuras: trata-se de direitos sociais, bem como de direitos individuais. Também a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), no art. 225, estabelece o direito a um meio ambiente sadio como direito social, portanto coletivo. A interconexão entre proteção ambiental, *performance* econômica e bem-estar social é, portanto, evidente. Esta interconexão é guiada por a vontade e a ação políticas, juntamente com uma ampla sensibilidade ética e ecológica em relação à sociedade como um todo (LUKMAN; GLAVIC, 2007). Também é evidente o fato de que a sustentabilidade é um valor muito importante, um valor que implica em primeiro lugar a responsabilidade, pois está ligado ao futuro. Um valor que, como tal, é reivindicado, exigido e se torna uma condição imposta ao desenvolvimento. Poderíamos até dizer que há algum tempo isso é verdade nos países ocidentais mais desenvolvidos, e está se tornando cada vez mais frequente nos países em desenvolvimento. Basta ver, por exemplo, os esforços que a China está fazendo para o desenvolvimento sustentável[4]. A sustentabilidade, portanto, torna-se um requisito, uma reivindicação, porque há sinais crescentes de que é conveniente, porque abre novos mercados econômicos. Talvez pudéssemos dizer que hoje parece ter afirmado plenamente a ideia de que, se não for sustentável, o desenvolvimento não é assim, ou seja que não é possível um desenvolvimento que não é sustentavel. A fusão entre os dois termos pareceria, portanto, completa.

6 SOCIEDADE MODERNA (DIFERENCIADA) E QUESTÃO ECOLÓGICA

Tentamos nos falar um pouco mais além do que poderia ser a contribuição de uma análise sociológica, mesmo se isso vai significar permanecer em um nível bastante alto de abstração.

Não é fácil descrever a sociedade atual: não é por acaso que muitas definições foram dadas sobre ela. Pensamos apenas em sociedade do risco, da transparência, sociedade global, líquida, etc.

Nesse sentido, podemos concordar com Luhmann quando afirma que a sociedade moderna, que emerge a partir do século XVIII, é poli-contextual, ou seja, que é possível descrevê-la sob muitos pontos de

[4] "L'ambiente è diventato prioritario in Cina dopo la legge antismog del 2013, ma soprattutto dopo il discorso del 18 ottobre 2017 del presidente Xi Jinping al 19esimo Congresso del Partito comunista, in cui il leader ha promesso la costruzione di una «Beautiful China» attraverso lo sviluppo di una nuova civiltà ecologica. Bloomberg News ha contato nel suo discorso per ben 89 volte la parola "ambiente" o suoi sinonimi." ["O meio ambiente tornou-se uma prioridade na China após a lei antismog de 2013, mas especialmente após o discurso do Presidente Xi Jinping em 18 de outubro de 2017 no 19º Congresso do Partido Comunista, no qual o líder prometeu a construção de uma "China linda" através do desenvolvimento de uma nova civilização ecológica. A Bloomberg News contou em seu discurso por 89 vezes a palavra "ambiente" ou seus sinônimos."]: LA POSTA, 2018.

vista; é altamente complexa e contingente; é uma sociedade-mundo, uma *sociedade mundial* (*Weltgesellschaft*), onde a importância das fronteiras nacionais tende a diminuir cada vez mais: é uma realidade cada vez mais singular – uma única sociedade, não mais distintas sociedades nacionais – na qual o peso da soberania dos Estados tende a diminuir progressivamente, enquanto os fluxos de comunicação e a economia tendem a abraçar o planeta interno; uma sociedade *funcionalmente diferenciada*, caracterizada por diferentes esferas (economia, política, direito, arte, educação, etc.), cada uma das quais há a função de resolver um problema específico e que funciona em base a um seu próprio *código* especifico (BARALDI, CORSI, ESPOSITO, 2002): a economia serve para gerir o problema do acesso a recursos escassos (nem todos podem possuir tudo ao mesmo tempo), por isso o seu código é pagar/não pagar; o direito serve para fornecer expectativas normativas generalizadas, válidas mesmo quando elas são violadas (código lícito/ilícito), a ciência produz conhecimento (código vero/falso), e assim por diante. Cada sistema nunca se dá independentemente de seu *ambiente*, isto é, do que é externo aos seus limites e representa para o sistema uma fonte de *irritação* (distinção *sistema/ambiente*).

Tudo isso em nome da incerteza e da contingência. Não se trata apenas de *liquidez* (ou seja, a possibilidade contínua de transformação, de mutabilidade: de instituições como dos indivíduos, de individualização, de afirmação da dimensão do planejamento)[5]: contingência significa possibilidade de ser de outra maneira, alta complexidade, impossibilidade de descrições unívocas (policontextualidade).

Em tal sociedade, falar de "questão ecológica" significa, então, olhar de tempos em tempos para os vários sistemas da sociedade.

Em primeiro lugar, vamos ver o que se espera dos vários sistemas já mencionados (LUHMANN, 1989). Nós eliminamos a economia, assumindo que o raciocínio econômico só pode ser brutal e prático: o que poderia causar uma perda (mesmo que apenas potencial) de dinheiro, não é feito. O direito não pode estabelecer objetivos, mas permanece no nível dos chamados "programas condicionais": isto é, fornece normas que estabelecem o que acontecerá ou o que fazer, no caso de um evento particular ocorrer, especialmente no caso de conflito. Nesse sentido, a problematização ecológica é, há muito tempo, uma "moda", escreve Luhmann, e o "direito ambiental" inclui cada vez mais problemas e casos, ou "reelabora" novos de uma maneira inédita. O discurso jurídico dominante concentra-se na distinção entre direitos de liberdade e restrições, especialmente respeito aos indivíduos, porque o direito moderno positivo é predominantemente direito subjetivo. A política atua de várias maneiras: investindo economicamente, mas acima de tudo através o direito mesmo, portanto com a criação de normas. Na atual discussão político-ecológica, como Luhmann escreveu, o que a economia não faz voluntariamente, deve ser imposto pela política com a ajuda de seu instrumento jurídicos.

O problema, no entanto, como vimos, é que existem muitas pretensões, muitos pedidos, que são muitos altas. O resultado é uma "sobrecarga do sistema político com pretensões irrealizáveis" e conseqüentes "decepções radicais". De fato, a política é altamente sensível à opinião pública e as suas flutuações, em particular sob a ameaça representada pelas eleições. Além disso, é fortemente limitada pela soberania territorial, bem como por horizontes temporais estreitos: e é evidente como as "políticas ecológicas" exigem longos períodos de tempo. Também a ciência tem possibilidades limitadas, porque pode indicar problemas, fornecer tecnologia, mas apenas uma fração do que é "cientificamente possível" é alcançado, não tudo o que seria "tecnicamente possível" é realizado.

Portanto, seria apenas confiar na esperança de uma nova ética ambiental. Ou a solução proposta por Luhmann por mais de trinta anos: aceitar que a questão ecológica é antes de tudo uma questão de comunicação. Nesse sentido, como escreveu, "a sociedade só pode se ameaçar da se mesma", sobretudo no sentido de que "a sociedade só pode ameaçar a comunicação por meio da comunicação". De fato, uma ameaça ecológica é uma "qualquer comunicação sobre o ambiente que tente produzir uma mudança nas estruturas do sistema de comunicação da sociedade". Não se trata de "consciência ecológica", que é um processo individual dos seres humanos, que ocorre dentro de sua consciência, da sua personalidade.

[5] "a vida líquido-moderna e uma recitação diária da transitoriedade universal. Nada no mundo se destina a permanecer, muito menos para sempre. Os objetos úteis e indispensáveis de hoje são, com pouquíssimas exceções, o refugo do amanhã. Nada é necessário de fato, nada é insubstituível. Tudo nasce com a marca da morte iminente, tudo deixa a linha de produção com um 'prazo de validade' afixado." BAUMAN, 2004, cit., p. 122.

É necessário, portanto, renunciar a uma concepção humanista e personalista da sociedade, aceitando o fato de que a sociedade não é "feita de homens", de seres humanos, mas de comunicação, ou seja de operações recursivas específicas dos vários sistemas que a compõem. A *sociedade*, entendida como um sistema, é diferente do seu *ambiente*, ou seja, do que acontece e existe fora dela, e isso inclui o ambiente físico como os seres humanos. De fato, dizer que a sociedade moderna só pode ameaçar ela mesma, significa dizer que ela só pode detectar ameaças se eles são "incluídas" na comunicação. Uma catástrofe não é tal até que seja comunicada. Somente no lado da comunicação a sociedade pode trabalhar, lidando com temas (precisamente comunicativas) e aumentando sua sensibilidade em relação ao que acontece no ambiente. Isso só pode acontecer por meio de descrições mais precisas (da estrutura da sociedade), que estabelecem, em primeiro lugar, o que se entende por "ecologia". E, consequentemente, para 'sustentabilidade' e 'desenvolvimento sustentável'.

De fato, a palavra ecologia não indica mais, escreve Luhmann (LUHMANN, 2007), o significado original do termo, ou seja, a tentativa de estabelecer um mundo acolhedor: o termo fundiu-se com a palavra "ambiente". Desta forma, podemos aceitar o fato de que a ecologia não é uma área "dirigida moralmente", dominada pela "justiça", e ainda assim podemos tentar identificar áreas de intervenção adequadas, baseadas nos diferentes códigos dos sistemas.

Além disso, deve-se considerar que na sociedade moderna "aumenta o potencial dos autominacias e a capacidade de recuperação", ou seja, juntamente com catástrofes cada vez mais potencialmente destrutivas e riscos e perigos maiores – devido precisamente à complexidade da sociedade – há "um nível maior de liberdade de reação", no sentido de que as estruturas normativas são contingentes e, portanto, mutáveis, flexíveis, sempre prontas para responder à mudança. Da mesma forma, o dinheiro pode ser usado de maneiras muito diferentes, assim como as atitudes individuais podem mudar com relativa facilidade – os indivíduos de fato sofrem menos restrições do que no passado – e as organizações também.

Se, então, estamos sempre diante de maiores incertezas devido ao aumento do conhecimento, é próprio este aumento que permite uma progressão contínua também no campo ecológico, tanto no que se refere às ciências naturais quanto à tecnologia. De fato, hoje temos possibilidades de pesquisa promissoras mais do que no passado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em última análise, a contribuição da sociologia não pode ser limitada a registrar a difícil triangulação entre aspectos ambientais, sócio-culturais e econômicos, o ao papel de 'consultor' sobre políticas antecipatórias (que buscam evitar danos) para "identificar a priori cenários evolutivos e possíveis impactos", "gerir o processo participativo das populações envolvidas" e "desencadear conflitos" (DAVICO, 2002). A sociologia pode fazer perguntas, mesmo inconvenientes, e é útil na medida em que faz isso; deve-se lembrar que sempre há sujeitos envolvidos em decisões sem o conhecimento deles, e deve advertir que diferentes áreas da sociedade funcionam de maneira diferente. A sociologia deve também estimular organizações e indivíduos a fazer perguntas a eles mesmos. Sobretudo, porque, como mencionado, a sustentabilidade deve ser continuamente redefinida em relação ao futuro: é, portanto, um conceito que deve ser continuamente problematizado.

Por fim, e novamente, a proposta – seguindo a teoria de Luhmann – é fornecer descrições da realidade mais satisfatórias, ainda que complexas, não limitadas à semântica herdada da tradição, mas capazes de problematizar a realidade de maneira sempre nova.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIKING, H.; DE BOER, J. Food sustainability. Diverging interpretations. **British Food Journal**, Vol. 106, No. 5, 2004, pp. 359-365.

BARALDI, C., CORSI, G., ESPOSITO, E. **Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi**

sociali. Milano: Franco Angeli, 2002.

BAUMAN, Z. **Liquid Modernity** - Lecture on the ANSE-conference 2004 "Value dilemmas as a challenge in the practice and concepts of supervision and coaching" on May 8th 2004 in Leiden/The Netherlands.

CEVOLINI, A. Tempo e decisione. Perché Aristotele non ha un concetto di rischio?. **Divus Thomas**, 118, 1/2015, pp. 221-249.

_____. Autoreferenza del senso ed evoluzione delle idee: il contributo della teoria dei sistemi sociali alla sociologia del sapere. **Riflessioni Sistemiche**, 11, dicembre 2014, pp. 43-53.

DAVICO, L. Eco e sostenibilità: il contributo della sociologia all'analisi dell'ambiente. In: C. Cipolla (Org.). **La spendibilità del sapere sociologico**. Milano: Franco Angeli, 2002, pp. 113-123.

FABBRIZZIA, S.; MAGGINO, F.; MARINELLI, N.; MENGHINI, S.; RRICCIA, C.; SACCHELLI, S. Sustainability and food: a text analysis of the scientific literature. **Agriculture and Agricultural Science Procedia**, 8, 2016, pp. 670-679.

GLAVIC, P.; LUKMAN, R. Review of sustainability terms and their definitions. **Journal of Cleaner Production**, 15, 2007, pp. 1875-1885; DOI: 10.1016/j.jclepro.2006.12.006.

LA POSTA, L. Svolta autarchica per la Cina sostenibile. **Il Sole 24 Ore**, 20/02/2018; url: http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-20/svolta-autarchica-la-cina-sostenibile-105435.shtml?uuid=AEENV2zD&refresh_ce=1.

LUHMANN, N. **Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli**. A. Cevolini (Org.). Roma: Armando Editore, 2013.

_____. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005 (**Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000).

_____. Oltre la barbarie. **Sociologia e politiche sociali**, n. 3, pp. 117-128, 1999 (Jenseits von Barbarei. In: Miller, M.; Soeffner, H.G. (Org.). **Modernität und Barbarei**. Frankfurt am Main: Sukhamp, 1996. p. 219-230).

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. **Comunicazione ecologica: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?**. Milano: Franco Angeli, 1989 (**Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?**, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986).

_____. **Struttura della società e semantica**. Roma-Bari: Laterza, 1983 (**Gesellschaftsstruktur und Semantik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980).

NOE, E.; ALRØE, H. F. Sustainable agriculture issues explained by differentiation and structural coupling using social systems analysis. **Agronomy for Sustainable Development**, 2015, 35 (1), Springer Verlag/EDP; Sciences/INRA, pp. 133-144.

WCED. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**, 1987.

DANO MORAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Gisele Santos Cabral[1]

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação trata do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua concretização através do dano moral. O que se pretende responder é se o dano moral coletivo é um instrumento justificável para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Tem-se em vista o caráter individual do dano moral em contraposição com a característica difusa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para responder a tal indagação foi utilizado o método bibliográfico e consulta jurisprudencial. Em um primeiro momento, foi realizada uma rápida explanação a respeito do meio ambiente como direito fundamental. Em seguida, passou-se a discorrer sobre o tema dano moral ambiental. Dessa forma, foi analisado o instituto do dano moral ambiental individual, através de levantamento bibliográfico e analise jurisprudencial. Em seguida, analisou-se o tema sob a ótica do dano moral ambiental coletivo, enfrentando a questão. O que se pretendeu demonstrar com o presente estudo é que o dano moral coletivo encontra fundamentação jurídica para a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A Constituição de 1988, ao conferir em seu artigo 225, *caput* e seus parágrafos a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conferiu de forma positivada a proteção ao meio ambiente. Ainda, entendeu o constituinte ser o meio ambiente direito de *todos*, ressaltando o caráter difuso do bem ambiental. Em síntese, o meio, ambiente, passou a ter características individuais e coletivas ao mesmo tempo. Portanto, o meio ambiente passou a ser direito fundamental.

Mais do que um direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado constitui, para alguns autores, um princípio. (BAPTISTA, 2015, p. 16).

Para Marco Aurelio Mello (2018, p. 27) a Carta Federal, no artigo 225, assegura ao cidadão o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Trata-se de direito fundamental de terceira geração, fundado a partir dos valores de solidariedade e fraternidade que devem permear as gerações, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Assim leciona:

> Este ponto é de alta importância: o direito aproveita ao ser humano considerado tanto em individualidade quanto em coletividade, devendo ser comprometido como bem maior imprescindível à sobrevivência, valor ético essencial da humanidade, de modo que a proteção não cabe apenas ao Estado, mas à todos.

Dessa forma, resta evidenciado, o caráter dúplice do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, o caráter individual e social, uma vez que juntamente com o direito à vida, à igualdade, à liberdade, está caracterizado pelo seu aspecto social, transcendendo a individualidade.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao ingressar na Carta Constitucional de 1988 trouxe a consciência da necessidade de conviver em harmonia com o meio ambiente. Ao expressar que "todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial a sadia qualidade de vida" deixou de forma manifesta o constituinte que se trata de norma de direito fundamental.

---

[1] Advogada. Mestranda em Direito pela FMP. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS. Especialista em Gestão Empresarial pela FGV. Graduada em Direito pela FMP.

Sendo assim, torna-se plenamente justificável a equiparação do direito ao meio ambiente equilibrado a direito fundamental.

O dano moral ambiental é considerado o de natureza extrapatrimonial causado ao meio ambiente. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao ter sido equiparado a direito fundamental, admitiu-se a possibilidade da reparação de dano moral ambiental.

3 DANO MORAL AMBIENTAL

O dano causado ao meio ambiente também poderá acarretar dano não patrimonial ao indivíduo. Este dano tanto poderá ser dado na esfera individual como na esfera coletiva. Muito se tem discutido a respeito da possibilidade da reparação do dano moral ambiental. Embora a doutrina predominante reconheça em seus principais manuais a possibilidade da reparação civil por dano moral ambiental, a jurisprudência nem sempre tem garantido esse direito.

O dano moral ambiental é considerado um "dano extrapatrimonial específico e diverso dos demais danos extrapatrimoniais, causados a bens materiais e imateriais coletivos ou difusos, resultante de uma lesão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado." (MIRRA, 2002, p. 93).

O dano moral ambiental atinge não somente o patrimônio ambiental, mas a vida humana como um todo, haja vista trata da saúde e da qualidade de vida do indivíduo.

O fundamento para reconhecimento do dano ambiental imaterial é a percepção de que o dano ambiental não se reduz a aspectos patrimoniais. Daí se deve excluir a ideia de que a lesão ao patrimônio seja um elemento essencial ao dano, podendo considerar prejuízo à saúde, por exemplo. A lesão ambiental está muito vinculada ao direito da personalidade, mas não restringido, pois este é conhecido tradicionalmente como relacionado à pessoa física e no que concerne ao dano ambiental, abraçando uma característica mais abrangente e solidária, tratando-se, ao mesmo tempo de um direito individual e da coletividade. O dano moral é um dano autônomo em relação ao patrimonial e, muitas vezes, de maior repercussão para o lesado em função da possibilidade de reestabelecer o *status quo ante* (LEITE, 2004, p. 367). De acordo com Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 292):

> A reparação pecuniária, no caso, visa contrabalançar e amenizar, sempre na medida do possível, a sensação de dor, sofrimento ou angústia causada pelo prejuízo moral, ainda que apareça inevitavelmente conjugada a idéia de sansão ao comportamento responsável. Crescem, sem dúvida, as dificuldades no que se refere à determinação do montante compensatório, mas o princípio da reparabilidade completa do dano extrapatrimonial permanece íntegro.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem dúvida, um desses novos direitos do homem, que faz com que surja uma figura social, menos pessoa singular e mais coletiva. De fato, não se pode dissociar o social do individual, considerando que o ser humano sente os efeitos da lesão perpetrada em face do bem ambiental da coletividade. Com efeito, quando se lesa o meio ambiente, em sua concepção difusa, atinge-se concomitantemente a pessoa no seu status de indivíduo relativamente à cota-parte de cada um e, de forma mais ampla, toda a coletividade (LEITE, 2011, p. 287).

Com efeito, surge a controvérsia a respeito da necessidade de reparação por dano moral ambiental. Esse dano poderá ser tanto de natureza individual quanto coletiva. Sendo assim, a existência de dano moral ambiental, encontra diferente justificativa para seu reconhecimento no âmbito individual e coletivo. Dessa forma, serão analisados separadamente.

3.1 DANO MORAL AMBIENTAL INDIVIDUAL

De maneira simplificada, pode-se afirmar que a lesão ao bem ambiental causa dano de natureza não patrimonial ao individuo, uma vez que tiver comprometido seu estado de ânimo em decorrência da lesão ambiental. Desde já surge a indagação: é possível a reparação civil por dano moral ambiental na esfera

individual?

É visto que ao sofrer dano moral o indivíduo é submetido a sentimentos como dor, angústia, redução da autoestima, sofrimento físico ou psíquico. A lesão ao meio ambiente poderá ocasionar tais sentimentos ao ser humano, porquanto terá sua qualidade de vida comprometida. Trata-se, portanto, de dano moral reflexo, ou seja, sofrimento decorrente do dano ambiental.

Cabe ressaltar que a lesão causada deverá ter impacto sobre a vida e subjetividade do individuo. Conforme já explanado anteriormente, não é um mero desconforto que causa dano moral, mas algo de dimensão real, a ponto de ferir a subjetividade do indivíduo. Ao sofrer dano moral, então poderá surgir a reparação do mesmo. Nesse sentido, Édis Milaré (2009, p. 869-867), chama a atenção para a possibilidade de reparação por dano ambiental individual:

> Quando ao lado da coletividade, é possível identificar um ou alguns lesados em seu patrimônio particular, tem-se o dano ambiental individual, também chamado ricochete ou reflexo; essa é a modalidade de dano ambiental que, ao afetar desfavoravelmente a qualidade do meio, repercute de forma reflexa sobre a esfera de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de outrem. [...]. Este dano individual pode ser elencado dentro do gênero dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou a doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriundas da lesão ambiental.

O dano moral ambiental individual é o dano em ricochete, ou seja, acontece quando a lesão ambiental atinge os interesses pessoais do indivíduo. Nesse sentido, José Rubens Morato Leite (2004, p. 261):

> O aspecto subjetivo do dano (em que o interesse ambiental atingido diz respeito a um interesse individual) ocorre quando a vítima experimenta algum sofrimento psíquico de afeição ou físico. Na hipótese da lesão ambiental, configura-se subjetiva quando, em conseqüência desta, a pessoa física venha a falecer ou sofrer deformidades permanentes ou temporárias, acarretando sofrimento de ordem direta interna.

O dano moral ambiental individual é, portanto, o dano sofrido por intermédio do meio ambiente degradado. Trata-se de dano em ricochete, onde o prejuízo sofrido pela vítima aparece como consequência da agressão ao bem ambiental. O caso de despejo de poluentes em um rio, de imediato, quem sofrerá o dano ecológico é o próprio ambiente aquático. Entretanto, quando um usuário do rio, seja um pescador, seja um veranista, ou um morador que utilize a água para beber ou tomar banho, terá o dano em ricochete configurado. As vítimas de dano reflexo ao meio ambiente são pessoas que utilizam os bens ambientais, cuja lesão aos mesmos causa dano ao ser humano em particular.

O dano ao meio ambiente tem, dessa forma, reflexo ao particular, que sofre lesão em sua subjetividade individual em decorrência do dano ambiental. Nesse contexto, Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 92):

> A agressão ao meio ambiente em si mesma não constitui uma dor, um sofrimento ou um abalo moral, ainda que se possa imaginar a possibilidade de encontrarem-se naturalistas dotados de extrema sensibilidade a ponto de experimentarem dor ou sofrimento de grande intensidade devido a destruição de uma espécie da fauna ou flora ou de um ecossistema. Mesmo assim estar-se-á diante de um dano, no caso pessoal, causado mediatamente a um ou vários sujeitos de direito, por força da agressão imediata ao meio ambiente, assumindo a forma de um dano ricochete.

Os danos ambientais reflexos são considerados, pela doutrina, como danos causados às pessoas decorrentes da degradação ambiental. Tal posicionamento encontra respaldo na doutrina estrangeira. Pelas palavras de José de Souza Cunhal Sendim (2002, p. 37):

> O facto causador do dano através do ambiente- provocou a perturbação de situações favoráveis protegidas pelo Direito- bens de personalidade (ex: danos à saúde e danos morais) e danos patrimoniais. Em suma, provocou a violação de direitos subjectivos [...]. Não se trata, todavia, de bens jurídicos protegidos com vista à obtenção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, mas sim de bens e interesses individuais cuja proteção não é determinada pela axiologia ambiental.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos bens e valores indispensáveis à personalidade humana, considerado essencial á sadia qualidade de vida, portanto, à dignidade social. Nesta acepção, o direito de personalidade ao meio ambiente justificar-se-ia, porque a existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana. Com efeito, se a personalidade humana se desenvolve em formações sociais e depende de um meio ambiente para a sua sobrevivência, não há como negar um direito análogo a este (LEITE, 2011, p. 27).

A proteção ambiental, consagrada pelo art. 225, exige do intérprete opções valorativas sobre o exercício dos direitos individuais, cotejados com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (AZEVEDO, 2008, p. 132). Assim, mostra-se necessária uma interpretação jurídica a fim de resguardar os sujeitos de direitos da proteção ambiental.

Exemplo de dano moral ambiental individual pode ser dado através da asma provocada pela emissão de monóxido de carbono, perda do bem estar decorrente do mau cheiro do lixo, doença mental decorrente da intoxicação por agrotóxicos. Tais lesões afetam o ser individual, ou grupo determinado de pessoas. Não se verifica nos exemplos acima dano ao patrimônio do indivíduo, mas mal-estar reflexo, ou seja, decorrente de danos causados ao meio ambiente.

Vários incômodos de vizinhança têm conotação ambiental, como ocorre na emissão de gases poluentes por uma indústria, que afeta a saúde dos moradores vizinhos. Ou, como acontece na poluição sonora gerada por um estabelecimento comercial, que deteriora a qualidade de vida e a saúde dos moradores das proximidades. Assim explica Dionísio Renz Birnfeld (2009, p. 104):

> Nesse contexto, é livre de dúvida que sofre dano moral individual a pessoa que reside ao lado de indústria e recebe, em frente a sua janela, fumaça tóxica que invade a sua casa, vindo sofrer lesão em sua saúde, incômodo pela sua sujeira, tristeza pela situação caótica de vida em que se encontra, abalada na sua tranqüilidade por viver em local insalubre, envergonhada perante conhecidos em função de sua má condição de moradia.

Como há o dever de tutela aos interesses individuais, que podem vir a sofrer danos reflexos decorrentes a degradação ambiental, estes podem vir a ser ressarcidos individualmente. Explica José de Souza Cunhal Sendim (2002, p.38):

> Como se trata de interesses individuais (embora comum a uma categoria de sujeitos), os titulares da indenização podem ser identificados. Em conseqüência, quando a restauração natural não permita ressarcir completamente os prejuízos, vem a justificar-se o pagamento de uma indenização pecuniária aos lesados.

Dessa forma, o objeto primeiro da reparação não é o dano ao meio ambiente em si considerado, mas a lesão ao particular. A cessação da atividade danosa ao meio ambiente traz, é claro, melhoria à qualidade deste, entretanto, tal benefício é alcançado em virtude da atuação tendente a cessar um dano reflexo ao particular e não pela tutela do bem ambiental (BIRFELD, 2009, p. 105).

A tendência dos tribunais é pelo reconhecimento da reparação por dano moral ambiental na esfera individual. Em decisão monocrática[2], o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou seguimento ao recurso interposto pela CORSAN que pleiteava a modificação da sentença que condenou a estação de tratamento a reparar dano moral em R$ 5.000,00. O dano moral individual foi reconhecido devido ao mau-cheiro e proliferação de insetos o qual a estação de tratamento de esgoto deixou de cumprir as obrigações "como o combate ao mosquito na área da ETE e a necessidade de execução de obras com a finalidade de alteração do sistema de tratamento". O dano ambiental individual, desta forma, foi devidamente comprovado.

Em outra apelação, de forma semelhante entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a possibilidade da reparação por dano moral na esfera individual, devido à inundação de imóvel por

[2] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70048952576. Apelante: Companhia Riograndense de Saneamento- CORSAN. Apelado: Gilmar da Silva Soares. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 21 de maio de 2012.

águas pluviais contendo resíduos químicos. Entendeu ser responsável objetivamente o Estado por violação das normas sanitárias. Consideraram ser o dano moral *in re ipsa*, haja vista ser presumível os prejuízos decorrentes da inundação do imóvel de forma frequente e por longo período, com água contendo produtos químicos.[3]

Na decisão acima descrita, cumulou-se a obrigação de reparar os danos materiais com a reparação por dano moral, porquanto apenas a obrigação de não fazer como de reparar os danos do imóvel em virtude da inundação, mostram-se insuficientes em relação aos problemas decorrentes dessa.

Nesse contexto, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça reparação por dano moral e material individualmente aos pescadores em ação de indenização por danos materiais e morais a pescadores causados por poluição ambiental por vazamento de NAFTA. Ocorreu uma colisão de um navio no porto de Paranaguá, ficando os pescadores privados de exercer sua atividade laboral. Além dos danos materiais verificou-se a existência de dano moral, em virtude do sofrimento causado pela privação do trabalho de pescador:

> Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo.[4]

Há que se destacar que o dano moral decorrente da degradação ambiental é mais do que um problema que atinge cada vez mais a população mundial, sendo um fenômeno grave e de forte repercussão na sociedade. Basta estudar um pouco mais a fundo para perceber que os reflexos do dano ambiental são de toda a ordem. Bem por isso, cabível o reconhecimento do dano moral ambiental em caráter individual.

3.2 DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO

Uma vez reconhecido que o dano ao meio ambiente é passível de indenização por dano moral ambiental individual, cumpre analisar o caráter coletivo do dano moral ambiental. Nessa senda surge a discussão a respeito de uma coletividade ter seu sentimento afetado por dano moral. Cumpre perguntar: é possível a reparação de dano moral ambiental coletivo? Ainda nesse sentido, surge outra indagação importante: quais os fundamentos que justificam ou não a indenização por dano moral ambiental coletivo?

Tal entendimento encontra forte eco na doutrina majoritária.

Contudo, argumentos contrários a possibilidade de reparação por dano moral ambiental coletivo associam a necessidade de vinculação da degradação ao meio ambiente com o sentimento de dor e de sofrimento, considerando incompatível com a natureza da transindividualidade, onde o sujeito passível é indeterminado e a natureza da reparação mostra-se indivisível.

Nesse sentido, entendem não existir dano moral ao meio ambiente. Identificando que a ofensa moral aos mares, aos rios, às florestas ou mesmo agressão moral não atingem uma coletividade ou a um grupo de pessoas. Assim, se faz necessário identificar as vítimas do dano moral ambiental, posto que a coletividade não é dotada dos predicados intrínsecos ao ser humano, ou seja a personalidade. Pelas palavras de Rui Stoco (2012, p. 87):

> Não há como sustentar a existência de um dano moral ambiental e, portanto, coletivo, que seja padrão para toda a coletividade, sabido que a dor, o desgosto, a tristeza, aflição, frustração, angústia e outros sentimentos internos ou anímicos são próprios e pessoais de cada um, de sorte que uns sentem mais do que outros, ou mesmo nem sentem.

Em decisão por maioria, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ser possível a indenização por

[3] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70040632366. Apelante/Apelado: Gessi Riffel Viana. Apelante/Apelado: Companhia Riograndense de Saneamento- CORSAN.Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 19 de outubro de 2011.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1114398/PR. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasilia, 8 de fevereiro de 2012.

dano moral ambiental coletivo sob o fundamento de que é necessária a vinculação do dano moral à noção de dor, sofrimento psíquico, sentimentos de caráter individual. Portanto, decidiu não ser compatível a noção de dano moral com a transindividualidade, esta caracterizada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação.[5]

Na decisão em tela, o relator do Recurso Especial, julgou pela impossibilidade do dano moral coletivo, uma vez que o dano moral está vinculado com o sentimento de dor ou sofrimento, em caráter individual. Dessa forma, votou no sentido de que a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa, não sendo viável uma coletividade fazer jus ao dano moral. Assim, fundamentou o Ministro Francisco Falcão ao acompanhar o voto do relator:

> O dano ambiental não comporta na sua generalidade, a responsabilização por dano moral do agente causador da ofensa ao meio ambiente, porquanto para a condenação em dano moral, faz-se impositiva a comprovação de que o estrago alcançou a órbita subjetiva de terceiros, atingindo *uti-singuli* a pessoa, de forma a lhe causar desconforto de caráter individual.

Entretanto, a tendência tem sido a mudança do entendimento, no sentido da aceitação da reparação por dano moral coletivo por lesão ao meio ambiente. Essa visão encontra forte respaldo na doutrinam, mas certa resistência jurisprudencial. Analisando-se recentes julgados, verificou-se que a tendência dos tribunais é pelo reconhecimento do dano moral ambiental, embora não sendo aplicado no caso concreto.

Em ação de indenização por danos ambientais, promovida pelo Ministério Público contra o município de Rio Grande para a reparação de dano moral ambiental coletivo, devido à poluição atmosférica causada por veículos coletivos, foi reconhecida a responsabilização do município pela fiscalização dos poluentes emitidos pelos veículos públicos. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a poluição atmosférica decorrente da fumaça dos veículos automotores não configura em dano moral ambiental coletivo: "não há razão para condenação do [6]Município ao pagamento de dano moral coletivo, especialmente considerando que inexiste situação excepcional, que tenha causado grande comoção, afetando o sentimento coletivo".[7]

Em outra apelação, julgada pelo mesmo Tribunal de Justiça,o Ministério Público estadual, pleiteou a condenação do laboratório farmacêutico Multilab em razão do descarte do lixo. O entendimento, mais uma vez, foi no sentido de não ser cabível a configuração do dano moral ambiental no caso concreto. Argumentou que o dano ambiental em razão de descarte de lixo não autorizava a condenação ao pagamento de valores a título de dano moral ambiental, não obstante seja admissível.

> Indevida a pretensão de condenação por dano moral ambiental porque não se está diante de situação fática excepcional, que tenha causado grande comoção, afetando sentimento coletivo, ausente irreparabilidade ao meio ambiente, o que é fundamental para a fixação da indenização pleiteada.

O Tribunal Regional Federal da 4ª região tem comungado da mesma posição [8], ao entender que embora haja dano moral ambiental coletivo, não tem reconhecido nas ações julgadas pelo Tribunal. Esse posicionamento poderá ser verificado nos casos analisados. A 4ª câmara não reconheceu a possibilidade de em dano moral coletivo em uma apelação cível em que uma empresa logística causou dano à paisagem cultural e histórica do Município de Santa Tereza, RS, ao retirar os trilhos da linha férrea da cidade. Embora

---

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Relator Ministro Luiz Fux. Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 2 de maio de 2006.

[6] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Multilab Indústria e Comércio de Produtos Farmacêuticos LTDA. Apelação Cível Nº 70044852333. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2011.

[7] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70040506511. Apelante/apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante/apelado: Município de Rio Grande. Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle. Porto Alegre, 30 de março de 2011.

[8] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível Nº 0002286- 27.2005.404.7113/RS. Apelante: América Latina Logística do Brasil. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, 6 de outubro de 2010.

tenha sido condenada à reconstrução do bem ambiental, afastou o tribunal a possibilidade de reparação do dano moral coletivo.

Haverá dano ambiental de natureza moral coletiva a ser indenizado nas situações de exposição da população à poluição nas suas mais formas (ruído, poluição atmosférica, hídrica), percebendo-se que a saúde, a tranquilidade e a qualidade de vida da coletividade sofrem um decréscimo, e, mesmo que reparado o dano ecológico puro, a reparação não será integral se não considerada esta dimensão imaterial, de lesão à qualidade de vida. Pela explicação de Annelise Monteiro Steigleder (2004, p.164):

> Os danos ambientais imateriais estarão associados aos danos materiais impostos a prédios, monumentos e demais bens históricos e culturais e aos danos à paisagem, pois a qualidade de vida deve ser compreendida de forma ampla, como passível de abarcar todos os valores culturais de uma sociedade, percebendo-se a emergência de uma nova sensibilidade em relação ao mundo natural, que se abre ao belo, à arte, ao valor da espiritualidade humana.

Sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental. A ofensa ao sentimento coletivo se caracteriza quando o sofrimento é disperso, atingindo considerável número de integrantes de um grupo social ou comunidade. Considera- se desnecessária a unanimidade, ou mesmo o caráter majoritário para sua caracterização (PACCAGNELLA, 1999, p. 47).

Igualmente, de significativa importância, é a questão da reparação integral do bem ambiental, permitindo a cumulação da restauração natural com o dever de indenizar. Isto porque a restauração *in natura* nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

Assim, fica evidenciada uma maior tutela ambiental, tanto ao meio ambiente como bem jurídico autônomo, quanto da coletividade em geral. A reparação por dano moral não apenas tem o objetivo de ressarcimento do sofrimento, mas também de caráter repressivo. A reparação ambiental, deverá portanto, ser realizada de forma integral.

O dano ambiental na esfera coletiva se mostra passível de ser reparado uma vez que a coletividade tem direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Fica evidenciada a necessidade de ultrapassar a esfera individual para atingir a coletividade nos casos de danos de natureza indivisível, porquanto um número indeterminado de pessoas tem seu direito lesado. Ademais, sendo o meio ambiente bem de uso comum do povo, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, o valor da indenização deve ser revertido à coletividade. Portanto, o posicionamento que reconhece a reparação por dano moral ambiental é perfeitamente cabível no ordenamento jurídico.

O dano moral ambiental é um entendimento avançado para a tutela ambiental. É evidente a necessidade da sensibilização do poder judiciário a fim de reconhecer a reparação por dano moral ambiental a fim de tutelar o meio ambiente e garantir a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 CONCLUSAO

Na pesquisa desenvolvida procurou-se demonstrar a possibilidade de reparação por dano moral ambiental tanto em caráter individual quanto coletivo e de sua justificativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A degradação ambiental levanta a necessidade de haver maior tutela ao bem lesado, visando não apenas estancar a destruição ao meio ambiente, mas em ver o bem ambiental recuperado de forma a garantir a qualidade do bem ambiental, a fim de proteger a vida humana e demais formas de vida. Assim, levanta-se o questionamento acerca da possibilidade de reparação por dano moral ambiental.

Em síntese, o dano moral foi entendido como a lesão na esfera não patrimonial sofrido pelo indivíduo de forma intensa, de modo a afetar sua saúde, bem-estar e qualidade de vida, fatos estes que justificam sua reparação.

Mais que na esfera individual, pode-se concluir que a coletividade é sujeita a sofrer danos morais, quando seu sentimento de perda ultrapassar os limites individuais e vir a afetar o grupo como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direito Fundamental ao meio ambiente saudáve. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 91. ano 23. p. 16-27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr-jun-2015.

BIRNFELD, Dionísio Renz. **Dano Moral ou Extrapatrimonial Ambiental.** Porto Alegre: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17.mar 2018.

BRASIL. **Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965.** Institui o Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4772.htm> Acesso em: 10 abr 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 7347, de 27 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 15 maio 2018.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A vaquejada, a interpretação constitucional e o direito fundamental ao meio ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte. v. 17, n. 97, p. 25-33. jan./fev. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano Moral Ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 13, p. 44-51, jan./mar. 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antonio Herman. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos.** Coimbra: Almedina, 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. Dano moral ao meio ambiente. **Revista dos Tribunais**. Ano 101, vol. 915, p. 77-98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A CONSTRUÇÃO DE UMA AGRICULTURA SUSTENTÁVEL SOB O VIÉS DO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO

Leatrice Faraco Daros[1]

Isabele Bruna Barbieri[2]

RESUMO: O objetivo geral do artigo é verificar se o direito ambiental pode contribuir para construção de um sistema agrícola sustentável no qual se promova a proteção ambiental. Assim, pretende-se explicar a história da política agrícola bem como tratar dos avanços e dos retrocessos da legislação agrícola e ambiental, além de abordar os impactos ambientais dos pesticidas e apresentar a produção agrícola sustentável encontrada na agroecologia. Na sequência, o texto propõe-se a discorrer sobre o conceito de desenvolvimento sustentável, sob o viés do Estado de Direito Ecológico. Dessa maneira, se abordará o Estado de Direito para a natureza e se traçará a noção de sustentabilidade, com destaque nos objetivos do desenvolvimento sustentável, especialmente os números 2 e 15. Diante disso, buscou-se comprovar a hipótese aventada de que o direito ambiental pode auxiliar na construção de um sistema agrícola que respeite a natureza. No âmbito metodológico, o estudo pautou-se pelo método indutivo com técnica de pesquisa bibliográfica. Dessa forma, como resultado, observa-se que os princípios consagrados no direito ambiental e os princípios do Estado de Direito Ecológico podem auxiliar na construção de um sistema agrícola sustentável e resiliente. Além disso, também é possível apontar soluções políticas que incentivem os objetivos de preservação no domínio da alimentação. Assim sendo, a conclusão indica que a sustentabilidade e a resiliência na produção de alimentos estão ligadas à proteção e à promoção da biodiversidade, o que pode ser alcançado no modelo de Estado de Direito Ecológico. Ao revés, os retrocessos na legislação prejudicam a biodiversidade e, por consequência, uma produção sustentável e resiliente. Nesse sentido, a agroecologia funciona como instrumento de promoção da justiça ambiental e da segurança alimentar.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Produção de Alimentos. Resiliência. Agroecologia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende averiguar sobre a contribuição do direito ambiental para edificação de um sistema agrícola sustentável e resiliente no qual se promova a proteção da natureza e a preservação da biodiversidade. Dessa forma, o estudo foi estruturado em três partes. Na primeira, aborda-se a política agrícola brasileira, salientando o aspecto histórico, os avanços e os retrocessos da legislação que rege a matéria bem como os impactos ambientais dos pesticidas. Ademais, se apresenta o paradigma agroecológico. Na sequência, intenta-se delinear o conceito de desenvolvimento sustentável, sob o viés do Estado de Direito Ecológico. Assim sendo, o texto procura explicar o que significa o Estado de Direito para a natureza, ou Estado de Direito Ecológico, bem como delimitar o conteúdo da sustentabilidade, tratando dos objetivos do desenvolvimento sustentável, especialmente os números 2 e 15. Nesse panorama, busca verificar a hipótese aventada de que o direito ambiental pode auxiliar na construção de um sistema agrícola que respeite a natureza. Dessa maneira, assinala as linhas gerais da estruturação de um sistema agrícola que persiga a sustentabilidade e a resiliência.

[1] Advogada. Discente de pós-graduação Especialização em Direito Ambiental, Verbo Educacional. Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE). E-mail: faracodaros@gmail.com

[2] Doutoranda em Direito pelo PPGD/UFSC. Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE). E-mail: isabele@ibbadvocacia.adv.br

2 VERSO E REVERSO DA POLÍTICA AGRÍCOLA BRASILEIRA

O tópico visa traçar um breve apanhado histórico da politica agrícola brasileira, destacando o incentivo à monocultura, ao latifúndio e a utilização de agrotóxicos e fertilizantes. Dessa forma, em um segundo momento, o texto foca-se nos problemas ambientais gerados por essa agricultura industrial, especialmente os agrotóxicos, e as perspectivas de um paradigma oposto: o agroecológico.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A política agrícola brasileira nasce e é marcada pelos componentes da exclusão e do monopólio. De fato, ainda na época colonial, a produção rural delineou as características do latifúndio e da monocultura, que passaram por ciclos sucessivos de exploração do solo como ocorreu com o cultivo da cana de açúcar, do algodão e do café[3]. Nesse sentido, Klaus O. Abdala e Marivone Moreira dos Santos (2007, p. 677) apontam que "Ao longo de sua história, o Brasil vem sendo marcado por uma sucessão de delineamentos políticos de caráter excludente e interesses centrados nas visões de pequenos grupos". Flávia Camargo de Araújo e Raul Silva Telles do Valle (2013, p. 4), por sua vez, ao abordarem a relação entre as políticas agrícola e ambiental, notam o descompasso entre ambas. Isso porque a primeira, ao buscar o aumento constante da produção, pautou-se em aspectos econômicos e técnicos, deixando de considerar os limites ecológicos. Essas condicionantes, por seu turno, caracterizam-se como os objetivos da política ambiental.

Outro fator importante no contexto histórico da agricultura brasileira foi a Extensão Rural. De acordo com Marcus Peixoto (2008, p. 7), o termo pode ser entendido como um processo, uma instituição ou uma política. No primeiro caso, está relacionado com a transmissão de conhecimentos, técnicos ou não, para o público rural. Enquanto instituição, a extensão rural é compreendida "[...] como a instituição, entidade ou organização pública prestadora de serviços de Ater[4] nos estados [...]" (PEIXOTO, 2008, p. 8). Por fim, a extensão rural também pode ser vislumbrada como uma política pública traçada pelos diferentes entes governamentais que podem ser executadas por organizações públicas ou privadas (PEIXOTO, 2008, p. 8). A institucionalização da extensão rural no Brasil ocorreu entre as décadas de 1940 e 1950[5], por influência do governo estadunidense, introduzindo um modelo de agricultura moderna e tecnológica[6]. Dessa forma, através do programa de Extensão Rural, observou-se o fomento de uma cultura tecnicista, na qual se propagava a introdução do uso de técnicas e métodos de plantio, adubação e a inserção de sementes híbridas. Assim, o país adotou uma política de modernização agrícola incentivada por critérios de racionalidade econômica, através da mecanização, do capital intensivo e da produção em larga escala, o que acarretou um modelo produtivo atrelado à utilização de insumos, destacando-se os agrotóxicos[7].

---

[3] Conforme expõe Raffaella Rossetto (2004, p. 80-81), a monocultura canavieira, que se iniciou em 1530, desenvolveu-se através do latifúndio, da escravidão e da injustiça social. "O monocultivo aliado à pequena consciência ecológica em todas as atividades agrícolas e industriais modificou as relações dos brasileiros com seu ambiente e causou problemas ambientais, com sensível queda da qualidade da água, do solo e do ar" (ROSSETTO, 2004, p. 80). A autora ainda assevera que os levantamentos realizados na década de 1970 demonstravam a significativa degradação ambiental produzida pela indústria sucroalcooleira. O elevado potencial poluidor se manifestava no descarte de resíduos sólidos, nas emissões gasosas, nos processos agrícolas danosos ao solo, nos rejeitos líquidos dispensados diretamente nos rios. No entanto, segundo Raffaella Rossetto (2004, p. 81), o conceito de desenvolvimento sustentável, aliado à pesquisa científica e ao avanço tecnológico, transformou a cultura canavieira amenizando o potencial poluidor do cultivo.

[4] Ater – Assistência Técnica e Extensão Rural.

[5] Marcus Peixoto (2008) defende que, na história brasileira, ocorreram diversos processos e modelos de extensão rural que podem retroagir às rudimentares políticas públicas do Brasil Imperial. Todavia, no presente artigo, o foco se dá na extensão rural promovida com base no modelo estadunidense.

[6] Ressalta-se que esta era a visão da época, na qual a utilização de insumos químicos e de tecnologia era considerada como positiva, um desenvolvimento necessário para o cultivo do campo. Hoje, tal modelo segue questionado, pois acentuou o cultivo de monoculturas em sistemas de latifúndios, ou seja, um modelo produtor de desigualdades e desequilíbrios sociais e ambientais.

[7] As autoras Heline Sivini Ferreira e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira (2012, p. 189) conceituam agrotóxicos, a partir da Lei nº 7.802/1989, da seguinte forma: "São produtos oriundos de processos físicos, químicos ou biológicos que visam evitar a ação danosa de seres vivos considerados nocivos e, para tanto, alteram a composição da flora ou da fauna existente em seu campo de atuação. Enquadram-se também nessa categoria as substâncias empregadas como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento".

Importante frisar que além de trabalhar em prol do convencimento da população rural para a utilização das tecnologias no campo, o governo brasileiro também implantou um sistema de crédito rural como financiamento, no período da ditadura militar brasileira, em 1964 (CARVALHO; NODARI; NODARI, 2017). Já, no ano de 1975, lançou o Programa Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA), o qual possuía como objetivo a redução da dependência externa com relação aos princípios ativos. Tal iniciativa ocasionou o aumento de 458% na produção de agrotóxicos.

Nesse contexto, os programas de financiamento incentivaram, ou melhor, vincularam o uso de agrotóxicos, como é o caso das instituições financeiras que associam parcela do valor de empréstimo para a aquisição, obrigatória, de substâncias químicas (CODONHO, 2014, p. 48). Dessa maneira, houve um crescimento intenso da indústria brasileira de agrotóxicos e, consequentemente, uma expansão na comercialização desses produtos. Assim, no período de 1975 a 2009, o Brasil esteve entre os seis maiores mercados de agrotóxicos (CODONHO, 2014, p. 48). No ano de 2008, o país assumiu a posição de maior mercado consumidor de agrotóxicos do mundo, lugar outrora ocupado pelos Estados Unidos[8].

2.2 A QUESTÃO DOS AGROTÓXICOS E O PARADIGMA AGROECOLÓGICO: AVANÇOS E RETROCESSOS

A regulamentação dos agrotóxicos no Brasil é marcada por ambiguidades, distorções, imprecisões e fragilidade, falhando na intenção de observar o princípio da precaução[9] (GARCIA, et al., 2005). O Dossiê Abrasco (2012) mostra que produtos banidos em outros países são comercializados no país. Além disso, o estudo evidencia as pressões do agronegócio para flexibilizar as medidas de proteção. Com efeito, há um novo projeto de lei que pretende afrouxar as regras protetivas relativas aos agrotóxicos, na tentativa de reduzir o controle sobre esses produtos e acelerar o seu registro no país. Dentre os vários retrocessos[10], os mais significativos podem ser elencados como: a mudança da terminologia de agrotóxicos para defensivo fitossanitário[11]; a autorização do registro de agrotóxicos sabidamente cancerígenos e que causam danos ao material genético, problemas reprodutivos e relacionados aos hormônios e à má-formação fetal; a aprovação e o registro de substâncias proibidas fora do país; o chamado registro provisório e a redução na fiscalização ao definir o Ministério da Agricultura como único agente responsável pelo registro, excluindo do processo de análise os Ministérios da Saúde e do Meio Ambiente.

É interessante refletir sobre o significado de ser o país com o maior consumo de agrotóxicos sob o prisma da origem desses produtos químicos, utilizados atualmente na produção de alimentos. A história denuncia que a criação dos agrotóxicos não está vinculada diretamente com a prática da agricultura, mas está associada com a atividade bélica durante as duas grandes guerras mundiais (LUTZENBERGER, 1985). Assim, por meio de um processo de adaptação dos restos da guerra, as armas químicas foram transformadas em agrotóxicos (FOLGADO, 2016). Durante as guerras foram desenvolvidas substâncias com o objetivo de destruir tanto as colheitas dos inimigos como a própria proteção arbustiva que serviria como tática militar de proteção. Nesse contexto, o exemplo típico é o "agente laranja", utilizado na guerra do Vietnã e que foi resultado da combinação de dois potentes herbicidas[12] (FERREIRA; FERREIRA, 2012).

Os agrotóxicos estão inseridos no contexto da chamada "Revolução Verde" e fazem parte de um pacote tecnológico para a modernização agrícola, como mencionado alhures, no qual se percebe uma conduta gananciosa e irracional de consumo. No período da "Revolução Verde", é possível perceber o domínio da

[8] Importante apontar que esses dados desconsideram os produtos ilegais, que entram contrabandeados no país.

[9] O princípio da precaução "[...] determina que a incerteza científica não pode justificar a omissão pública ou privada na tomada de decisões sobre a proteção dos bens ambientais" (LEITE, 2015, p. 97).

[10] As propostas fazem parte do Projeto de Lei 6.299/2002, que pretende alterar a Lei de Agrotóxicos de 1989, sendo popularmente conhecido como "Pacote do Veneno".

[11] Amenizar a terminologia não é uma tentativa exclusivamente brasileira. A União Europeia apresenta diversos conceitos de agrotóxicos, tais como: pesticidas, biocidas e produtos fitofarmacêuticos. No documento 'Para uma estratégia temática da utilização sustentável dos pesticidas' da Comissão das comunidades europeias, destaca-se que os produtos fitofarmacêuticos e biocidas, em sua maioria, apresentam efeitos pesticidas, todavia, podem também ser produtos químicos à base de plantas, animais, derivados vegetais e outras substâncias.

[12] Ácido 2,4 – Diclorofenóxiacético e Ácido 2,4,5 – Triclorofenoxiacético.

indústria sobre a agricultura tradicional, o que se explica, em parte, pela propagação da ideia de acabar com a fome no Mundo. No entanto, a Revolução Verde não trouxe a segurança alimentar, mas significou a imposição da utilização de maquinários, fertilizantes e agrotóxicos (FOLGADO, 2016).

Em termos ambientais, os agrotóxicos constituem um dos mais sérios problemas de poluição[13], pois afetam desde a produção até o consumo dos alimentos. Além disso, eles também atingem todos os demais seres vivos, produzindo danos tanto nos biomas como nos animais e nos ecossistemas. Ademais, eles representam um perigo direto para a saúde dos trabalhadores do campo. Com efeito, a utilização dos agrotóxicos rege-se pelo signo da imprevisibilidade e da incerteza. Isso porque, no caso das substâncias químicas, o tempo necessário para que a Natureza se adapte não se limita aos anos de uma vida humana, mas gerações inteiras. No entanto, mesmo considerando a noção de tempo em gerações, a possibilidade de conformação é questionada diante da quantidade intensiva de novas substâncias químicas[14] produzidas (CARSON, 1962).

Deste modo, a Revolução Verde trouxe novas técnicas de reprodução e hibridação de plantas, além da tecnologia militar na produção de pesticidas, herbicidas e fertilizantes sintéticos e agrícolas bem como a mecanização da colheita. Esses avanços tecnológicos representaram, por um lado, o aumento do rendimento, mas, por outro, o incentivo às monoculturas em oposição a uma diversificação de culturas (EUBANKS II, 2013, p. 4), o que atenderia aos interesses de uma justiça alimentar. Portanto, esse tipo de política agrícola favoreceu a "agricultura industrial", que é caracterizada pela monocultura em larga escala, a limitação da variedade de cultivos, a utilização massiva de químicos sintéticos e a separação dos animais e da plantação. Esse modelo favorece a utilização dos agrotóxicos[15] e dos fertilizantes, pois a monocultura tende a eliminar ou reduzir drasticamente o controle natural de pragas e a riqueza de nutrientes do solo, eliminando a diversidade que poderia controlar naturalmente o solo. Em vista disso, nota-se que tal modelo agrícola tem o potencial de contribuir para uma variedade de impactos ambientais e socioeconômicos (ANGELO; HENNES, 2013, p. 36).

A função dos agrotóxicos é matar ou perturbar os organismos vivos, liberados em grandes áreas, eles representam potenciais riscos ecológicos tanto para as espécies individuais como para os ecossistemas globais, dependendo de fatores como a toxidade, a persistência no ambiente, o método de aplicação, a quantidade utilizada e suscetibilidade dos organismos (ANGELO; HENNES, 2013, p. 39). Carson (1962, p. 17-18) já assinalava sobre a questão dos efeitos dos pesticidas no conjunto da biodiversidade, pois naquela época já era possível notar que a utilização ampla de inseticidas nos Estados Unidos, embora direcionados para matar insetos específicos, acabava por aniquilar outros[16]. Desse modo, percebeu-se que eles também podem afetar espécies que não seriam o seu alvo, como é o caso das borboletas e das abelhas. De fato, as abelhas são vitais para os sistemas agrícolas, fornecendo serviços ecológicos como a polinização de um terço das colheitas ao redor do mundo. As abelhas podem morrer pelo contato direto com os agrotóxicos ou podem carregar o produto para a colônia acarretando o colapso da colmeia (ANGELO; HENNES, 2013, p. 41). Nesse âmbito, outro problema relacionado aos agrotóxicos diz respeito à incerteza quanto os seus efeitos sobre os microrganismos ecologicamente significativos. Assim, a morte dos microrganismos do solo, causada pelos agrotóxicos, pode expor as culturas agrícolas a doenças, reduzindo o resultado da safra, além de diminuir a fixação de nitrogênio no solo, acarretando a necessidade de fertilizantes, e prejudicar o serviço ecológico de decomposição (ANGELO; HENNES, 2013, p. 42).

[13] A poluição é a consequência da atividade humana, é o produto do processo das novas tecnologias. São mudanças nocivas produzidas pela atividade humana, na qual não há controle nem previsibilidade, e aqui reside o comportamento incerto da ciência.

[14] As substâncias químicas "[...] são as criações sintéticas do espírito inventivo do Homem; são substâncias compostas nos laboratórios, e que não têm as contrapartes correspondentes na Natureza" (CARSON, 1962, p. 17).

[15] De acordo com a legislação brasileira, os agrotóxicos estão organizados em três grupos principais: herbicidas, utilizados no controle de ervas daninhas; inseticidas, usados no controle de pragas; e fungicidas, aplicados para inibir a ação de fungos. Eles também são classificados quanto ao potencial de toxidade ambiental, de acordo com aspectos de biocumulação, persistência, potencial mutagênico e carcinogênico: altamente perigosos – classe I; muito perigosos – classe II; perigosos – classe III; e pouco perigosos – classe IV.

[16] Desde meados de 1940 foram criados mais de 200 substâncias químicas para a utilização perante os insetos, ervas daninhas, roedores e outros organismos, considerados "pestes, "pragas" para a modernidade. Ocorre que, esses produtos não são seletivos e matam toda a espécie de insetos, seja "bons" ou "ruins", pássaros, peixes, plantas, e ainda permanecem no solo, isso tudo para, objetivamente, exterminar um inseto apenas (CARSON, 1962, p. 17).

Diante de tal panorama, o modo isolado e compartimentado das pesquisas que tratam dos efeitos nocivos, persistentes e preocupantes advindos das poluições químicas dificulta o estabelecimento de relações de causa e efeito sob o fundamento de que não foi comprovado cientificamente o malefício ou de que se desconhecem totalmente os efeitos de alguns químicos. Dessa forma, em um cenário de irresponsabilidade organizada, como pontuou Ulrich Beck, os "[...] riscos são bens de rejeição, *cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário* – de acordo com o princípio: '*in dubio pro progresso*', e isto quer dizer: na dúvida, deixa estar" (BECK, 2011, p. 40-41).

Portanto, percebe-se que, de uma agricultura milenar adaptada e sustentável passou-se a uma transformação na qual houve a apropriação dessa atividade pela indústria, cuja conotação do lucro está impressa em suas raízes. Nesse sentido, Cleber Adriano Rodrigues Folgado (2016, p. 260) ressalta a importância de compreender que o agronegócio resulta do acordo "[...] entre o capital financeiro internacional, que atua através dos bancos, com as empresas transnacionais que atuam no ramo da agricultura, tais como Monsanto, Syngenta, Bayer, entre outras, e, por fim, com os latifundiários". (FOLGADO, 2016, p. 260). O modelo é sustentado por monoculturas em grandes propriedades de terras, nas quais a produção é voltada para o mercado externo, para a produção de soja para pecuária, ao invés de fornecer alimento para a população. As monoculturas são simplificações que negam a diversidade e a variabilidade da natureza. Dessa maneira, percebe-se que o incentivo a uma política agrícola baseada na tecnologia e nos insumos químicos não condiz com um ideal de sustentabilidade e resiliência.

De maneira oposta às normas do sistema convencional de produção agrícola, a agricultura sustentável baseia-se na incorporação da ecologia aos sistemas agrários. Conforme explica Marina Demaria Venâncio (2017, p. 217-218), a Agroecologia é uma ciência transdisciplinar na qual se aplicam os princípios e os conceitos ecológicos para modelar e gerenciar agroecossistemas sustentáveis, através de um "[...] estudo holístico que abarca as interações e interconexões entre os elementos humanos e ambientais" (VENÂNCIO, 2017, p. 219-220). A autora ainda explica que, no Brasil, "[...] o termo *agroecologia* passou também a ser utilizado para indicar uma teoria crítica, uma prática social e um movimento social que, em geral, advogam para o estabelecimento de sistemas alimentares mais sustentáveis" (VENÂNCIO, 2017, p. 220).

No paradigma agroecológico há o reconhecimento da interdependência e interconexão que existe na natureza, aplicando a ciência ecológica aos sistemas de produção de comida e promovendo a saúde dos solos, das plantas, dos animais e dos seres humanos. Promove-se a conservação da biodiversidade e a intensificação dos serviços ecossistêmicos. Também se assegura a liberdade de escolha e controle das sementes, priorizando-se a produção local de alimentos e respeitando tanto o conhecimento tradicional como o conhecimento feminino sobre a biodiversidade, os ecossistemas, a saúde e a nutrição. Assim, cria-se um ambiente para que se alcance a tanto segurança como a soberania alimentar (VENÂNCIO, 2017, p. 220; SHIVA, 2016).

Em termos legislativos, no ano de 2003, a Lei n. 10.831 dispôs sobre o sistema orgânico de produção, o qual compreende os sistemas de produção sustentáveis: orgânicos, ecológicos e agroecológicos. O artigo 1º do referido diploma legal explica o que pode ser entendido por "sistema orgânico de produção agropecuária" asseverando que compreende "[...] todo aquele em que se adotam técnicas específicas, mediante a otimização do uso dos recursos naturais e socioeconômicos disponíveis e o respeito à integridade cultural das comunidades rurais" (BRASIL, 2003). Dessa maneira, a Lei n. 10.831 pretende alcançar uma "sustentabilidade econômica e ecológica" (BRASIL, 2003) bem como a melhoria dos benefícios sociais, a diminuição da dependência enérgica, a supressão do uso de organismos geneticamente modificados e das radiações ionizantes, enfim, a proteção do meio ambiente (BRASIL, 2003).

Ainda, no ano de 2003 também foi instaurada a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER) a qual perseguia a promoção do desenvolvimento rural sustentável. No entanto, no ano de 2010, a Lei 12.188 alterou o discurso anterior e suprimiu o enfoque agroecológico.

Todavia, a presença na agroecologia na politica pública brasileira foi novamente recepcionada pelo Decreto n. 7.794 de 2012, que instituiu a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO). Essa, por sua vez, foi operacionalizada por meio do Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica

(PLANAPO), também divulgado como "Brasil Ecológico" (VENÂNCIO, 2017, p. 221). Portanto, pode-se perceber que a agroecologia fomenta uma nova visão no campo da produção alimentar e fomenta uma postura centrada nos valores ecológicos. Essa realidade, como se poderá notar, está em compasso com a proposta de ecologização do Direito, por meio da construção teórica do Estado de Direito Ecológico ou Estado de Direito para a Natureza, assunto abordado no próximo tópico.

3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO

Em uma sociedade imersa no risco, característico da modernidade reflexiva[17], na qual as ameaças produzidas pelas novas tecnologias são invisíveis, abstratas e imprevisíveis, o direito também necessita de reformulação (PARDO, 2005; LEITE et al., 2017, p. 63). Assim, este item abordará o que se entende por Estado de Direito Ecológico bem como pretende traçar os parâmetros da noção de sustentabilidade dentro do novo panorama jurídico.

3.1 A COMPREENSÃO DO ESTADO DE DIREITO PARA A NATUREZA

O Estado de Direito Ecológico ou Estado de Direito para a natureza é uma proposição teórica em construção que segue a orientação dos princípios jurídicos ambientais, dentro de uma visão ecocêntrica, e incorpora a noção de sustentabilidade no discurso jurídico. Essa perspectiva procura fornecer subsídios para o entendimento da crise ambiental e alicerces epistemológicos para a ciência jurídica, ecologizando o direito (LEITE et al., 2017, p. 166-199; VENÂNCIO, 2017, p. 223). Nesse momento histórico em que são inegáveis os efeitos deletérios das ações humanas no meio ambiente - no qual se discute, inclusive, uma nova era geológica, chamada de Antropoceno, que destacaria as modificações geológicas ocasionadas pelas ações antrópicas – é imprescindível se pensar em um modelo de Estado comprometido com a busca de uma relação harmônica entre a humanidade e o Planeta.

Em sua acepção clássica, o "Estado de Direito" é um ideal antropocêntrico, conforme assinala Christian Bugge (2013, p. 7), pois não considera a natureza como um sujeito. Assim, a concepção de Estado de Direito para a natureza pode apresentar dois significados. A primeira perspectiva refere-se à importância do Estado de Direito para a administração da natureza e dos recursos naturais. A segunda, por seu turno, diz respeito à extensão de importantes elementos do Estado de Direito para além dos seres humanos. Desse modo, almeja a integridade e a segurança da natureza através de uma melhor proteção legal contra as atividades humanas que possam ameaçá-la ou danificá-la, da mesma forma que os cidadãos são protegidos pelo direito (BUGGE, 2013, p. 7). Portanto, essa perspectiva visa desconstituir o viés antropocêntrico do Estado de Direito.

José Rubens Morato Leite et al. (2017, p. 166-199) procuram explicar o Estado de Direito Ecológico discorrendo sobre os princípios que fundamentam essa nova perspectiva de abordagem do Direito Ambiental (ecologizado). Desta forma, trazem os princípios assinalados na Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental, elaborada pela União Internacional para Conservação da Natureza – IUCN, que pretendem promover a justiça ambiental. Os autores elencam os princípios em quatro grupos: princípios ecológicos; princípios humano-ambientais; princípios socioambientais; e princípios-garantia.

Os princípios classificados no primeiro grupo (ecológicos) são aqueles que possuem a natureza como destinatário, tais como: o princípio da responsabilidade de proteção da natureza[18]; o princípio *in dubio*

[17] Enquanto a modernidade simples lida com riscos concretos, fabris e profissionais limitados geograficamente ou por grupos específicos, a modernidade reflexiva trata da produção de ameaças globais supranacionais e independentes de classes, com ameaças complexas e imprevisíveis (LEITE et. al., 2017, p. 63).

[18] De acordo com José Rubens Morato Leite et al. (2017, p. 185), esse princípio "[...] afirma que todos – pessoas, estados e entidades privadas – possuem uma responsabilidade universal de cuidar e promover o bem-estar de outras espécies e ecossistemas e de estabelecer um limite para seu uso e exploração, independente de seu valor para os seres humanos, em razão de toda a vida ter um valor inerente a existir".

pro natura[19]; e o princípio da sustentabilidade ecológica e resiliência[20]. Os princípios que retratam direitos humanos com feição ambiental estão agrupados no segundo conjunto (princípios humano-ambientais): direito a ter natureza; equidade intrageracional; e equidade intergeracional[21]. Na terceira categoria estão os chamados princípios socioambientais que abrangem o princípio da equidade de gênero; o princípio da participação das minorias e de grupos vulneráveis; e o princípio sobre os povos indígenas e as pessoas tribais[22]. Por fim, os princípios que procuram garantir um mínimo ecológico estão no grupo dos princípios-garantia: princípio da não regressão; e o princípio da progressão da proteção ambiental[23].

Esses princípios constituem o núcleo essencial de um Estado de Direito Ecológico e se combinam com os princípios mais tradicionais do Direito ambiental: princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio da informação e da participação, princípio da cooperação, princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador, princípio da função socioambiental da propriedade e princípio do mínimo existencial ecológico.

Portanto, o Estado de Direito para a natureza é uma revisão do Estado de Direito Ambiental, isso porque há uma complementaridade, a fim de fortalecer o caráter biocêntrico, no qual os valores naturais serão protegidos pela lei da mesma forma que a lei protege os cidadãos.

3.2 DA CRISE AMBIENTAL À SUSTENTABILIDADE

De acordo com Christian Bugge (2013, p. 03-26), o sistema dominante de valores, relacionado ao crescimento econômico e ao consumo material, tem a crise ambiental enraizada em seu amago. Dessa maneira, esclarece que os problemas ambientais estão relacionados aos efeitos colaterais dos objetivos e das ambições sociais e econômicas da civilização ocidental moderna, a qual desconhece uma ética da natureza, que limitaria a sua atuação. Apesar disso, a crise ambiental despertou os Estados para a emergência da proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, Daniel Bodansky (2011, p. 21-35) explica que é possível notar três fases no Direito Ambiental Internacional: a conservação, a preservação e o desenvolvimento sustentável. O primeiro período estava focado na viabilidade da utilização da natureza por parte do ser humano e se concentrou

[19] O princípio *in dubio pro natura* indica que, na dúvida, deve-se decidir de maneira mais favorável ao meio ambiente. Assim, "O princípio hermenêutico do in dubio pro natura é decorrente do princípio da precaução, pelo qual a ausência de certezas científicas não deve servir de sucedâneo à degradação do meio ambiente, pois, havendo dúvida, decide-se a seu favor, obstando a atividade degradadora" (LEITE et al, 2017, p. 186).

[20] José Rubens Morato Leite et al. (2017, p. 187) assinalam que "Sobre o princípio de sustentabilidade ecológica e resiliência (princípio 4), a Declaração afirma que se deve tomar medidas jurídicas e não-jurídicas para proteger e restaurar a integridade do ecossistema e também de proteção da resiliência dos sistemas socioecológicos, sendo a manutenção da saúde da biosfera para a natureza e para a humanidade uma consideração primária na elaboração de políticas, legislações e na tomada de decisões".

[21] "O direito a ter natureza (princípio 2) estatui que todos possuem o direito à natureza como uma herança comum da humanidade, em vista de ser vital para sua saúde física e mental, além de ser a base da qual a vida humana e dos outros seres dependem" (LEITE et al., 2017, p. 189). Já, "O princípio da equidade intrageracional (princípio 5) afirma que deve haver um acesso justo e equitativo aos benefícios dos serviços ecossistêmicos, bem como dos danos advindos da poluição, devendo os recursos naturais serem geridos economicamente por meio de alta eficiência e prevenção de resíduos. Por fim, [...] o princípio da equidade intergeracional (princípio 6) refere-se à que as gerações presentes garantam a saúde, a diversidade e a produtividade do ambiente para que as gerações futuras possam ter acesso equitativo a seus benefícios" " (LEITE et al., 2017, p. 190-191).

[22] "O princípio da equidade de gênero (princípio 7) afirma que deve ser incorporado em todas as políticas, decisões e práticas ambientais, reconhecendo que os impactos da degradação atingem desproporcionalmente mulheres e meninas e também que reconheçam sua importância para a sustentabilidade. [...] O princípio de participação das minorias e grupos vulneráveis (princípio 8) afirma que se devem incluí-los, incluindo acesso à informação e à justiça e participação aberta e inclusiva na tomada de decisões. [...] O princípio sobre povos indígenas e tribais (princípio 9) afirma que possuem direito a suas terras e que seu uso deve ser livre e previamente informado" (LEITE et al., 2017, p. 192-193).

[23] "[...] o princípio da não regressão (princípio 10) afirma que não se devem tomar ações, cujos efeitos finais diminuam a proteção jurídica do ambiente e do acesso à justiça ambiental. Já o princípio de progressão (princípio 11) estatui que se deve revisar progressivamente e fortalecer leis e políticas relacionadas à proteção e conservação do ambiente regularmente, tendo em vista o conhecimento científico mais recente e as políticas de desenvolvimento" (LEITE et al., 2017, p. 194-195).

nos países do Norte global. A segunda fase, por sua vez, inicia-se na década de 1960, na chamada "era ecológica", destacando-se o lançamento do livro "Primavera Silenciosa" de Rachel Carson. Nesse estágio aconteceu a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, no ano de 1972, em Estocolmo, que serviu como estímulo para o avanço do Direito Ambiental. A terceira etapa está marcada pelo regresso da agenda ambientalista nos anos de 1980 e a percepção da finitude dos recursos naturais bem como o inicio das preocupações sobre o aquecimento global. Além disso, nesse período, que persiste até os dias atuais, abordam-se problemas complexos que demandam mudanças econômicas e sociais para que se possa manter o equilíbrio dos sistemas naturais, os quais são indispensáveis para a sobrevivência da própria espécie humana. Ademais, lentamente os seres humanos estão reconhecendo a sua relação de pertencimento à natureza, ao contrário do que apregoava a visão antropocêntrica e cartesiana do passado.

Apesar do terceiro (e atual) momento de transformação do Direito Ambiental (Internacional) ser conhecido como fase do desenvolvimento sustentável, ainda não há um consenso sobre o significado e o conteúdo do termo, conforme assinala Daniel Bodansky (2011, p. 33). A conceituação mais conhecida da noção de desenvolvimento sustentável é aquela constante no relatório "Nosso Futuro Comum", de 1987, produzido pela comissão Brundtland: "O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades".

Todavia, como pontua Christina Voigt (2013, p. 146), embora a noção de desenvolvimento sustentável tenha aparecido na década de 1980, não se pode afirmar que o mundo tenha se tornado mais sustentável. Ao contrário, apesar do avanço científico em diferentes áreas, o ser humano não consegue frear a degradação ambiental que perpetrou ao longo de sua existência na Terra.

A autora (VOIGT, 2013, p. 147) aponta que o cenário de insustentabilidade resulta de causas externas – os interesses econômicos imediatos dos Estados e a ausência de vontade política para mudar as práticas, por exemplo – e de motivos inerentes ao conceito de desenvolvimento sustentável. Dessa forma, esclarece que a sustentabilidade - a integração entre os aspectos ambientais, econômicos e sociais, quando compreendida em sua dimensão meramente processual acarreta uma visão rasa da definição. Nesse sentido, é entendida como a consideração dos elementos ambientais enquanto se promove o desenvolvimento econômico irrestrito ou o equilíbrio de três circunstâncias iguais. Assim, adverte que o desenvolvimento sustentável demanda, prioritariamente, o respeito às funções ecológicas além de exigir a obediência aos limites ecológicos. Essa perspectiva da sustentabilidade aproximaria o conceito aos direitos para a natureza. Portanto, conforme alerta Christina Voigt (2013, p. 153): "A integração no contexto do desenvolvimento sustentável com o objetivo de garantir a integridade ambiental exige que os limites (limiares) finais ecológicos sejam respeitados", os quais definem as restrições ecológicas para as atividades humanas e para o desenvolvimento.

Gerd Winter (2009, p. 2-4), por sua vez, ao tratar do desenvolvimento sustentável, traz a concepção de sustentabilidade fraca apontando que o tradicional conceito dos três pilares, apesar de ter desafiado políticas públicas e mandamentos legais a considerarem as implicações ambientais, não se mostra suficiente. Já, a chamada sustentabilidade forte "[...] requer a promoção de valores que encorajem padrões de consumo que estão dentro dos limites das possibilidades ecológicas" (WINTER, 2009, p. 10). Nessa concepção o aspecto ambiental é a base ou fundamento sobre o qual se apoiam os pilares sociais e econômicos, realçando a importância e a indispensabilidade da proteção do meio ambiente.

Klaus Bosselmann (2013, p. 75-76) denuncia que o direito não consegue dar respostas satisfatórias para a crise ambiental e acaba sendo conivente com a degradação do meio ambiente, ao estimular práticas e usos que atentam contra os limites da natureza. Na concepção de Klaus Bosselmann (2015), o princípio da sustentabilidade deve ser reconhecido como princípio fundamental do direito, como a justiça, a equidade e a liberdade. Ele fundamenta a sua teoria da sustentabilidade global na realidade ecológica segundo a qual os seres humanos são parte integrante da comunidade da vida e existem limites ecológicos a serem respeitados. Assim sendo, a própria sobrevivência da espécie humana depende da capacidade de respeitar e manter a integridade ecológica do planeta.

José Rubens Morato Leite et al. (2017, p. 174) preferem compreender a sustentabilidade como "objetivo primordial do estado", ao invés de um princípio, justamente para evitar uma eventual mitigação no caso de colisão. Ademias, os autores salientam que tal compreensão "[...] coaduna-se com os

Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), que foram adotados, em 2015, na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, os quais devem orientar as políticas nacionais e as ações de cooperação internacional [...]" (LEITE et al., 2017, p. 177). Com efeito, foram estabelecidos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)[24], os quais são capazes de promover a proteção do planeta e guiar os juristas e os tomadores de decisão para um caminho no qual se persiga a sustentabilidade forte. Desse modo, através da responsabilidade ecológica, com respeito aos limites do planeta e à integralidade ecológica, pode-se afirmar um Estado de Direito Ecológico. Assim sendo, o próximo ponto abordará a estruturação de uma produção agrícola sustentável e resiliente, trazendo a interconexão entre a experiência agroecológica e os ODS, especialmente os números 2 e 15.

4 A ESTRUTURAÇÃO DE UMA PRODUÇÃO AGRÍCOLA SUSTENTÁVEL E RESILIENTE

Conforme esclarece Michael Farrelly (2016, p. 80), a Agroecologia tem o potencial de contribuir para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) ao elevar de maneira sustentável os níveis de soberania alimentar sem olvidar de conservar e proteger a biodiversidade e promover o respeito dos conhecimentos tradicionais. O autor também traz os dados de um estudo de caso no qual se verificou que a agroecologia contribui para, pelo menos, 10 dos 17 ODS[25].

No entanto, para os fins deste artigo, serão estudados apenas os objetivos números 2 e 15. O objetivo do desenvolvimento sustentável n. 2 pretende "Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável"; já, o objetivo n. 15 tem a intenção de "Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade". Percebe-se que esses objetivos, bem como os demais, conversam entre si e são capazes de promover uma virada ecológica no âmbito da produção agrícola.

As experiências agroecológicas estudadas pelo Movimento de Agricultura Orgânica da Tanzânia (Toam), membro da AFSA[26], constataram que os são percebidos benefícios "[...] no maior acesso a alimentos, nutritivos e quantidades suficientes; no aumento da produtividade e dos rendimentos dos agricultores; na sustentabilidade dos sistemas de produção alimentar; e na manutenção da diversidade genética" (FARRELLY, 2016, p. 82). Com efeito, a agroecologia abre a perspectiva para o fim da fome, pois a produção é voltada para o consumo de alimentos e não para a indústria alimentícia humana ou animal. Essa prática preserva os nutrientes do solo, acarretando a produção de alimentos mais nutritivos, e segue as leis da natureza quanto ao plantio, garantindo alimentos suficientes durante todo o ano. Assim, é possível acabar com a desnutrição; aumentar a produtividade e a renda dos agricultores, especialmente os grupos subalternos, adaptando a cultura às mudanças do clima e assegurando a diversidade biológica.

Em estreita ligação com as afirmações anteriores, a agroecologia contribui para preservação dos ecossistemas terrestres, pois promove o uso sustentável do solo, além de resguardar as florestas ao não

[24] Os 17 objetivos incluem: a erradicação da pobreza; o fim da fome e a promoção da agricultura sustentável; assegurar vida saudável e o bem-estar; a educação inclusiva, equitativa e de qualidade; a igualdade de gênero; a disponibilidade de água e saneamento; o acesso à energia limpa; a promoção do trabalho descente e do crescimento econômico sustentado; fomentar a inovação e a infraestrutura bem como promover a industrialização inclusiva e sustentável; reduzir a desigualdade dentro e entre países; construir cidades resilientes e comunidades sustentáveis; assegurar padrões de produção e de consumo responsáveis; combater a mudança do clima e os seus impactos; conservar e proteger a vida na água através do uso sustentável; proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres; perseguir a paz, a justiça e as instituições eficazes; e fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS).

[25] A Aliança para a Soberania Alimentar Africana (AFSA) se debruçou sobre 50 estudos de casos que documentaram diversas experiências agroecológicas em 22 países africanos e o Movimento de Agricultura Orgânica da Tanzânia (Toam) - membro da AFSA- apreciou as 50 experiências registradas avaliando os impactos sobre as metas dos ODS. Dessa maneira, verificaram que a agroecologia contribuía para a erradicação da pobreza; a fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; emprego decente e crescimento econômico; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; e vida terrestre (FARRELLY, 2016, p. 80- 83).

[26] Aliança para a Soberania Alimentar Africana (AFSA).

ampliar a fronteira agrícola. Outro ponto importante é a manutenção da biodiversidade do solo e do entorno, o que garante o próprio sucesso do modelo de plantação agroecológico. Ademais, observa-se o uso eficiente dos recursos naturais e a diminuição na liberação de produtos químicos para a água e o solo.

Para garantir a segurança alimentar, em um contexto de mudança climática, é imprescindível a construção de um sistema agrícola resiliente, com capacidade de se adaptar (ANGELO, 2013, p. 330). A resiliência está relacionada com "[...] a capacidade de um sistema, seja indivíduo, floresta ou cidade, de lidar com mudanças e continuar se desenvolvendo [...]" (LEITE et al., 2017, p. 188). Na agroecologia, a atividade agrícola é entendida como um sistema sustentável de vida – um "agroecossistema", composto de solo, plantas, insetos e animais -, ao invés de uma instalação industrial (ANGELO, 2013, p. 330). Razão pela qual é tão importante a preservação da biodiversidade. Nesse sentido, as técnicas agroecológicas, além de ajudarem a erigir um sistema sustentável, também ampliam a resiliência no interior do sistema agrícola, por meio da diversidade, o que melhora a adaptabilidade do conjunto às mudanças (ANGELO, 2013, p. 330).

Portanto, de maneira geral, pode-se dizer que a agroecologia se caracteriza como uma produção agrícola sustentável e resiliente na qual se promove a justiça ambiental, em suas dimensões de equidade ou distribuição, reconhecimento e participação (SCHLOSBERG, 2007).

Herman Benjamin (2012, p.25-26) explica que, no Brasil, a constitucionalização da proteção da natureza iniciou-se de maneira antropocêntrica para, em um segundo momento, serem borrifados componentes biocêntricos no texto constitucional ou na sua interpretação. Dessa forma, através da ecologização da Constituição é possível antever um novo paradigma ético-jurídico, pautado pela sustentabilidade. Assim, percebe-se que os tradicionais princípios consagrados no Direito Ambiental bem como os princípios do Estado de Direito Ecológico podem auxiliar na edificação de um sistema agrícola sustentável e resiliente. Nesse panorama há espaço para a construção de produtores e consumidores responsáveis, sendo que o Estado deve incentivar soluções politicas que privilegiam a agroecologia; o financiamento do pequeno produtor; a ocupação agrícola de espaços urbanos; a preservação florestal; e a educação ambiental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sustentabilidade e a resiliência no interior do sistema agrícola estão ligadas à proteção e à promoção da biodiversidade com respeito aos limites da natureza, o que pode ser alcançado no modelo de Estado de Direito Ecológico. Por conseguinte, são necessárias mudanças na politica agrícola e na legislação para que elas se adequem e possam endereçar os riscos ambientais colocados pelas práticas agrícolas insustentáveis e não resiliente, características de uma agricultura industrial e permeada de agrotóxicos. Nesse sentido, os retrocessos na legislação prejudicam a proteção da biodiversidade, componente indispensável do paradigma agroecológico, o qual funciona como instrumento de promoção da justiça ambiental e da segurança alimentar.

REFERÊNCIAS

ABRASCO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Dossiê ABRASCO** – um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf> Acesso em 19 mar. 2018.

ABDALA, Klaus O; SANTOS, Marivone Moreira dos. Políticas Agrícolas, Desenvolvimento Regional e Agricultura Familiar. **Estudos**. Goiânia, v. 34, n. 9/10, p. 677-693, set/out, 2007. Disponível em: < http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/view/405/336> Acesso em: 23 abri. 2018.

ANGELO, Mary Jane; HENNES, Seth. The Environmental Impacts of Industrial Fertilizers and Pesticides. In: ANGELO, Mary Jane; CZARNEZKI, Jason J.; EUBANKS II, William S. **Food, Agriculture, and Environmental Law**. Washington:Environmental Law Institute, 2013.

ANGELO, Mary Jane. Into the Futere: Building a Sustainable and Resilient Agriultural System for a Changing Global

Environment. In: ANGELO, Mary Jane; CZARNEZKI, Jason J.; EUBANKS II, William S. **Food, Agriculture, and Environmental Law**. Washington:Environmental Law Institute, 2013.

ARAÚJO, Flávia Camargo de; VALLE, Raul Silva Telles do (Org.). A política agrícola como vetor para a conservação ambiental. Instituto SocioAmbiental (ISA). São Paulo, setembro, 2013. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/pol_agricola.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BODANSKY, Daniel. **The art and craft of International Environmental Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (ed.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

___. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providencias. **Diário Oficial**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.831.htm> Acesso em 21 mar. 2018.

BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law: An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (ed.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa.** Tradução de Raul de Polillo. 2. ed. São Paulo: Comp. Melhoramentos, 1962.

CARVALHO, Miguel Mundstock Xavier de; NODARI, Eunice Sueli; NODARI, Rubens Onofre. "Defensivos" ou "agrotóxicos"? História do uso e da percepção dos agrotóxicos no estado de Santa Catarina, Brasil, 1950-2002. **História, Ciências, Saúde** – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.24, n.1, jan.-mar. p.75-91, 2017.

CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. **Desafios para a concretização da agricultura sustentável no Brasil**: uma contribuição do direito para a regulação do uso dos agrotóxicos. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

Comissão das comunidades europeias. **Para uma estratégia temática da utilização sustentável dos pesticidas.** Bruxelas: Com(2002) 349 Final, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/PT/1-2002-349-PT-F1-1.Pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DUPUY, Jean-pierre. **O tempo das Catástrofes**: quando o impossível é uma certeza. Traduzido por Lilian Ledon da Silva. É Realizações: 2011.

EUBANKS II, William S. A Brief History of U.S. Agricultural Policy and the Farm Bill. In: ANGELO, Mary Jane; CZARNEZKI, Jason J.; EUBANKS II, William S. **Food, Agriculture, and Environmental Law**. Washington:Environmental Law Institute, 2013.

FARRELLY, Michel. Contribuição da agroecologia para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. **Agriculturas**. v. 13, n. 3, setembro de 2016. Disponível em: < http://aspta.org.br/revista/v13-n3-agroecologia-e-os-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel/contribuicoes-da-agroecologia-para-os-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/> Acesso em: 24 mar.2018.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Registro e importação de agrotóxicos: não seria dever do Poder Público controlar as atividades que envolvem substâncias capazes de causar danos à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente? In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Org.). **Dano Ambiental na sociedade de risco.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185-212.

FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues. Agrotóxicos e estado de exceção: a suspensão da legislação de agrotóxicos em atenção aos interesses do agronegócio. In: SOUZA, Murilo Mendonça Oliveira de; FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (Org.). **Agrotóxicos**: Violações socioambientais e direitos humanos no Brasil. Anápolis: UEG, p. 255-284, 2016.

GARCIA, Eduardo. et al. Impacto da legislação no registro de agrotóxicos de maior toxicidade no Brasil. **Saúde Pública**, v. 39, n. 5, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000500020&lng=en&nrm=iso&tlng=pt > Acesso em: 20 abr. 2018.

LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva: 2015.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de Direito para a natureza: Fundamentos e Conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de Direito Ecológico**: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017.

LUTZENBERGER. **A problemática do agrotóxicos**. Disponível em: < http://www.fgaia.org.br/texts/A%20PROBLEM%C3%81TICA%20DOS%20AGROT%C3%93XICOS%20-%20Jos%C3%A9%20Lutzenberger,%20maio%201985.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 25 abr. 2018.

PARDO, José Esteve. **O desconcerto do Leviatã**: política e direito perante as incertezas da ciência. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2005.

PEIXOTO, Marcus. Extensão rural no Brasil: uma abordagem histórica da legislação. Consultoria Legislativa do Senado Federal, Coordenação de Estudos. **Textos para Discussão**, n. 48. Outubro, 2008. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/136891>. Acesso em: 25 ago 2016.

ROSSETTO, Raffaella. A Cultura da cana, da degradação à conservação. **Visão Agrícola**. n. 1, jan-jun, 2004. Disponível em: <http://www.esalq.usp.br/visaoagricola/sites/default/files/cana-impacto-ambiental01.pdf> Acesso em: 16 abr. 2018.

SHIVA. Vandana. Who really feeds the world?: The Failures of Agribusiness and the Promise of Agroecology. Londom: Zed Books, 2016.

SCHLOSBERG, David. Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. United Kindom: Oxford University Press, 2007.

VENÂNCIO, Marina Demaria. Estado de Direito Ecologico e Agroecologia: repensando o direito ambiental rumo à sustentabilidade. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de Direito Ecológico**: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017.

VOIGT, Christina. Integration and ecological integrity. In: In: VOIGT, Christina (ed.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WINTER, Gerd. **Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeias**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

A ORDEM INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE E A INSERÇÃO BRASILEIRA

Fernanda Almeida Silva[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A criticidade da questão socioambiental: o meio ambiente e a globalização. 3. Os avanços ambientais: O aumento da cooperação com a realização da Conferência de Estocolmo. 4. A Evolução do sistema internacional de proteção ambiental: A realização da Conferência do Rio de Janeiro. 5. A agenda 21 global da Rio 92: Consumo como causador de diferentes impactos ambientais e sociais 6. Considerações Finais. 7. Referências

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de discutir a ordem internacional do meio ambiente e a inserção do Brasil com atuante participação em Conferências internacionais. Discorrer-se-á sobre a importância da sociedade se conscientizar que o consumo em massa precisa ser repensado para que possa haver uma gestão sustentável do planeta.

Palavras-Chave: Ordem Internacional. Meio Ambiente. Conferências Internacionais.

ABSTRACT: This article aims to discuss the international order of the environment and the insertion of Brazil with active participation in international conferences. It will be discussed how important society is to realize that mass consumption needs to be rethought so that there can be a sustainable management of the planet.

Keywords: International Order. Environment. International Conferences.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por intuito instigar as discussões que concernem à proteção do meio ambiente, abordando, de forma mais específica, a vulnerabilidade da biodiversidade e da natureza em decorrência da globalização. Também, cabe destaque às conferências internacionais realizadas para discutir a temática ambiental e as significativas mudanças para o desenvolvimento do Brasil.

Partindo do que é observado em todos os estudos que tratam do meio ambiente e também em Comissões propostas para destrinchar o tema com mais cautela, o presente artigo é um compilado de ideias e teorias coletadas e analisadas com o intuito de responder o seguinte problema de pesquisa: Com a acentuação da globalização e os avanços do capitalismo, como os países – especificamente o Brasil – lidam com questões referentes à proteção do meio ambiente?

Observando o crescimento do capitalismo e a degradação da natureza em virtude do alto consumo, a hipótese levantada por essa pesquisa concerne ao massivo uso dos recursos naturais pelas indústrias de bens e consumo, que gera uma degradação do meio ambiente de forma abrupta. Assim, as Conferências Internacionais devem ser um marco para o âmbito ambiental, e os Estados terão de reconhecer a existência de problemas graves e achar soluções para agir em favor da preservação do planeta.

Os objetivos visados serão alcançados por meio de uma pesquisa exploratória, procurando, por meio de uma investigação aprofundada, analisar e esclarecer o tema. O procedimento técnico de pesquisa

[1] Estudante de Relações Internacionais no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Bolsista em Iniciação Científica com o projeto "A Amazônia na Geopolítica Mundial e seus recursos estratégicos no século XXI" sob a orientação do Prof. Me. Rodrigo Fernando Gallo.

no primeiro momento será a bibliográfica, buscando a fundamentação dos conceitos a partir de artigos científicos. Será feita a análise de obras de cunho histórico e informativo sobre as questões de proteção internacional de meio ambiente e o fortalecimento dos brechós ao longo dos anos. Este levantamento de dados está associado à pesquisa qualitativa, compreendendo e interpretando as ideias de autores e teóricos das referidas áreas. Por possuir caráter mais exploratório esta metodologia será fundamental para o entendimento mais detalhado das informações.

2 A CRITICIDADE DA QUESTÃO SOCIOAMBIENTAL: O MEIO AMBIENTE E A GLOBALIZAÇÃO

Desde a segunda metade do século XX a tratativa ambiental deixou de ser uma questão discutida apenas na área da ciência da natureza. A Filosofia, a Política, a Economia, a Sociologia e demais áreas do campo das ciências humanas, principalmente, elevaram os olhares para essa temática fundamental. É preciso superar as fronteiras e entende-la a partir de sua interdisciplinaridade. No campo das Relações Internacionais, a questão ambiental é cada vez mais presente, diversas conferências sobre o tema foram criadas e os países começaram a entender que não podem deixar de lado a agenda ambiental. São exemplos: A Conferência de Estocolmo[2], a Conferência do Rio de Janeiro[3], A Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas[4], dentro outros. Segundo Vega-Pena:

> A natureza não é mais considerada como desordem, passividade, meio amorfo: ela é uma realidade complexa; por sua vêz, o homem não constitui mais uma entidade fechada em relação a essa totalidade complexa, é um sistema aberto, relação de autonomia-dependência organizadora no seio de um ecossistema; por fim, a sociedade pertence a uma complexidade em tudo que é, simultaneamente, mais e menos que a soma das partes (VEGA-PENA;2009:35)

A globalização é um processo novo de transformação das relações econômicas, políticas e sociais que se acentuou no século XX de maneira rápida, causando alterações na sociedade global principalmente por conta das revoluções no âmbito das tecnologias, transportes e meios de comunicação. Para Ianni, "a Terra mundializou-se de tal maneira que o globo deixou de ser uma figura astronômica para adquirir mais plenamente sua significação histórica"(1994:5).

A globalização envolve diversos fenômenos, complexos entre si, e que ao mesmo tempo traz uma evolução e uma revolução no desenvolvimento das relações humanas. O termo tem sido usado para designar:

> Um conjunto aparentemente bastante heterogêneo de fenômenos que ocorreram ou ganharam impulso a partir do final dos anos 80 - como a expansão das empresas transnacionais, a internacionalização do capital financeiro, a descentralização dos processos produtivos, a revolução da informática e das telecomunicações, o fim do socialismo de Estado na ex-URSS e no Leste Europeu, o enfraquecimento dos Estados nacionais, o crescimento da influência cultural norte-americana etc. -, mas que estariam desenhando todos uma efetiva 'sociedade mundial', ou seja, uma sociedade na qual os principais processos e acontecimentos históricos ocorrem e se desdobram em escala global (ALVAREZ,1999, p. 97)

Neste cenário globalizado o Estado-nação ganha novos contornos, e os conceitos de soberania e legitimidade adquirem novos significados, uma vez que o Estado perde a capacidade de responder isoladamente aos desafios do sistema internacional, assim como a de prover bens e serviços à sua população sem contar com a cooperação internacional (KRASNER, 2000; SASSEN, 2001).

[2] A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo, realizada em 1972 em Estocolmo, na Suécia, foi a primeira Conferência global voltada para o meio ambiente, e como tal é considerada um marco histórico político internacional, decisivo para o surgimento de políticas de gerenciamento ambiental, direcionando a atenção das nações para as questões ambientais. (PASSOS, Patrícia. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol 6, 2009.)

[3] A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida de maneira geral como Rio-92 ou Eco-92, foi um mega-evento que construiu um simulacro espacial cujo objetivo foi a celebração das diretrizes dominantes sobre a questão ambiental sob o manto da ideologia do Desenvolvimento Sustentável.

[4] A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC, na sigla em inglês) tem o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático.

Tratando-se das Relações Internacionais, a globalização acentuou as interações em todos os âmbitos. Cabe salientar a intensidade como as relações econômicas, principalmente as comerciais, ganharam força e cresceram de forma exponencial. Em decorrência desse fato, a degradação ambiental se acentuou na mesma proporção, sobretudo por conta das empresas de bens e consumo que demandam demasiada matéria prima provinda da natureza. (KRASNER, 2000; SASSEN, 2001).

3 OS AVANÇOS AMBIENTAIS: O AUMENTO DA COOPERAÇÃO COM A REALIZAÇÃO DA CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO

A Conferência de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 1972) foi o primeiro grande encontro organizado pelas Nações Unidas com foco em questões ambientais. A reunião foi convocada como resultado da crescente preocupação internacional pela preservação da natureza e da insatisfação entre vários setores da sociedade em relação ao impacto da poluição sobre a qualidade de vida. (LE PRESTE; 2005: 172)

A preocupação da opinião pública e das pressões políticas era principalmente vista nos países industrializados, onde a comunidade científica e um número de organizações não governamentais estavam atraindo atenção para divulgar suas acusações e advertências. A conferência introduziu alguns conceitos e princípios que, ao longo dos anos, tornaram-se o alicerce para a evolução da diplomacia na área ambiental. (LE PRESTE; 2005: 172-173)

A Conferência foi convocada para examinar as ações no nível nacional e internacional que poderiam limitar e, na medida do possível, eliminar os obstáculos ao meio ambiente humano. [5]E, fornecer um quadro para ampla consideração dentro das Nações Unidas dos problemas do meio ambiente humano, de maneira a dirigir a atenção dos governos e da opinião pública sobre a importância e a urgência dessa questão. [6]

De acordo com Le Preste (2005: 175-176), alguns motivos foram de extrema relevância para realizar a Conferência, sendo:

> a) o aumento da cooperação científica nos anos 60, da qual decorreram inúmeras preocupações, como as mudanças climáticas e os problemas da quantidade e da qualidade das águas disponíveis;
>
> b) o aumento da publicidade dos problemas ambientais, causado especialmente pela ocorrência de certas catástrofes, eis que seus efeitos foram visíveis (o desaparecimento de territórios selvagens, a modificação das paisagens e acidentes como as marés negras são exemplos de eventos que mobilizaram o público);
>
> c) o crescimento econômico acelerado, gerador de uma profunda transformação das sociedades e de seus modos de vida, especialmente pelo êxodo rural, e de regulamentações criadas e introduzidas sem preocupação suficiente com suas consequências em longo prazo;
>
> d) inúmeros outros problemas, identificados no fim dos anos 1960 por cientistas e pelo governo sueco, considerados de maior importância, afinal, não podiam ser resolvidos de outra forma que não a cooperação internacional. (LE PRESTRE, 2005, p. 175-176)

Nesse sentido, a Conferência de Estocolmo foi um grande marco para a esfera ambiental. Os Estados tiveram que reconhecer a existência de problemas graves e achar soluções para agir em favor da preservação do planeta. Além disso, foi marcante no sentido em que serviu de norte para as políticas estatais futuras em relação ao meio ambiente, além de ser considerada um marco jurídico mundial. (GURSKI; GONZAGA; TENDOLINI; 2012: 69-70)

A Conferência foi crucial para legitimar internacionalmente a proteção do meio ambiente. Por mais que alguns países – desenvolvidos – iniciaram a sua defesa na proteção do meio ambiente, era necessário um engajamento global, em que o maior número possível de Nações estivessem dispostas a contribuir. (GURSKI; GONZAGA; TENDOLINI; 2012: 69-70)

[5] UNITED NATIONS, ECOSOC, doc. E/RES/1346 (XLV). 30 de julho de 1968. "Question de la convocation d'une conférence internatioanale sur les problémes du milieu humain".

[6] UNITED NATIONS, A/RES/2398 (XXIII). 6 de dezembro de 1968. "The problems of human environment".

Nesse cenário, em 1968, idealizada pelo Conselho Econômico Social, foi aprovada a realização da Conferencia de Estocolmo pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Então, com essa decisão, se iniciou a preparação dos comitês que iriam identificar e discutir os problemas no ano de 1972, quando a Conferencia foi realizada. (GURSKI; GONZAGA; TENDOLINI; 2012:71)

Nas palavras de Huppes:

> Em junho de 1972 reuniram-se em Estocolmo representantes de 115 países para discutir os principais problemas ambientais da época, levantados anteriormente pelo comitê preparatório da reunião. Um dos principais debates se deu em torno da relação entre desenvolvimento e proteção ao meio ambiente. Em Estocolmo o debate ambiental abriu espaço para discutir outros temas de importância global mas que nãos se relacionavam tanto com o propósito da Conferência. Temas como a descolonização, guerra do Vietnã e armas nucleares foram mencionados durante os debates. (HUPPES; 2012:26)

Foi um evento com uma proporção nunca antes realizado, só não foi universal porque a União Soviética e os demais países do Leste Europeu o boicotaram em represália contra a exclusão da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) pela Organização das Nações Unidas, que só credenciou os seus membros para participar da Conferência.

Segundo Ariyoshi:

> O início das preparações para a Conferência, revelou-se uma forte divergência de interesses ambientais e econômicos entre os países do hemisfério Norte e os do Sul, substituindo a rivalidade entre Leste e Oeste.
>
> O Brasil assumiu uma postura favorável ao desenvolvimento, argumentando que os países desenvolvidos que deveriam ser responsabilizados pelos problemas ambientais. As soluções apresentadas colocavam em questão diversos aspectos da sociedade industrial moderna. O principal mérito do evento foi justamente no reconhecimento da existência do problema ambiental e da necessidade de agir. (ARIYOSHI; 2013:62)

Cabe salientar que dois documentos foram votados, sendo eles: O Plano de Ação e a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano. A autora ressalta que o Plano de Ação para o Meio Ambiente Humano é "um conjunto de 109 recomendações, que tratam da avaliação e administração ambiental e de medidas de apoio. O Plano teve por objetivo nortear as ações internacionais após a Conferência de Estocolmo". (ARIYOSHI, 2013:63)

A discussão do Plano de Ação foi dividida em seis temas distribuídos entre três comissões, sendo elas:

> Primeira Comissão: planejamento e administração de assentamentos humanos e com vistas à qualidade ambiental (tema 1) e aspectos educacionais de informação, sociais e culturais dos assuntos do meio ambiente (tema 4); Segunda Comissão: administração de recursos naturais (tema 2) e desenvolvimento e meio ambiente (tema 5); e Terceira Comissão, presidida pelo embaixador brasileiro Carlos Calero Rodrigues: identificação e controle dos poluentes de amplo significado internacional (tema 3) e consequências institucionais no plano internacional (tema 6) (LAGO; 2007:43)

A respeito da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, Costa afirma:

> Por declarações pode-se dizer que são acordos criados para afirmar princípios jurídicos com objetivo de validade universal, que pode até atingir terceiros. Pois, o próprio emprego da palavra "declaração" já remete ao pensamento jusnaturalista, de que há normas anteriores e superiores ao direito positivo, que não precisam ser postas, mas apenas declaradas. (COSTA; 2001:65)

Neste sentido, com o objetivo de oferecer aos povos e as nações um guia para preservar e cuidar do meio ambiente, a Declaração das Nações Unidas foi aprovada contendo 26 princípios.[7]

[7] Vide anexo I

Os avanços com a Conferência foram notórios para os Estados. Lago ressalta as principais conquistas, sendo:

> A entrada definitiva do tema ambiental na agenda multilateral e a determinação das prioridades das futuras negociações sobre meio ambiente; a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA; o estímulo à criação de órgãos nacionais dedicados à questão de meio ambiente em dezenas de países que ainda não os tinham; o fortalecimento das organizações não-governamentais e a maior participação da sociedade civil nas questões ambientais. A criação do PNUMA foi determinante para que se mantivesse um ritmo mínimo de progresso nos debates sobre o meio ambiente no âmbito das Nações Unidas nos anos seguintes (LAGO, 2007:48).

A necessidade de acompanhamento das questões ambientais pelos próprios países e a perspectiva de canalização de recursos para estudos e projetos ligados a problemas ambientais levaram grande número de países a criar instituições adequadas e a estabelecer, ou aperfeiçoar programas nacionais de defesa do meio ambiente. No caso brasileiro, logo após a Conferência, foi criada a Secretaria Especial de Meio Ambiente, a SEMA, no âmbito do Ministério do Interior[8]. (LAGO, 2007:50).

Trinta anos mais tarde, ao avaliar a Conferência de Estocolmo, Strong conclui que:

> A Conferência de Estocolmo trouxe claramente à tona diferenças entre as posições dos países em desenvolvimento e daqueles mais industrializados, mas não resolveu essas diferenças. De fato, as questões financeiras e as bases para estabelecer a divisão de responsabilidades e de custos continuam a ser as principais fontes de diferenças e controvérsias, e se tornam centrais nas negociações internacionais sobre qualquer tema de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. (LAGO, 2007:50-51).

A principal importância de Estocolmo foi levar os países em desenvolvimento a serem mais engajados nos assuntos ambientais e serem mais participativos, de uma forma plena e influente nos processos decisórios. Dessa forma, foi primordial a criação de instrumentos de negociação e cooperação para uma melhor administração dos recursos naturais. (LAGO, 2007:52).

4 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: A REALIZAÇÃO DA CONFERÊNCIA DO RIO DE JANEIRO

Um marco para a consolidação da globalização do meio ambiente foi a realização da Conferência do Rio de Janeiro, que aconteceu entre 2 a 15 de junho no ano de 1992. Os números do evento são relevantes: foi o maior acontecimento organizado pelas Nações Unidas até aquele momento. A Conferência reuniu delegações de 172 países e trouxe ao Rio de Janeiro 108 Chefes de Estado ou de Governo. Segundo dados das Nações Unidas foram credenciados cerca de dez mil jornalistas e representantes de mil e quatrocentas organizações não-governamentais, ao mesmo tempo em que o Fórum Global, evento paralelo, reunia membros de sete mil ONG's. (NAÇÕES UNIDAS, doc A/RES/44/228)

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, - também conhecida como Cúpula da Terra ou ECO92 - segundo documento oficial da ONU, foi convocada para:

> Elaborar estratégias e medidas para parar e reverter os efeitos da degradação ambiental no contexto dos crescentes esforços nacionais e internacionais para a promoção do desenvolvimento sustentável e ambientalmente adequado em todos os países.[9]

Lago ressalta que, do ponto de vista da opinião pública, a questão do meio ambiente, vinte anos após Estocolmo, havia-se tornado suficientemente importante na agenda internacional para justificar o

[8] O livro de Roberto Pereira Guimarães, "Ecopolitics in the Third World: na institutional analysis of environmental management in Brazil" contém ampla discussão sobre a criação da SEMA. P. 314-334.

[9] Elaborate strategies and measures to halt and reverse the effects of environmental degradation in the context of increased national and international efforts to promote sustainable and environmentally sound development in all coutries. (UNITED NATIONS, doc. A/RES/44/228, "United Nations Conference on Environment and Development".

deslocamento de um número inédito de Chefes de Estado e de Governo para uma única reunião.

Em suas palavras:

> O final dos anos 80 e o início dos anos 90, quando foi convocada e preparada a Conferência do Rio, foram marcados pelo fim da Guerra Fria, cuja lógica bipolar se havia impregnado, ao longo de quatro décadas, em quase todas as dimensões do relacionamento entre os Estados. Naquele momento "vislumbrou-se a possibilidade de que fossem resgatados o humanismo e a ótica universalista como veículos da generalização de valores, como a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, o pluralismo, o fortalecimento do multilateralismo e a solidariedade como cimento do relacionamento entre os Estados." (LAGO; 2007:53-54)

Cabe salientar aqui a grande importância das Organizações Não Governamentais (ONG'S) no processo participatório da Conferência. Le Preste ressalta que as ONG's se posicionaram e se manifestaram de forma livre nas reuniões formais, mas no Rio de Janeiro, "não tiveram senão status de observador". Entretanto, as ONG's representaram um papel marcante no Sistema Internacional, pois além de contribuir com ideias e novas perspectivas, pressionaram demais atores internacionais sobre a questão do meio ambiente. (LE PRESTE;2006 *apud* ARIYOSHI;2013:74-75)

Vale ressaltar que muitos países participantes da ECO 92, visavam sim políticas para diminuir a degradação do meio ambiente, porém, desde que essas atitudes não prejudicassem suas economias e suas relações internacionais. Nas palavras de Ariyoshi:

> Quantos aos atores políticos, de um lado, os países do Norte buscaram deter a criação de novas obrigações financeiras e qualquer medida que implicasse prejuízo as suas economias. De outro, os países em desenvolvimento buscaram se centrar nos proveitos financeiros, porém não havia consenso entre eles. O bloco de países do G77, por exemplo, não apoiava as transferências financeiras e tecnológicas para as economias em transição (de economia planificada a economia de mercado), pois não estavam interessados em perder parte dos fundos destinados a eles. Já os países do oriente médio produtores de petróleo não aceitavam a adoção de providências que estimulassem a produção de energias renováveis. Para os países em desenvolvimento a pobreza é a grande causadora das degradações ambientais, sendo que somente a implantação do desenvolvimento resolveria esse problema. (ARIYOSHI: 2013:75)

Então, foram votados na Conferência do Rio de Janeiro, cinco documentos, sendo eles: A Declaração do Rio de Janeiro – tratada aqui, anteriormente; a Agenda 21; a Declaração de Princípios sobre as Florestas; a Convenção-quadro sobre as Mudanças Climáticas; e a Convenção sobre a Diversidade Biológica. Iniciar-se-á, a partir de agora, a elucidação de cada um desses documentos, com ressalva a Agenda 21 que será tratada no próximo capítulo.

3.2.1 A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE AS FLORESTAS

A Declaração de Princípios sobre as Florestas, aprovada em 13 de junho de 1992, exerceu um papel primordial no trato com a terra, desempenhando um papel vital para o desenvolvimento econômico e manutenção de todas as formas de vida. O documento, também denominado "Declaração de princípios juridicamente não compulsória, mas tendo autoridade para um consenso mundial sobre a gestão, a conservação e a exploração ecologicamente viável de todos os tipos de florestas" elucida que, os recursos financeiros e técnicos internacionais, em especial, aos países em desenvolvimento – aonde encontram-se a maior parte das florestas do mundo – fossem destinados para a implementação de políticas e programas destinado ao manejo, conservação e desenvolvimento das florestas. (NAKAMURA; 2013:43)

Para Arioyoshi:

> Instituiu-se a obrigação dos Estados de não permitir que suas atividades econômicas não trouxessem prejuízos ambientais além de seus territórios, reconheceu-se o direito das populações indígenas e demais comunidades que moram nas florestas, a necessidade de proteger e conservar florestas e também de eliminar a pobreza. Foram os países desenvolvidos que empreenderam esforços para

> garantir a proteção das florestas encontradas nas áreas tropicais. Para os países em desenvolvimento, isto era uma forma disfarçada de assegurar o atendimento das necessidades dos países setentrionais em detrimento do seu desenvolvimento. (ARIYOSHI: 2013:86)

Ainda no que se refere a Declaração, Lago salienta que os maiores interessados em um instrumento jurídico vinculante sobre florestas tropicais são, evidentemente, os países que não as possuem. E critica, como o ponto máximo da Conferência, que a opinião pública, em todo mundo, havia sido convencida de que algo teria que ser feito para acabar com a destruição das florestas pela firme oposição dos países produtores de petróleo e dos consumidores de carvão. (LAGO; 2007:86)

3.2.2 CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Após o "boom" industrial, trazido na segunda metade do século XX, as ações humanas se tornaram cada vez mais prejudiciais ao meio e à atmosfera. Chuva ácida, problemas respiratórios, chumbo no ar, foram e são problemas enfrentados devido à alta taxa de poluição atmosférica. Além disso, a camada de Ozônio está sendo degradada devido aos gases CFC (Cloro-fluor-carbonos). A partir do final da década de 1970 e toda década de 1980, no cenário internacional, foi dado aos países europeus e aos EUA um sinal vermelho sobre os efeitos da ação humana no planeta. (LAGO; 2007:92)

As mudanças climáticas são o foco atual das preocupações ambientais. Ecossistemas estão se modificando, espécies da fauna e flora desaparecendo, e nesse sentido, organizações internacionais têm um papel fundamental para debater sobre o tema e propor mediações e soluções. Nesse sentido, Ariyoshi ressalta:

> As atuações de duas organizações internacionais formaram a mola propulsora das discussões sobre as mudanças climáticas. A OMM (Organização Meteorológica Mundial), especializada em desenvolver e divulgar pesquisas científicas sobre a situação meteorológica, e o PNUMA, dedicado ao desenvolvimento de políticas públicas ambientais internacionais, criaram em 1988 o GIEC, grupo intergovernamental de estudos sobre mudanças climáticas que reúne centenas de cientistas com o escopo de avaliar a situação real do problema, as consequências socioeconômicas e os possíveis mecanismos de controle. O primeiro relatório do GIEC – mais conhecido pela sigla em inglês IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) – foi apresentado em agosto de 1990, propondo a realização de negociações o mais rapidamente para elaborar uma convenção-quadro, ainda que não houvesse certeza absoluta quanto aos reais efeitos das mudanças climáticas. No entanto, as negociações não lograram avançar muito nas vésperas da Conferência do Rio. De um lado, os Estados Unidos e demais países exportadores de petróleo não estavam dispostos a aceitar limites de emissão de poluentes oriundos de combustíveis fósseis sem que houvesse mais certeza cientifica quanto as suas consequências. E de outro, a Malásia e demais países do Pacífico defendiam a utilização de índices de emissão de gases per capita, impondo aos países que excedessem os limites o pagamento de taxas para financiar as pesquisas científicas sobre mudanças climáticas. E ainda, países em desenvolvimento como a China, a Índia e o Brasil desejavam receber ajuda financeira para que pudessem cobrir os custos com medidas para melhorar as condições atmosféricas. (ARIYOSHI; 2013:87

A Convenção-quadro reconhece a responsabilidade dos países desenvolvidos pela maior parcela das emissões globais de gases de efeito estufa, além disso, nas palavras de Ariyoshi:

> Os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais e de desenvolvimento e que a responsabilidade de que suas atividades não prejudiquem o ambiente de outros Estados; Os países de baixa altitude e outros pequenos insulares, ao países com zonas costeiras, regiões áridas e regiões sujeitas a inundações, secas e desertificação, bem como os países em desenvolvimento com ecossistemas montanhosos frágeis são vulneráveis às consequências da mudança do clima; Os países em desenvolvimento têm dificuldades especiais cujas economias dependem da produção, utilização e exportação de combustíveis fósseis; As medidas para enfrentar a mudança do clima devem ser coordenadas, de forma integrada, com o desenvolvimento social e econômico, considerando as necessidades dos países em desenvolvimento de conseguir um crescimento econômico sustentável e eliminar a pobreza; e, por fim, que o sistema climático seja

> protegido tanto para as gerações presentes como para as futuras. (ARIYOSHI; 2013:89)

Em suma, a Convenção-quadro, assim, terá seu futuro ditado pelas posturas dos Estados mais desenvolvidos no cumprimento dos seus dispositivos. Especificamente no caso do Brasil, sendo um Estado em desenvolvimento, necessita de recursos externos e tecnologia para melhor atender a todos os objetivos propostos. (KAKU; 2002:31)

3.2.3 CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA

A Convenção sobre Diversidade Biológica pode ser considerada um dos tratados das Nações Unidas mais importantes ao que cerne a temática do meio ambiente pois mais de 160 países já assinaram o acordo, que entrou em vigor em dezembro de 1993. A convenção está estruturada em três bases principais, sendo:

> A conservação da diversidade biológica, o uso sustentável da biodiversidade e a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos – e se refere à biodiversidade em três níveis: ecossistemas, espécies e recursos genéticos. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE;2010)

Especificamente no caso brasileiro, o país sempre participou das negociações ambientais e sempre manteve uma postura altiva e ativa, conseguindo transformar seus recursos em instrumentos de barganha política. Tratando-se dos países em desenvolvimento de uma forma mais ampla, a partir da Convenção reconheceu-se que medidas especiais são necessárias para atender as necessidades dessas nações, uma vez que a erradicação da pobreza e o desenvolvimento econômico e social são primordiais para o progresso. A conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica é de importância absoluta para atender as demandas essenciais da sobrevivência humana, e esses foram temas elucidados na Convenção. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE;2010)

5 A AGENDA 21 GLOBAL DA RIO 92: CONSUMO COMO CAUSADOR DE DIFERENTES IMPACTOS AMBIENTAIS E SOCIAIS

Neste capítulo, trataremos especificamente de um dos documentos mais reverberantes da Rio 92, a Agenda 21 Global. 179 países acordaram e assinaram a declaração, contendo 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "desenvolvimento sustentável". "O termo Agenda 21 foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI". (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE;2005)

A Agenda 21 é um instrumento de muita importância ao que concerne o planejamento para a construção de sociedades mais sustentáveis, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica (MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE;2005). Neste cenário, como o este trabalho irá abordar um novo viés da moda no mundo, com o surgimento e fortalecimento dos Brechós como uma alternativa de consumo consciente, o foco neste capítulo será não só elucidar as mudanças propostas pela Agenda 21, mas, também, analisar o capítulo 4 da Agenda, que aborda sobre as mudanças nos padrões de consumo.

Ainda, abordando a Agenda 21 em sua totalidade, com seus 40 capítulos, de modo geral, a ideia foi estabelecer padrões de desenvolvimento que pudesse conversar com a nova ordem mundial e tendo como prioridade a sustentabilidade em todos os âmbitos: seja econômico, político ou social. Pode-se elencar como pontos principais:

> (i) o combate à pobreza mundial, com políticas como liberalização do comércio entre os países, oferecer recursos financeiros aos países em desenvolvimento e 37 iniciativas concretas diante do problema da dívida internacional, e ainda estimular políticas macroeconômicas favoráveis não desenvolvimento econômico de países pobres; (ii) mudanças nos padrões de produção e consumo

> vigentes, por serem consideradas as principais causas da deterioração do meio ambiente, e por conseguinte, levam ao agravamento da pobreza (MMA, 1992)

Foram muitas as ideias elucidadas durante a Conferência, porém, para que todas fossem alcançadas, seria necessário um engajamento de todas as nações para que o comprometimento com o desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais fossem colocadas em prática. Vale um destaque para a Agenda 21, pois esse documento, ao contrário dos demais tratados na ECO 92, trata de questões como a geração de emprego e renda; diminuição da disparidade regional de renda; a importância de se construir cidades sustentáveis; e a adoção de novos modelos e instrumentos de gestão.

Para Le Preste, a Agenda 21 elucida a importância de se definir uma parceria de forma duradoura entre diferentes atores mundiais, sobretudo entre os países ricos e pobres, dando precisão aos problemas a resolver, os objetivos a perseguir, os meios a utilizar e as responsabilidades de cada um. (LE PRESTE, 1997:221)

Por fim, como salienta Oliveira, a Agenda 21 como um todo traz em sua última sessão os meios para a implantação dos objetivos por ela propostos, sendo:

> A criação de uma ciência para o Desenvolvimento Sustentável, com vistas a fortalecer a base científica para o manejo sustentável, o aumento do conhecimento científico sobre o tema, para melhor avaliação científica no longo prazo, e por fim aumentar as capacidades e potenciais científicos; Instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais; Mecanismos nacionais e cooperação internacional para fortalecimento institucional nos países em desenvolvimento, para a coleta tratamento e difusão de dados e informações, com vistas a desenvolverem a aptidão a fazer escolhas, executar decisões e assimilar novas tecnologias; E, sobretudo, recursos e mecanismos de financiamento, e transferências de tecnologia de países ricos, para os países em desenvolvimento. (OLIVEIRA; 2007:38)

A partir de agora, trataremos do capítulo 4 da Agenda 21, que chama a atenção para o consumo como causador de diferentes impactos ambientais e sociais – vide no anexo II o capítulo 4 na íntegra. De acordo com dados do Ministério do Meio Ambiente[10], em 2020, 117 milhões de brasileiros farão parte da nova classe média. Este momento singular na nossa história tem reflexo no aumento do consumo: carros, imóveis, celulares, dentre outros. É preciso estabelecer padrões de consumo em harmonia com o meio ambiente, a saúde humana e a sociedade.

Segundo dados do MMA:

> Mudança de comportamento é algo que leva tempo e amadurecimento do ser humano, mas é acelerada quando toda a sociedade adota novos valores. O termo "sociedade de consumo" foi cunhado para denominar a sociedade global baseada no valor do "ter". No entanto, o que observamos agora são os valores de sustentabilidade e justiça social fazendo parte da consciência coletiva, no mundo e também no Brasil. Este novo olhar sobre o que deve ser buscado por cada um promove a mudança de comportamento, o abandono de práticas nocivas de alto consumo e desperdício e adoção de práticas conscientes de consumo. (Ministério do Meio Ambiente; 2014)

Como base para ações, o documento, primeiramente, traz à tona a estreita relação entre a pobreza e a degradação do meio ambiente. Enquanto a pobreza tem como resultado determinados tipos de pressão ambiental, as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados. Motivo de séria preocupação, tais padrões de consumo e produção provocam o agravamento da pobreza e dos desequilíbrios. (Ministério do Meio Ambiente, 2014)

Cabe pensar quão essencial é repensar os padrões de consumo ao que se refere aos recursos naturais. Para preservar, é fundamental ter atitudes sustentáveis em todos os âmbitos: seja na moda, nos transportes, nos meios de gerar energia, dentre outros.

Ressaltando o artigo 4.5 da Agenda 21:

[10] http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/consumo-sustentavel

> Embora em determinadas partes do mundo os padrões de consumo sejam muito altos, as necessidades básicas do consumidor de um amplo segmento da humanidade não estão sendo atendidas. Isso se traduz em demanda excessiva e estilos de vida insustentáveis nos segmentos mais ricos, que exercem imensas pressões sobre o meio ambiente. Enquanto isso os segmentos mais pobres não têm condições de ser atendidos em suas necessidades de alimentação, saúde, moradia e educação. A mudança dos padrões de consumo exigirá uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção.

A sociedade deve interiorizar a ideia de consumo consciente, é algo simples de aplicar-se no dia a dia: basta estar atento à forma como consumimos – diminuindo o desperdício de água e energia, escolhendo melhor na hora de comprar seus produtos sabendo dar preferência a empresas e marcas que são comprometidas com a responsabilidade ambiental. Dessa forma, tendo um meio consciente de consumo, a sociedade emite um recado ao setor produtivo, dizendo que estão condizentes com práticas sustentáveis e que querem produtos que também sejam, reduzindo significativamente os impactos negativos no acúmulo do consumo de todos os cidadãos.

Sendo assim, uma diminuição dos materiais utilizados por unidade na produção de bens e serviços bem como a redução do volume de energia, contribuem para uma diminuição da pressão ambiental. Além das indústrias, como forma de cooperação para com o meio, o governo também deve se esforçar para utilizar a energia e os recursos de modo economicamente eficaz e ambientalmente saudável. Por fim, o capítulo 4 da Agenda 21 se preocupa de forma ampla com as mudanças nos padrões de consumo e com estilos de vida sustentáveis. Para isso, como diz o último parágrafo do artigo, "Requer os esforços conjuntos de Governos, consumidores e produtores". (Ministério do Meio Ambiente, 2014)

Nesse sentido, a Agenda 21 tem o intuito de estimular o desenvolvimento sustentável propondo a participação e o envolvimento das nações para a criação e implementação do Plano Local de Desenvolvimento Sustentável, garantindo a soberania popular e a democracia participativa. A Agenda 21 é um documento de muita importância nacional, pois traça os rumos de desenvolvimento nos próximos anos, como a diminuição das desigualdades sociais e a promoção de um modelo econômico que converse com todos os recursos naturais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mercado consumidor se desenvolveu com maior força a partir da Revolução Industrial, evento esse que transformou por completo as relações econômicas no mundo. Com as mudanças proporcionadas pelo aumento do consumo e pela crescente globalização, o meio ambiente ficou comprometido e o domínio do homem sobre a natureza ficou mais do que evidente.

A problemática socioambiental nos debates nacionais e internacionais é colocada cada vez mais em evidência e aos poucos as Nações se conscientizam de que devem tratar com prioridade todas as políticas voltadas para essa temática. Os mecanismos de proteção do meio ambiente, criados em uma esfera internacional, refletem nacionalmente e servem como norte para os Estados atuarem a favor da preservação ambiental.

Cabe mencionar que a proteção internacional do meio ambiente se desenvolve de forma progressiva através de diversas negociações e eventos que são marcos históricos para a área ambiental. Nesse sentido, as Conferências desempenham papéis primordiais ao que tange a importância da criação de instrumentos de negociação e cooperação para melhorar a administração dos recursos naturais.

Vale destacar que nem todos os problemas são resolvidos durante as Conferências, mas eles são colocados em evidência e servem para produzir e incentivar os debates na área, assim, tentam propor resoluções quando possível. A Conferência de Estocolmo trouxe claramente à tona diferenças entre as posições dos países em desenvolvimento e daqueles mais industrializados, mas não resolveu essas diferenças. Porém, foi muito importante no cenário internacional para a problemática ambiental ser olhada com mais cautela.

Por fim, há de se elucidar que inúmeros desafios permanecem na temática da ordem internacional do meio ambiente e muitas lutas ainda serão necessárias para a ótica do direito socioambiental. É preciso olhar com cuidado para as populações mais carentes e vulneráveis, que tanto sofrem com as consequências de um mundo insustentável.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. **Cidadania e Direitos num mundo globalizado;** 1999. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/108138/ISSN1984-0241-1999-22-95-107.pdf?sequence=1 Acesso em: 12/02/2018

ARIYOSHI, Karen Harumi. **As interfaces entre a proteção internacional do meio ambiente e o desenvolvimento brasileiro: fundamentos para a formulação de políticas públicas socioambientais**, 2013. Disponível em: http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-10122013-085850/publico/KarenHarumiAriyoshi.pdf, Acesso em: 16/03/2018

GURSKI, Bruno; GONZAGA, Roberto; TENDOLINI, Patricia. **Conferência de Estocolmo: um marco na questão ambiental**. V.11, n.12, 2012.

HUPPES, Gustavo Augusto. **A Participação da sociedade civil global nas conferências de meio ambiente das Nações Unidas** (1992-2012). Monografia apresentada à Universidade Federal de Roraima, 2014. Disponível em: http://ufrr.br/relacoesinternacionais/index.php/monografias-menu?download=64:monografia-gustavo-huppes. Acesso em: 14/03/2018

IANNI, Octavio. **Globalização: Novo paradigma das ciências sociais**. 1994; São Paulo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200009. Acesso em: 11/02/2018.

KAKU, William Smith. **A CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA E O CONTEXTO BRASIL**, 2002. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14434-14435-1-PB.pdf . Acesso em: 20/03/2018

LAGO, André Aranha Correa. Estocolmo, Rio, Joanesburgo, **O Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Instituto Rio Branco: Brasília, 2006.

LE PRESTE, Philippe. **ECOPOLÍTICA INTERNACIONAL.** 2 ed, São Paulo: Senac-SP, 2005.

LE PRESTE, Philippe. **ECOPOLÍTICA INTERNACIONAL**. 2 ed, São Paulo: Senac-SP, 2005.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, **Agenda 21**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/component/k2/itemlist/category/107-agenda-21?start=105 Acesso em: 21/03/2018

NAKAMURA, Julia Naomi. **O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: CONSTRUÇÃO E EFETIVIDADE NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE**, 2013. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22533/22533.PDF Acesso em: 19/03/2018

SASSEN, S. 2001. **Perdiendo el control? La soberania en la era de la globalización.** Barcelona: Edicions Bellaterra

VEGA-PENA, Alfredo. **O despertar ecológico.** Garamond, 2009. Pg 35.

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS E COMMON POOL RESOURCES: PERSPECTIVAS PARA OS PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS

RESUMO: O artigo trata da necessidade de constituição de protocolos comunitários, assim entendidos como a "norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios", um dos aspectos do novo regime de proteção ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético (Lei nº 13.123/2015). No novo marco legal, o protocolo comunitário é uma condição para a exploração econômica do conhecimento tradicional associado de origem identificável. O paper apresenta o protocolo comunitário como um caso especial de diretrizes para a exploração de um *common pool resource* (CPR). Nesse cenário, o artigo sugere a aplicação aos protocolos comunitários do paradigma desenvolvido por Elinor Ostrom na obra "Governing the Commons", em que a autora identifica quais as características comuns de formas de compartilhamento de recursos bem-sucedidas. A metodologia é exploratória, partindo da avaliação da situação atual dos protocolos comunitários, e dedutiva, sugerindo a aplicação, aos casos, do paradigma de Ostrom. Como resultado e conclusão, verifica-se que os protocolos comunitários identificados até o momento não contemplam a maioria das diretrizes sinalizadas por Ostrom, o que sinaliza para a necessidade de seu aperfeiçoamento.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Direito de Propriedade. Uso Sustentável dos Recursos Naturais. Teoria do Direito. Conhecimentos Tradicionais.

ASSOCIATED TRADITIONAL KNOWLEDGE AND COMMON POOL RESOURCES: PERSPECTIVES FOR COMMUNITY PROTOCOLS

ABSTRACT: The article deals with the need to establish community protocols, thus understood as the "procedural standard of indigenous peoples, traditional communities and traditional farmers establishing, according to their uses, customs and traditions, the mechanisms for access to associated traditional knowledge and benefit sharing, "one of the innovative aspects of the new legal regime for the protection of traditional knowledge associated with genetic resources (Brazilian Act No. 13,123 /2015). In the new legal framework, community protocol is a prerequisite for the economic exploitation of traditional knowledge. The paper presents the community protocol as a special case of a common pool resource (CPR). In this scenario, the article suggests the application to Community protocols the paradigm developed by Elinor Ostrom in the book "Governing the Commons" in which the author identifies which common features are present in successful CPRs. The methodology is exploratory, based on the assessment of the current situation of the Community protocols, and deductive, suggesting the application of the Ostrom paradigm to individual cases. As a result and conclusion, it seems that the Community protocols identified so far do not include most of the guidelines marked by Ostrom, which signals the need for its improvement.

Keywords: Environmental Law. Property Rights. Sustainable Use of Natural Resources. Theory of Law. Traditional Knowledge.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, introduziu no direito brasileiro um novo marco legal para a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e para a repartição

de benefícios à conservação e uso sustentável da biodiversidade. A nova lei promoveu o aperfeiçoamento da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, e cumpriu, no plano do direito doméstico, o papel de internalizar as recomendações da Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998. A convenção amparava-se em três conceitos fundamentais, quais sejam, a conservação da diversidade biológica, uso sustentável da biodiversidade e repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos (PIOVESAN, 2013; MAZZUOLI, 2014).

O marco legal reconhece a importância jurídica da ação de gerações de comunidades tradicionais que, ao longo do tempo, mediante erro e acerto e observação da natureza, criaram conhecimento empírico a respeito das propriedades de espécies naturais. Em verdade, o marco legal atribui uma especial significação ao esforço informal gerador de conhecimento, do qual podem ser extraídas uma relevância econômica em benefício das comunidades que criaram o conhecimento. Os conhecimentos, que até então subsistiram de forma dispersa e apenas eventualmente valorizados, passam a receber proteção jurídica, atribuindo-se-lhes a função de gerar benefícios para as comunidades tradicionais. A proteção dos conhecimentos tradicionais seguiu, na sua forma, o mesmo caminho trilhado pela proteção do meio ambiente, em sentido mais amplo: o que até então era tratado como *res nullius*, passa a receber tratamento jurídico, quer seja por suas vantagens para o ser humano, ou por sua dignidade intrínseca. Assim como a proteção do patrimônio genético só tem sentido a partir de um certo nível de evolução técnica, da mesma forma, a proteção aos conhecimentos tradicionais exige, num primeiro momento, o reconhecimento de sua relação com uma comunidade em particular ou, até mesmo, uma especial sensibilidade para a potencialidade desses conhecimentos reverterem-se em benefício para as comunidades que os produziram.

Em breve síntese, tem como objetivo regulamentar o acesso e a exploração científica e econômica do patrimônio genético brasileiro e os conhecimentos tradicionais a ele associados. Na própria dicção legal, conhecimento tradicional associado é a "informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associados ao patrimônio genético", e por patrimônio genético se entende a "informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos" (art. 2º, incisos I e II da Lei nº 13.123/2015).

Em paralelo ao conhecimento tradicional associado, a nova lei reconhece o conhecimento tradicional de origem não identificável, assim entendido como aquele em que "não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional" (art.2º, inciso III, da lei). Segundo Antunes, uma distinção que merece ser destacada é a que existe entre os conhecimentos de origem identificável e os de origem não identificável, assim entendido como aquele conhecimento em que é inviável a sua atribuição a, pelo menos, uma comunidade indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional (ANTUNES, 2016, pp. 903/904).

A identificabilidade da comunidade a que se vincula o conhecimento tradicional associado é sobretudo importante, porque é a esse grupo que serão destinados os benefícios a que alude o art. 19 da Lei nº 13.123/2015, que poderão ser de natureza monetária ou não-monetária (projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição **in situ** ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; transferência de tecnologias; disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; licenciamento de produtos livre de ônus; capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social; conforme art. 19, inciso II, alíneas 'a' a 'f', da Lei nº 13.123/2015).

Segundo o novo marco legal, uma comunidade tradicional é um "grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social, ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição", e provedor de conhecimento tradicional, a "população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional que detém e fornece a

informação sobre conhecimento tradicional associado para o acesso" (art. 2º, incisos IV e V).

Em breve síntese, o objetivo do novo marco legal é reverter, em favor dos provedores de conhecimento tradicional, os benefícios desse saber, que porventura sejam de valor para exploração científica ou comercial. Para tanto, necessariamente, a legislação prevê um consentimento prévio informado como condição para a exploração desse recurso por terceiros, assim entendido como o "consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários" (art. 2º, inciso IV, da Lei nº 13.123/2015) (SANTILLI, 2004).

Os protocolos comunitários são conceituados como a "norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios de que trata esta Lei" (art. 2º, inciso VII, da Lei nº 13.123/2015).

A par de todos os aspectos relevantes da nova legislação, o presente artigo tratará do significado e função dos protocolos comunitários, situando-o num contexto de valorização dos conhecimentos tradicionais e do pluralismo jurídico (SEGALLA, DE GREGORI). Em vista disso, reconhecendo que a exploração comum desses recursos, direta ou indiretamente, a partir de um consentimento prévio, implica o uso de um recurso natural comum, o presente trabalho qualificará a exploração coletiva desses conhecimentos tradicionais associados com um caso específico de compartilhamento de uma *common pool resource*, empregando a terminologia de OSTROM (1990, p. 30), e indicará algumas alternativas para a sua melhor elaboração, com base nos estudos empíricos dessa autora.

2 PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS, TITULARIDADE COLETIVA DE BENS E PLURALISMO JURÍDICO

O reconhecimento da necessidade de um protocolo comunitário, ao lado dos usos, costumes e tradições de uma comunidade, revela uma preocupação do legislador com o reconhecimento de que o fenômeno jurídico não se limita ao direito estatal, havendo espaço para a sobreposição e simultaneidade entre normas procedentes de diversas fontes. No caso em estudo, o reconhecimento de protocolos comunitários, usos, costumes e tradições, com relação à exploração compartilhada de um recurso natural, aproxima o tema do pluralismo jurídico, assim entendido como o reconhecimento da coexistência de ordens jurídicas convergentes, incidentes sobre uma mesma situação de fato.

O artigo 8 da Convenção sobre Diversidade Biológica_estabelece expressamente que as partes contratantes deverão, "em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica, e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas". O artigo 10 da mesma convenção, por seu turno, dispõe que as partes contratantes deverão "proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável".

A convenção, por sua expressa dicção, atribui às partes, na sua regulação doméstica, o dever de levar em consideração, na gestão desses recursos, as normas não estatais, assim entendidas como os usos, costumes, tradições, refletidas num documento que a legislação doméstica atribuiu o nome de "protocolo comunitário". O marco legal não define, claramente, o conteúdo mínimo dos protocolos legais, limitando-se a mencionar como se darão o acesso ao conhecimento e à repartição dos benefícios. O Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016, regulamentador da Lei nº 13.123/2015, providenciou um maior detalhamento a respeito da relação entre os protocolos comunitários e o consentimento prévio das comunidades.

Segundo o art. 15 do Decreto regulamentador, "a obtenção de consentimento prévio informado de provedor de conhecimento tradicional associado deverá respeitar as formas tradicionais de organização e representação de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional e o respectivo protocolo comunitário, quando houver". A respeito das obrigações do usuário, a "pessoa natural ou jurídica

que realiza acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado ou explora economicamente produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado" (art. 2º inciso XV, da lei), dispôs o regulamento:

> Art. 16. O usuário deverá observar as seguintes diretrizes para a obtenção do consentimento prévio informado:
>
> I - esclarecimentos à população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre:
>
> a) os impactos sociais, culturais e ambientais decorrentes da execução da atividade envolvendo acesso ao conhecimento tradicional associado;
>
> b) os direitos e as responsabilidades de cada uma das partes na execução da atividade e em seus resultados; e
>
> c) o direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado;
>
> II - estabelecimento, em conjunto com a população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, das modalidades de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, derivadas da exploração econômica; e
>
> III - respeito ao direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado, durante o processo de consentimento prévio.

O mesmo regulamento autorizou o Fundo Nacional para a Repartição dos Benefícios (FNRB) a apoiar projetos e atividades relacionados à elaboração de protocolos comunitários (art. 100 do Decreto).

O protocolo comunitário pressupõe, sobretudo, a titularidade coletiva do bem jurídico protegido, gerido segundo usos, costumes e tradições da própria comunidade. O fenômeno da titularidade coletiva de quaisquer bens, passou inicialmente despercebido pela ciência jurídica moderna, empenhada em fazer prevalecer o modelo de propriedade privada consagrado no Código Napoleão, a propriedade alodial, única e com fonte no direito estatal. Em verdade, a propriedade, anteriormente ao direito moderno e ao dogma do Estado Nacional como única fonte do direito, conheceu modelos muito mais complexos, de sobreposição, multititularidade e comunhão, baseadas em regras comunitárias e tradicionais, o que colidia frontalmente com uma concepção moderna de direito monista, estatal e centralizado (GROSSI, p. 67). Segundo Patault (1989, P. 19/20):

> Le mot "proprieté" a ainsi designé des maîtrises foncières multifomres, adaptées aux infinies potentialités de la terre et portant sur des objets aussi disparates que l'explotation d'une justice, d'un champ, ou seulement un espoir de jouissance. Les glossateurs, ces juristes romanisants à l'origine de notre droit, débordés par la vitalité des formes coutumières, se sont inclinés devant elles. Mais la pression romanisante et exclusiviste a fini par discipliner l'effervecence coutumière. Loyseau, au XVII siècle n'aperçoit plus que quatre propriétés différentes, Pothier au XVIII siècle n'en denombre que trois. Le Code civil retrouve l'unicité romaine, un propriétaire sur un immeuble.

A propósito, a observação de Paolo Grossi a respeito da ordem jurídica pré-moderna converge com as observações de Patault a respeito da evolução da concepção de propriedade. Segundo Grossi (2004, p. 40):

> A antiga sobreposição e integração de fontes – leis, costumes, opiniões doutrinais, sentenças, práxis – cede lugar à fonte única, que se confunde com a vontade do Príncipe, o único personagem acima das paixões e dos partidarismos, o único capaz de ler o livro da natureza e traduzi-lo em normas, o único – acrescento – que tem condições – como sujeito forte - de liberar-se com uma sacudida do emaranhado inextricável, mas frequentemente também irracional, de uso e costumes. O velho pluralismo jurídico vai sendo substituído por um rígido monismo: a ligação entre direito e sociedade, entre direito e fatos econômico-sociais emergentes, é ressecada, enquanto se realiza uma espécie de canalização obrigada. O canal obviamente escorre entre os fatos, mas escorre no meio de duas margens altas e impenetráveis: politização (em sentido estrito) e formalização da dimensão jurídica são o resultado mais impressionante, mas também o meio corpulento.

De fato, o tema da propriedade antiga, assim entendida como a propriedade anteriormente à Idade Moderna, e a propriedade atual, polarizada por uma visão individualizada e estatal, converge com

a comparação que se pode traçar entre o direito medieval e o direito moderno: de um lado, um direito preponderantemente tradicional e comunitário, pluralista e informe; de outro, um direito monista, estatal e consagrador da propriedade como um direito individual e apenas excepcionalmente compartilhado.

O reconhecimento de que a própria comunidade pode construir tradicionalmente as suas regras de compartilhamento de bens de uso comum não estranha à mentalidade medieval e, paulatinamente, vem abrindo as portas no direito moderno, a partir do acolhimento de que regras não-estatais podem ser reconhecidas como fonte de direito. Enfim, empregando a metáfora de Grossi (2004, p. 40), o direito costumeiro, os usos, costumes, escorrem entre os fatos e a sua presença torna-se cada vez mais impossível de se perceber. A multinormatividade e as normas jurídicas em paralelo com as normas estatais são, em verdade, um fenômeno inarredável da experiência jurídica, que apenas ficaram em segundo plano no período de afirmação da soberania dos Estados Nacionais.

A implementação dos protocolos comunitários pressupõe, então, a identificação de tais regras procedimentais sobre a utilização dos bens compartilhados. Tais regras teriam como objetivo, pelo que se depreende da lei, em primeiro lugar, a manutenção da reprodutibilidade desses bens compartilhados, segundo um uso sustentável; e em segundo lugar, a repartição desses benefícios no interior da comunidade, de modo que o patrimônio intelectual ancestral reverta, de fato, em proveito de todos, e não apenas em favor dos que eventualmente liderarem o processo de consentimento informado ou, o que seria ainda pior, apenas em favor do usuário. Segundo Swiderska,

> Muchos pueblos indígenas y comunidades locales tienen sus propias reglas y procedimentos transmitidos oralmente, también conocidos como protocolos, para regular la conduta e interacción dentro de sus comunidades, con terceros y con los territórios y áreas de las cuales dependen. A menudo, están originados em leyes y derechos consuetudinários que ha nsostenido la biodiversidad y el patrimônio cultural durante generaciones.
>
> Sin embargo, son los actores externos (por ejemplo, agencias gubernamentales, investigadores, empresas u ONG) quienes tienden a definir los términos de la participación, a menudo imponiendo proyectos o planes que amenazan los médios de vida locales o no reflejan las prioridades locales. Como resultado, hay um creciente reconocimiento de la necesidad de articular las reglas y protocolos de las comunidades em formas que puedan ser entendidas por los demás. Estas nuevas formas de protocolos (a menudo escritos), de denominan protocolos comunitários (PC), os protocolos comunitários bioculturales (PCB). Comunican la importância de sus tierras y recursos para los médios de vida y la forma de vida de uma comunidade, sus funciones como encargados de la tierra y los recursos, así como sus derechos consuetudinários y como son reconocidos em la legislacion internacional y Nacional.

Pela própria dicção legal, os protocolos comunitários não são normas determinadas pelo Estado ou entidades paraestatais, mas as normas de fato reconhecidas pela comunidade como suas e relacionadas com a exploração do bem coletivo. Trata-se, no caso concreto, do reconhecimento da existência de normas para a exploração de um bem comum, com todas as implicações daí resultantes. O fato de que o regulamento prevê que o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios poderá auxiliar na elaboração dos protocolos comunitários não significa atribuir-lhe poder regulamentador ou legiferante; trata-se, no máximo, de reconhecer e orientar as comunidades que compartilham um recurso comum.

3 EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS DE ELABORAÇÃO DE PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS.

Em se tratando de um recente e novo marco legislativo, ainda há poucas experiências em território nacional a respeito da elaboração de protocolos comunitários com o propósito de atender aos requisitos da Lei nº 13.123/2015.

Segundo o novo marco legal, caberá ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, vinculado à Secretaria de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, a função de criar e manter base de dados relativos aos cadastros de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa, às autorizações de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa, aos instrumentos e termos de transferência de material, às coleções **ex situ** das instituições

credenciadas que contenham amostras de patrimônio genético, às notificações de produto acabado ou material reprodutivo, aos acordos de repartição de benefícios e aos atestados de regularidade de acesso. O papel do Conselho será, portanto, determinante para a avaliação dos acordos de benefícios e, sobretudo, para a apreciação do conteúdo dos protocolos comunitários.

A consulta ao site do Conselho de Gestão do patrimônio Genético dá conta de que, a partir de novembro de 2015, não foram protocolados novos processos, e todos os anteriores ainda mencionavam como fundamento legal a revogada medida provisória nº 2.186-16/2001, superada pela nova legislação.

Até então, pode-se afirmar uma preponderância de processos encaminhados por empresas de cosméticos, sobretudo L'Oreal Brasil, Natura, Nazca, Beraca, Symrise, Solabia, que, somadas, compreendem quase dois terços dos pedidos protocolados no ano de 2015 (total de 97 processos protocolados, nem todos relativos a conhecimentos associados). Dentre as pesquisas e prospecções registradas, o site informa que a Beraca pretende explorar em área privada, no Município de Tomé Açu, no Pará, uma espécie da família *Verbenaceae*; a Natura, espécies da família *Burseraceae*, no Amazonas; a Symrise, espécies da família *Passifloraceae*, também em Município de Tomé Açu, no Pará, em área privada; a Solabia, por sua vez, pretende prospectar em Quixadeira/Bahia, uma espécie da família *Arecaceae*, que popularmente compreende as palmeiras, para desenvolvimento de produtos cosméticos.

Em consulta direta com o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, durante a elaboração desta pesquisa, sobre a existência de protocolos comunitários depositados perante aquele órgão, obteve-se a informação de que, em outubro de 2016, os dados ainda não se encontravam disponíveis, pois os cadastros de acesso, de remessa e de notificação de produto acabado ou material reprodutivo, serão realizados mediante o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), previsto no artigo 20 do Decreto nº 8.772, de 2016, ainda não disponível ao público. Segundo o Conselho, o decreto estabeleceu diversos procedimentos relativos aos cadastros e ao funcionamento do SisGen, que dependem da implementação das demais estruturas do novo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Ainda conforme as informações obtidas junto ao Conselho, conforme disposto no § 1º, do art. 118, do Decreto nº 8.772, de 2016, os usuários terão o prazo de um ano, a contar da disponibilização do SisGen, para realizarem os cadastros e notificações.

Dentre os casos registrados, merece destaque, inicialmente, o caso das "raizeiras do Cerrado" (DIAS & LAUREANO, 2014), que compreende 43 grupos comunitários de dez regiões dos Estados de Minas Gerais, Goiás, Tocantins e Maranhão, que estabeleceram seu protocolo comunitário com o apoio da Fundação Luterana de Diaconia e da Heinrich Böll Stiftung Brasil. Segundo as informações disponíveis *online*, o processo de elaboração do protocolo comunitário dessa comunidade iniciou-se em 2008, com a realização de doze encontros regionais, que priorizaram o diálogo sobre critérios coletivos, e dois encontros nacionais, que enfatizaram a construção da identidade social das "raizeiras" e a elaboração de metas para a conservação da biodiversidade do Cerrado. O protocolo, embora identifique precisamente o conhecimento tradicional a ser preservado, não chega ao ponto de estabelecer, ou identificar, regras tradicionais de aproveitamento das raízes do Cerrado para medicamentos caseiros.

Há informações, também obtidas *online*, de que a Rede Grupo de Trabalho Amazônico[1], organização não governamental integrante do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, auxiliou a comunidade do Arquipélago de Bailique, no Amapá, a se tornar a primeira a apresentar seu protocolo comunitário, publicando uma cartilha na qual, acertadamente, enfatiza que o [2]protocolo comunitário não se destina a preparar a comunidade para negociar seus recursos e conhecimentos tradicionais, mas sobretudo à criação de regras internas para a própria comunidade, que reflitam suas práticas tradicionais.[3,4] Embora o protocolo contenha informações relevantes sobre a prática e a exploração dos recursos naturais do Bailique, não chega a definir, claramente, regras de aproveitamento concretas, a serem obedecidas pelos integrantes das comunidades e pelos usuários.

4 PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS E COMMON POOL RESOURCES

Uma das dificuldades para a proteção desses recursos naturais é que, de um lado, temos um sujeito

de direito extraordinário, qual seja, a comunidade como um todo, que não se confunde com a soma dos indivíduos que a integram; de outro, um patrimônio que é compartilhado por todos, insuscetível de ser apropriado individualmente e cuja preservação depende, necessariamente, do modo de gestão aplicado pelos seus integrantes. Na lição de Antunes (2016, p. 905):

> É desnecessário dizer que as comunidades locais e indígenas não se constituem um sujeito de direito ordinário; para o modelo vigente de ordenamento jurídico, tais grupamentos sociais não possuem personalidade jurídica própria. Podemos dizer que se trata de uma comunidade que se constitui sobre a existência de laços culturais. A grande dificuldade, ça *va sans dire*, é a de estabelecer meios e modos que sejam capazes de conferir proteção coletiva, dentro de um sistema legal que é, fundamentalmente, individualista. Todavia, em um contexto de proteção aos direitos humanos, há amplo reconhecimento da capacidade postulatória de tais comunidades e, em termos brasileiros, no que diz respeito aos povos indígenas, tal capacidade decorre da própria Constituição, não havendo qualquer motivo para que tal situação seja negada às demais comunidades tradicionais.

Tendo em vista que os protocolos comunitários se destinam à gestão de um patrimônio comum, a pergunta que se impõe é: quais seriam as regras ou práticas internas a serem valorizadas, ou rejeitadas, objetivando a preservação desses bens? A partir de uma pesquisa empírica a respeito de situações de uso comunal de recursos naturais, Ostrom (1990) identificou algumas características de *common pool resources* (CPR), que são determinantes para o êxito de um arranjo social. Segundo Ostrom (1996, p. 129), CPRs são "benefícios ou riquezas naturais ou feitas pelo homem que geram fluxos de unidades de recursos úteis ao longo do tempo". CPRs compartilham duas características, segundo a autora: 1) há um custo para desenvolver instituições para excluir beneficiários em potencial; e 2) pelo menos uma das vantagens obtidas a partir de uma CPR coletada por um usuário, torna-se indisponível para os demais. Nesse cenário, a autora identifica os casos da pesca comunitária, pastos em terras comunais, utilização da água para irrigação, dentre outros exemplos.

A reflexão de Ostrom a respeito da gestão de CPRs se inicia como uma resposta ao conceito desenvolvido por Hardin (1968) a respeito do risco existente no compartilhamento de recursos naturais por indivíduos polarizados por seus interesses pessoais. Garret Hardin elabora o conceito de "*tragedy of commons*", segundo o qual, num quadro de compartilhamento de um recurso natural, os indivíduos, à míngua de quaisquer regras impostas externamente, tenderiam a exauri-lo. Hardin emprega a metáfora de um pasto, suficiente para um certo número de animais, na qual a tendência dos usuários seria dizimá-lo, levando mais animais do que a sua cota permitiria, de modo que a consequência seria o fim dos recursos naturais. Segundo o autor,

> The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality (…) the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to purse is to add another animal to his herd. And another. . . . But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit—in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.

Segundo Ostrom, normalmente a doutrina econômica apresenta duas soluções para a tragédia do uso comunal (tradução livre para a expressão "*tragedy of commons*"). A primeira alternativa enfatiza o papel do Estado como regulador, estabelecendo normas que seriam impostas aos usuários comunais para evitar o exaurimento dos recursos coletivos. A autora chama essa solução de opção "Leviathan": o Estado, com seu poder coercitivo, é chamado para intervir na espontaneidade da vida social para conduzir os usuários para o caminho da sustentabilidade. Naturalmente, essa solução dependeria de que o governo central dispusesse de todas as informações necessárias, válidas e confiáveis para a indicação de um nível ótimo de utilização, aproximando-se de um ótimo paretiano. Dependeria, outrossim, da eficiência da agência responsável pela fiscalização em aplicar sanções aos comportamentos desviantes, e da adesão dos usuários ao comportamento

prescrito pelas normas estatais. Segundo Ostrom, esse modelo, embora de alto custo, é o predominante sobretudo no terceiro mundo.

O outro modelo, ou alternativa, é o emprego da propriedade privada, ou a extinção de qualquer uso comunal para a atribuição individual da propriedade ou do recurso natural. A repartição do recurso coletivo atribuiria exclusivamente a um usuário os benefícios de sua exploração e, consequentemente, esse mesmo usuário teria o interesse em preservá-lo, evitando seu exaurimento[5]. Segundo Ostrom, esse modelo não seria aplicável a todas as hipóteses de usos coletivos, sobretudo no caso de utilização de recursos não estacionários, como água e pesca. Além disso, essa estratégia ainda teria um custo institucional representado pela demarcação e proteção da propriedade privada. Essa é a estratégia defendida por Hardin (1968) e Demsetz (1967), assim sintetizada por Peñalver e Alexander (2012):

> Like Hardin, Demsetz identifies the division of the commons into private property as a key tool for overcoming the inefficacies generated by pervasive externalities. "Private ownership of the land", he says, "will internalize many of the external costs associated with communal ownership". This is because the private owner "can generally count on realizing the rewards associated with husbanding game and increasing the fertility of his land". Because the owner's wealth is now tied to the skill with which she cares for her property, she has the incentive to use the resources on that property as efficiently as possible. Private property directly internalizes many of the externalities caused by overuse. Of course, some mismatch between the benefits of individual ownership and the consequences of individual choice will remain. But even as to these surviving externalities, Demsetz argues, private ownership may constitute an improvement. This is because reducing the number of decision makers reduces the transaction costs that stand in the way of the affected parties coming together to reach a successful bargain over who should bear the burdens generated by a particular activity. As Demsetz notes, the creation of a system of private ownership is not free. But when externalities are expensive enough, establishing a system of private property ownership becomes cost-effective.

As duas soluções para a utilização dos recursos coletivos, o Estado ou a propriedade privada, são incompatíveis entre si e exógenas. De um lado, a ação do Leviathan regulando o comportamento dos indivíduos diante de um recurso natural; de outro, a instituição de uma propriedade privada, que também dependeria da estrutura institucional do Estado, mas que se ampararia na ação dos indivíduos protegendo o seu lote.

O modelo proposto por Ostrom procura distanciar-se da dicotomia Estado/Mercado ou propriedade privada, buscando a identificação de regras ou procedimentos espontâneos e comunitários que resultaram no sucesso de alguns CPRs pesquisados. Além disso, Ostrom identifica que, tanto nos CPRs exitosos, como nos fracassados, há sempre uma mescla de regras estatais e regulação privada, normas espontâneas, que podem influir no sucesso do arranjo social. Nesse contexto, o sucesso de um CPR pode ser traduzido como a capacidade de manter o fluxo de unidades destinadas aos usuários, que de alguma forma aderem às regras espontâneas de utilização.

Segundo Ostrom, os CPRs bem-sucedidos têm oito características, expostas a seguir:

1. Limites claramente definidos: indivíduos ou comunidades que têm direitos a usar ou retirar os recursos do CPR devem estar claramente definidos, assim como os limites físicos do próprio CPR. Um CPR exitoso deve, de alguma forma, fechar-se para *outsiders*, para evitar que os benefícios sejam apropriados por terceiros e, no pior cenário, ocorra uma dispersão de renda. O CPR não deve ser de acesso livre.

2.Congruência entre apropriação e regras de provisão e condições locais: as regras de apropriação restringindo o tempo, local, tecnologia, e/ou a quantidade de unidades de recurso são compatíveis com as condições locais e com as regras de provisionamento, assim entendidas como a preservação da capacidade de fluxo de unidades.

3. Arranjos de decisão coletiva: a maior parte dos indivíduos afetados pelas regras operacionais podem participar na modificação dessas regras.

4. Monitoramento: os monitores, que ativamente avaliam as condições da CPR e o comportamento dos beneficiários, são responsáveis perante os beneficiários ou são os próprios beneficiários, o que reduz o custo da fiscalização.

5. Sanções graduais: os beneficiários que violam regras operacionais estão sujeitos a sanções graduais, dependendo da seriedade e do contexto da infração.

6. Mecanismos de resolução de conflitos: os beneficiários e seus funcionários têm rápido acesso a arenas locais de resolução de conflitos entre si.

7. Reconhecimento de um direito mínimo de se organizar: as normas estatais respeitam e protegem, em certo grau, o direito de as comunidades se organizarem conforme suas próprias normas. Em outras palavras, os direitos dos beneficiários de conceber suas próprias instituições não são desafiados pelas autoridades do governo externo.

8. CPRs conjugados a outros: em casos de coexistência de CPRs semelhantes, as regras acima, que tratam da apropriação, preservação, monitoramento, aplicação das regras, resolução de conflitos e atividades de governança são organizadas em múltiplas camadas convergentes.

Para ilustrar a aplicação dessas regras, Ostrom indica, inicialmente, exemplos de CPRs bem-sucedidos. Entre eles, a autora menciona o caso da pequena comunidade alpina de Törbel, na Suíça, com 600 habitantes, cujos arranjos comunitários foram estudados por Netting (1981). Segundo o relato, há cerca de cinco séculos esta comunidade estabeleceu, autonomamente, regras para a utilização de suas terras comunais, sobretudo os pastos alpinos, para onde o gado é levado durante os meses de verão. No arranjo de Törbel, coexistem, de um lado, propriedades privadas, principalmente ao nível mais baixo, próximo ao centro urbano, e terras comunais, nos Alpes, empregadas para o pasto. Segundo a pesquisa de Netting, a associação formal entre os habitantes aconteceu em 1483, por meio de um documento escrito, articulando as principais regras para o uso das terras cominais.

Os limites dessas terras, por sua vez, estão descritos num inventário datado de 1507. Conforme as regras locais, o acesso ao patrimônio comunal é limitado aos moradores; a mera aquisição de uma propriedade na comunidade não estende, ao adquirente, os direitos comunais, o que depende de uma decisão da coletividade. Com relação ao uso dos pastos, a regra mais importante é a que determina que ninguém pode enviar mais vacas aos pastos alpinos durante o verão, além da quantidade que poderá alimentar durante o inverno. Em caso de descumprimento dessa regra, fiscais, autorizados pela associação que administra o CPR, aplicam multas aos infratores. Em Törbel, os estatutos são votados pelos cidadãos que têm gado, que por sua vez dão legitimidade a uma associação para a aplicação das penalidades.

Anualmente, os integrantes da comunidade se reúnem para discutir as regras e escolher os fiscais, responsáveis pela obediência às regras. Nesse caso concreto, dentre as virtualidades deste sistema, Ostrom destacou que os custos de monitoramento e administração são relativamente baixos, pois os próprios interessados fiscalizam a adesão às normas, que por sua vez é alta. De fato, todas as características de um CPR bem-sucedido são perfeitamente identificadas na descrição do exemplo de Törbel.

No outro extremo, descrevendo casos de CPRs malsucedidos, Ostrom apresenta o exemplo da pesca nas cidades turcas de Izmir e Bodrun, ambas às margens do Mar Egeu. Segundo a autora, baseada nas pesquisas de Berkes (1986), em 1983 havia em Bodrum mais de uma centena de barcos pesqueiros, de diferentes tamanhos, operados por 400 pescadores. Até os anos 70, Bodrum era um lugar exitoso de pesca costeira.

Nessa década, o governo incentivou alguns pescadores a construirem barcos maiores, embora raramente fiscalizasse o limite de 3 milhas imposto a estas embarcações de maior porte, para o desgosto dos pequenos pescadores. O sucesso dos primeiros pescadores atraiu outros para o local, até que a renda obtida, dividida pelo número de barcos, passou a ser inferior aos custos. Segundo Berkes (1986, p.79), a situação de Bodrum tornou-se um exemplo ilustrativo, digno de um "*textbook*", de dissipação de renda. A produção permaneceu estabilizada, porém o esforço por unidade obtida aumentou. A indústria de turismo atraiu pescadores amadores e barcos charter de pesca. Uma cooperativa tentou, até 1983, quando foi extinta,

regular a competição entre os barcos maiores, os pequenos pescadores e os novos pescadores, em vão.

Nesse cenário, seis categorias competiam, com heterogeneidade de interesses e diferentes perspectivas de tempo: a) pequenos pescadores costeiros de pequena escala; b) operadores de larga escala; c) pescadores semiprofissionais, que obtinham o seu próprio peixe e eventualmente vendiam o excedente; d) grande número de pescadores esportivos sem habilidade específica; e) pescadores com arpões que vendiam seus peixes no mercado aberto e f) operadores de barcos charter que pescavam para alimentar seus clientes e ocasionalmente vendiam o excedente. Essa proliferação de usuários com diferentes interesses ocorreu também em Iszmir, com o agravante de se tratar de uma grande cidade, com significativa demanda por peixe. Havia, portanto, muitos pescadores para poucos peixes, gerando dissipação de renda. Segundo a legislação nacional turca, a pesca dependia de licença, porém não havia limites para o número de licenças emitidas. O ministério responsável por fiscalizar o limite de 3 milhas, em que os grandes pesqueiros não podiam entrar, não tinha estrutura para fiscalizar.

Nesse último exemplo, a ausência das condições de um CPR bem-sucedido está clara: não há delimitação geográfica nem de membros no CPR; as regras são sobretudo estatais e tratam da expedição de licenças, sem qualquer atenção à capacidade de o CPR suportar os licenciados; e, mais importante, a heterogeneidade de interesses dos usuários coloca em cheque toda a organização social, promovendo, como já destacado supra, uma vasta "dissipação de renda" entre os pescadores.

Tais recomendações, fundamentadas em estudos empíricos, podem ser transportadas e aplicadas aos protocolos comunitários a que se refere a Lei nº 13123/2015, como se verá em seguida.

5 CONCLUSÃO

Um elemento fundamental da implantação bem-sucedida da proteção aos conhecimentos tradicionais associados, prevista na Lei nº 13.123.2015, será a elaboração de protocolos comunitários consistentes com a tradição das comunidades e a preservação dos recursos, independente de quem vier a explorá-los no futuro.

Embora o novo marco legal ainda esteja em processo de implantação, verifica-se, do exame das informações obtidas, que os protocolos comunitários não estão se apresentando exatamente como um documento escrito com a determinação de regras procedimentais e de uso dos recursos naturais. O exame dos casos do Bailique e das raizeiras do Cerrado permitem inferir que tais protocolos se preocuparam, em primeiro lugar, com a identificação e o reconhecimento dos conhecimentos associados, sem cuidar do exame ou inclusão de regras expressas, que reflitam as práticas tradicionais, visando a manutenção dos CPRs.

De outra parte, o regulamento, a quem competiria estabelecer os pormenores para o reconhecimento de um protocolo comunitário, não estabeleceu um termo de referência completo, contemplando sobretudo as regras necessárias para a preservação do CPRs.

O protocolo comunitário deverá ser sensível às práticas que mantiveram o recurso disponível até então, e eventualmente acolher sugestões, tais como as formuladas por Elinor Ostrom, relacionadas com a descrição de CPRs bem-sucedidos, assim entendidas como: 1) Limites claramente definidos; 2) Congruência entre apropriação e regras de provisão e condições locais; 3) Arranjos de decisão coletiva; 4) Monitoramento; 5) Sanções graduais; 6) Mecanismos de resolução de conflitos; 7) Reconhecimento de um direito mínimo de se organizar; 8) Em caso de CPRs conjugados, que tratam da apropriação, preservação, monitoramento, aplicação das regras, resolução de conflitos e atividades de governança, devem ser organizadas em múltiplas camadas convergentes.

Protocolos comunitários, que ignorem alguns dos mencionados arranjos sugeridos por Ostrom, poderão ter o efeito indesejado de colocar em risco a preservação de um recurso relacionado com um conhecimento associado, sobretudo pela aparência de legitimidade conferida pela licença estatal outorgada para a exploração do recurso natural; internamente, a ausência de instrumentos para resolução de conflitos poderá determinar a concentração dos benefícios em parte da comunidade, e não no seu todo; e externamente, a mera obtenção de um consentimento consentido, com base em protocolo comunitário falho, poderá implicar o exaurimento dos recursos naturais, principalmente pela atratividade que os benefícios da

compensação podem produzir a curto prazo. Nesse cenário, a atribuição de um caráter meramente formal aos protocolos comunitários coloca em risco a preservação dos recursos naturais.

ENDNOTES

[1] PROTOCOLOS Comunitários. **Grupo de Trabalho Amazônico.** 06 fev. 2014. Disponível em: <http://www.gta.org.br/protocolos-comunitarios/>. Acesso em: 03 nov. 2016.

[2] FUNDOVALE. **Metodologia para construção de protocolos comunitários**. Grupo de Trabalho Amazônico, 2016. Disponível em: <http://www.fundovale.org/wp-content/uploads/2016/04/GTA_ metodologia_ONLINE.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

[3] FUNDOVALE. **Metodologia para construção de protocolos comunitários**. Grupo de Trabalho Amazônico, 2016. Disponível em: <http://www.fundovale.org/wp-content/uploads/2016/04/GTA_ metodologia_ONLINE.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

[4] METODOLOGIA de criação de protocolo comunitário no Amapá é divulgada em cartilha. **Portal do Meio Ambiente**. 20 jan. 2015. Disponível em: <http://portal.rebia.org.br/cidadania-ativa/10028-metodologia-de-criacao-de-protocolo-comunitario-no-amapa-e-divulgada-em-cartilha>. Acesso em: 03. nov. 2016.

[5] Nesse sentido, O. Johnson, 1972, Smith,1981, Welch, 1983.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M. **An introduction to property theory**. Cambridge University Press, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 18. ed. rev., atual. e apli. São Paulo: Atlas, 2016. p. 904 e ss.

BERKES, Fikret. Marine inshore fishery management in Turkey. In:**Proceedings of the conference on common property resource management**. 1986. p. 63-83

DEMSETZ, Harold. **Toward a Theory of Property Rights.** The American Economic Review. v. 57. n. 2. Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1967). pp. 347-359.

DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (org). **Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado:** direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional. Turmalina: Articulação Pacari, 2014.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HARDIN, Garret. **Tragedy of Commons.** Science 162 (1968): 1243

MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. **Acesso à Diversidade Biológica e aos conhecimentos tradicionais no Brasil:** um estudo sobre a sua regulamentação. Revista Forense, v. 413, ano 107. 2011, pp.51 a 69.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 8.ed. Masto Grosso: RT, 2014.

NETTING, Robert McC. **Balancing on an Alp:** ecological change and continuity in a Swiss mountain community. CUP Archive, 1981.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

OSTROM, Elinor; SCHLAGER, Edella. The formation of property rights. **Rights to nature**, p. 127-156, 1996.

PATAULT, Anne-Marie. **Introduction historique au droit des biens**. Presses universitaires de France, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTILLI, Juliana. Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade:

Elementos para a Construção de um Regime Jurídico Sui Generis de Proteção. In: VARELLA, M.; PLATIAU, A. F. (org). ***Diversidade biológica*** e ***conhecimentos tradicionais***. *Coleção Direito Ambiental*, v.*2*, Belo Horizonte:

Del Rey, 2004. 214p.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos:** proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SEGALA, Michele Machado; GREGORI, Isabel Christine Silva de. A construção de uma justiça socioambiental por meio da instituição de um sistema sui generis de proteção dos conhecimentos tradicionais associados. In: Encontro Nacional do Conpedi, XXV, 2016, Brasília – DF. **Anais...**Florianópolis: Conpedi, 2016.

SWIDERSKA, Krystyna, *et al*. **Protocolos comunitarios y consentimiento libre, previo e informado:** generalidades y lecciones aprendidas. Aprendizage y acción participativos nº 65, pp. 25 a 41. Disponível em: <http://pubs.iied.org/pdfs/G03440.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

SOCIEDADE MODERNA E QUESTÃO ECOLÓGICA. DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: UMA SEMÂNTICA ATUAL? OBSERVAÇÕES SOCIOLÓGICAS

Matteo Finco

Resumo: O objetivo geral das seguintes reflexões teóricas – baseadas em uma pesquisa bibliográfica – é investigar a atual semântica social da expressão 'desenvolvimento sustentável': o que significa na contemporaneidade? Como os temas do desenvolvimento e da sustentabilidade foram entendidos na modernidade? Qual o motivo dos termos 'desenvolvimento e sustentabilidade' serem utilizados conjuntamente? Por qual motivo constam em uma única expressão? A reflexão é baseada em uma pesquisa bibliográfica cuja referência teórica é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. O objetivo específico é, portanto, saber qual seria a contribuição que essa teoria pode fornecer a discussão sobre o tema do desenvolvimento sustentável. Como resultados, percebe-se que hoje há quase uma identificação entre desenvolvimento e sustentabilidade. A sustentabilidade deve ser continuamente redefinida em relação ao futuro, é um conceito que deve ser continuamente problematizado. Igualmente adquire-se uma maior consciência da importância descritiva que a sociologia – como ciência – desempenha na sociedade, além de uma função crítica. A sociologia deve fornecer descrições mais satisfatórias, ainda que complexas, não limitadas à semântica herdada da tradição, mas capazes de problematizar a realidade de maneira nova.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas Sociais. Niklas Luhmann. Desenvolvimento sustentável. Ecologia, Semântica. Teoria Sociológica.

1 Introdução

O artigo pretende investigar a semântica atual da expressão 'desenvolvimento sustentável': o que significa na contemporaneidade? Como os temas do desenvolvimento e da sustentabilidade foram entendidos na modernidade? Qual é a função do termo na sociedade? São palavras adequadas para lidar os problemas relacionados à ecologia?

A reflexão é baseada em uma pesquisa bibliográfica cuja referência é à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

2 Problematizar a realidade

Qual pode ser a contribuição da teoria sociológica para o tema do 'desenvolvimento sustentável'? Não se pretende fazer uma teoria necessariamente 'crítica', podemos entender a tarefa da disciplina como a de buscar teorias que levem em conta os fatos em maneira um pouco melhor do que faz a tradição (LUHMANN, 1999). Isso não apenas para problematizar mas para interpretar maneira melhor aqueles que já são evidentes: por exemplo, o conceito de 'desenvolvimento sustentável'. Tentaremos demonstrar a necessidade de esta tarefa da sociologia raciocinando sobre esse tema.

3 'Desenvolvimento' de quem/do quê?

Vamos começar com o primeiro termo: o que significa 'desenvolvimento'? A etimologia da palavra refere-se à ideia de aumentar algo, mas também de ordenar, desemaranhar, expor, executar algo intrincado. Em suma, há uma ideia de melhoria, de progresso. Não é por acaso que a ideia de desenvolvimento emergiu com força na modernidade, depois das revoluções industriais: um período histórico bastante feliz, onde o

termo serviu – e ainda serve – tanto para descrever um processo em ato, como para formular um valor, um ideal a ser perseguido.

No entanto, a primeira pergunta é: quando hoje falamos de 'desenvolvimento', o que queremos dizer? Desenvolvimento de quê? Ou de quem? Em que sentido desejamos o desenvolvimento de uma dada realidade – por exemplo, o desenvolvimento de um Estado ou de outra entidade geográfico-política-social? Como a ideia de movimento é implícita, a questão diz respeito precisamente à direção a seguir. Em segundo lugar, a questão de *quem* deve estar envolvido neste desenvolvimento não é secundária. Os problemas relativos à justiça social e igualdade são óbvios. É possível realizar – ou é realístico esperar – que *todos* seriam envolvidos? E acima de tudo: o que isso implica?

Aqui nos enfrentamos um primeiro problema: o de *envolvimento*, da inclusão. Está de fato ligado principalmente às decisões. Neles baseiam-se as *organizações* – de qualquer tipo que sejam: uma organização que não é capaz de decidir (LUHMANN, 2005), não reproduz sua operação básica e é condenada ao fim. Mas a decisão diz respeito sobretudo a quem assume a decisão mesma. Outros podem estar envolvidos ou não. Nesse sentido, o sociólogo alemão Niklas Luhmann, descrevendo o fenômeno do risco na sociedade moderna, ilustrou a diferença *risco/perigo*. O primeiro é um evento potencial de dano que é conscientemente assumido pelos tomadores de decisão (eu sei que no Brasil é alto o risco de molhar-me se eu não levo o guarda-chuva quando saio, porque o tempo muda continuamente). O segundo é algo desconhecido. De fato, aos perigos estamos sempre expostos, precisamente porque não os conhecemos antecipadamente. No entanto, mesmo estes podem derivar de decisões: não as suas próprias, mas outras. Assim, se – como escreve Luhmann – o fato de que os processos de tomada de decisões com efeitos globais dependem de organizações, isso significa que "cada um é *excluído* e *envolvido* praticamente em todas as decisões" (LUHMANN, 2013); o que significa não só que o conceito de 'solidariedade social' fica enfraquecido (enquanto no passado os perigos, criando danos em maneira indiscriminada, encorajavam os indivíduos a lidar coletivamente, assim estimulando a solidariedade; os riscos modernos e a distinção entre os tomadores de decisão e envolvidos abrem o caminho para a perda de confiança e para o conflito), mas que quando se olha para potenciais vantagens o danos futuras, levar em consideração o ponto de vista dos envolvidos pode fazer a diferença: por exemplo, decidir de investir em uma fonte de energia ao invés de outra, envolve uma série muito complexa de análises; mas se não tentarmos levar em conta também o ponto de vista de quem não está envolvido nas decisões, mas quem inevitavelmente estão interessados, nos somos inevitavelmente expostos a perigos, que são precisamente perigos porque eles não foram previstos.

Assim, podemos identificar uma primeira potencial contribuição da sociologia: investigando a realidade social em toda a sua complexidade, ela deve levar em conta o ponto de vista de todos. Não porque esteja *justo* (no sentido da justiça como ideal), mas porque isso faz parte de seu método. Outros âmbitos da sociedade (como economia e política) não precisam necessariamente fazer isso. Mas, se quiserem, podem aproveitar a contribuição da sociologia.

4 O que significa 'sustentável'?

O outro termos sobre o qual questionar são 'sustentável' e, portanto, 'sustentabilidade'. Sustentável indica a ideia de apoiar, isto é, manter, manter vivo, defender e conservar. Apoiar é uma ação. O adjetivo 'sustentável', por outro lado, significa algo que alguém é capaz de sustentar, de suportar, ou algo que se sustenta por si mesmo. Assim, 'sustentabilidade' implica a capacidade de suportar ou usar algo sem subir danos; e uma ação ou processo 'sustentável' é algo que funciona e mantem se em si mesmo sem criar danos. Parece um conceito vazio, que deve ser cada vez definitivo. O mesmo acontece com o conceito de saúde: não sabe o que é, mas se sabe o que é a doença, ou seja, o seu lado negativo.

5 Desenvolvimento e sustentabilidade: uma semântica adequada?

Nesse ponto, para continuar com a problematização, poderíamos até nos perguntar se esses termos – desenvolvimento e sustentabilidade – por um lado, se tomados individualmente, realmente descrevem a

realidade, no sentido de descrever verdadeiramente os processos socio-culturais; por outro lado, se tomados em conjunto (desenvolvimento sustentável), poderíamos nos perguntar o que eles pretendem indicar.

Essa é, de fato, uma questão relacionada à *semântica* da sociedade: Luhmann pretende indicar com esse termo o sentido generalizado, a reserva de temas de relevância comunicativa na sociedade (LUHMANN, 1983). Este é um conceito mais amplo que o da *cultura* (a cultura é sempre relativa a um grupo específico – "cultura de quem?").

A semântica é importante porque está em relação circular com as estruturas da sociedade, isto é, com os elementos que a compõem e com as relações entre elas. Por um lado, a semântica é usada para descrever a sociedade. Por outro lado, se ela perde a adesão à realidade, se envelhece, não pode dar um retrato fiel. Nesse sentido, é bom interrogar-se e pesquisar sobre a semântica.

Este termo indica todas as ideias – disponibilizadas pela própria sociedade – que permitem desenvolver o sentido social no nível de comunicação através do uso de distinções. Devido à semântica, torna-se possível articular temas de comunicação. A condensação das referências do sentido que são preservadas permite que a sociedade descreva-se[1].

Estas não são fórmulas arbitrárias ou estáticas: as variações semânticas são produzidas em resposta ao crescimento da complexidade dos sistemas e à contingência das operações realizadas dentro dele. Assim, a semântica muda à medida que a estrutura – e, portanto, a complexidade – da sociedade muda. Se isso não acontecer, a semântica perde suas estruturas e, portanto, a realidade social. Mas as mudanças semânticas, por sua vez, determinam precisamente a orientação para determinados temas da comunicação, em vez de outros: assim, as estruturas da própria sociedade são influenciadas. Essa relação circular é problemática, devido ao fato de que a semântica está constantemente atrasada em relação às mudanças estruturais[2].

Luhmann distingue dois níveis. Semântica *elevada* (*gepflegte Semantik*) e semântica *difusa*. A primeira é uma semântica "digna de ser preservada" para ser transmitida (LUHMANN, 1983). As descrições da sociedade estão nesse nível. A segunda é a comum, geral, ou-seja, tudo o que é produzido como tema da comunicação.

'Desenvolvimento sustentável' é uma expressão de uso comum da muito tempo, por isso também pode ser considerada parte do segundo grupo.

Nos últimos anos, a ciência tem questionado cada vez mais a questão da sustentabilidade, especialmente desde os anos 80, ao mesmo tempo em que o tema ganhou espaço no nível político (o Relatório Brutdland (WCED, 1987) é de 1987). Como demonstrado por uma pesquisa relativamente recente (FABBRIZZIA et al., 2015), os termos relacionados à sustentabilidade são numerosos e altamente diferenciados, e os campos de investigação científica a eles relacionados têm crescido em conseqüencia do crescimento da consciência da importância do paradigma da sustentabilidade (LUKMAN; GLAVIC, 2007). A percentagem de artigos científicos publicados até 2014 sobre sustentabilidade, comparados aos publicados no total, próxima a zero no início dos anos 90, cresceu exponencialmente[3].

Um problema claro é que a semântica relacionada à sustentabilidade é bastante genérica e muito ampla: essa é investigada de muitos pontos de vista diferentes e em relação a muitas áreas e problemas. É por isso que não podemos falar de sustentabilidade sem conectá-la a uma perspectiva específica. Falar de sustentabilidade social não é o mesmo que falar em sustentabilidade ambiental, por exemplo. Também é verdade que o "horizonte" da sustentabilidade muda continuamente, a cada passo que damos, porque está ligado ao futuro, que por sua natureza é desconhecido. Isso acontece justamente porque vivemos em uma sociedade altamente complexa e diferenciada. Como não podemos retornar a um estado ideal mais simples, devemos nos perguntar – e isso é um desafio para a sociologia – se essa semântica estiver condenada à indeterminação. Mas, do ponto de vista da teoria dos sistemas de Luhmann, essa limitação – que é o fato de que não existe um único âmbito específico (*sistema*) relacionado à sustentabilidade e um meio relativo (*meio de comunicação simbolicamente generalizado*)

[1] "Su questo piano c'è una descrizione della società elaborata nella società": CEVOLINI, 2015, cit., p. 22.

[2] "L'ipotesi della teoria dei sistemi sociali è che sia soprattutto la complessità delle strutture a condizionare la plausibilità dei concetti che la società mette di volta in volta a propria disposizione per comunicare. Concetti un tempo rilevanti perdono la loro presa e impallidiscono fino a scomparire.": CEVOLINI, 2014, p. 47.

[3] A pesquisa utilizou um software chamado T-Lab, que levou em consideração 40000 resumos extraídos do banco de dados da Elsevier (plataforma ScienceDirect), pesquisando as palavras-chave "sustentabilidade" e "sustentabilidade".

para facilitar a comunicação em relação a ela – pode representar uma vantagem: somente permanecendo, como foi definido, uma "semântica poliocular" altamente complexa, pode preservar sua sensibilidade para descrever à realidade, ou seja, o mundo (NOE; ALRØE, 2015). Outro desafio para a sociologia é continuar a se questionar sobre essa semântica, para investigar o sentido mutável da semântica difusa, do senso comum; e atualizar o uso específico da semântica *elevada*, utilizada do conhecimento científico.

Outra possibilidade seria renunciar à abstração e concentrar-se no nível de projetos e produtos individuais, em referimento a questões muito concretas, concentrando-se mais em "doenças", ou seja, em danos, que precisamos evitar (por exemplo, o uso de pesticidas), ou em práticas "virtuosas" específicas (como a reciclagem), e não em objetivos "ideais" (como uma distribuição *justa* de recursos) (AIKING&DE BOER, 2004).

Na verdade, o problema fundamental parece estar relacionado com o que se entende por 'desenvolvimento sustentável'. De acordo com o relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (WCED, 1987), essa indica um desenvolvimento que atenda às necessidades atuais das gerações presentes, sem comprometer as das gerações futuras. O tema ecológico em sentido estrito é, portanto, preponderante, e implica o respeito do meio ambiente, dos processos naturais, dos recursos que a natureza oferece. Mas não é só isso: as outras áreas envolvidas são principalmente a economia (a sustentabilidade deve ser primariamente econômica e financeira) e a política, que é solicitada a lidar com ela de todos os pontos de vista, inclusive do ponto de vista dos direitos das gerações futuras: trata-se de direitos sociais, bem como de direitos individuais. Também a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), no art. 225, estabelece o direito a um meio ambiente sadio como direito social, portanto coletivo. A interconexão entre proteção ambiental, *performance* econômica e bem-estar social é, portanto, evidente. Esta interconexão é guiada por a vontade e a ação políticas, juntamente com uma ampla sensibilidade ética e ecológica em relação à sociedade como um todo (LUKMAN; GLAVIC, 2007). Também é evidente o fato de que a sustentabilidade é um valor muito importante, um valor que implica em primeiro lugar a responsabilidade, pois está ligado ao futuro. Um valor que, como tal, é reivindicado, exigido e se torna uma condição imposta ao desenvolvimento. Poderíamos até dizer que há algum tempo isso é verdade nos países ocidentais mais desenvolvidos, e está se tornando cada vez mais frequente nos países em desenvolvimento. Basta ver, por exemplo, os esforços que a China está fazendo para o desenvolvimento sustentável[4]. A sustentabilidade, portanto, torna-se um requisito, uma reivindicação, porque há sinais crescentes de que é conveniente, porque abre novos mercados econômicos. Talvez pudéssemos dizer que hoje parece ter afirmado plenamente a ideia de que, se não for sustentável, o desenvolvimento não é assim, ou seja que não é possível um desenvolvimento que não é sustentavel. A fusão entre os dois termos pareceria, portanto, completa.

6 Sociedade moderna (diferenciada) e questão ecológica

Tentamos nos falar um pouco mais além do que poderia ser a contribuição de uma análise sociológica, mesmo se isso vai significar permanecer em um nível bastante alto de abstração.

Não é fácil descrever a sociedade atual: não é por acaso que muitas definições foram dadas sobre ela. Pensamos apenas em sociedade do risco, da transparência, sociedade global, líquida, etc.

Nesse sentido, podemos concordar com Luhmann quando afirma que a sociedade moderna, que emerge a partir do século XVIII, é poli-contextual, ou seja, que é possível descrevê-la sob muitos pontos de vista; é altamente complexa e contingente; é uma sociedade-mundo, uma *sociedade mundial* (*Weltgesellschaft*), onde a importância das fronteiras nacionais tende a diminuir cada vez mais: é uma realidade cada vez mais singular – uma única sociedade, não mais distintas sociedades nacionais – na qual o peso da soberania dos

[4] "L'ambiente è diventato prioritario in Cina dopo la legge antismog del 2013, ma soprattutto dopo il discorso del 18 ottobre 2017 del presidente Xi Jinping al 19esimo Congresso del Partito comunista, in cui il leader ha promesso la costruzione di una «Beautiful China» attraverso lo sviluppo di una nuova civiltà ecologica. Bloomberg News ha contato nel suo discorso per ben 89 volte la parola "ambiente" o suoi sinonimi." ["O meio ambiente tornou-se uma prioridade na China após a lei antismog de 2013, mas especialmente após o discurso do Presidente Xi Jinping em 18 de outubro de 2017 no 19º Congresso do Partido Comunista, no qual o líder prometeu a construção de uma "China linda" através do desenvolvimento de uma nova civilização ecológica. A Bloomberg News contou em seu discurso por 89 vezes a palavra "ambiente" ou seus sinônimos."]: LA POSTA, 2018.

Estados tende a diminuir progressivamente, enquanto os fluxos de comunicação e a economia tendem a abraçar o planeta interno; uma sociedade *funcionalmente diferenciada*, caracterizada por diferentes esferas (economia, política, direito, arte, educação, etc.), cada uma das quais há a função de resolver um problema específico e que funciona em base a um seu próprio *código* especifico (BARALDI, CORSI, ESPOSITO, 2002): a economia serve para gerir o problema do acesso a recursos escassos (nem todos podem possuir tudo ao mesmo tempo), por isso o seu código é pagar/não pagar; o direito serve para fornecer expectativas normativas generalizadas, válidas mesmo quando elas são violadas (código lícito/ilícito), a ciência produz conhecimento (código vero/falso), e assim por diante. Cada sistema nunca se dá independentemente de seu *ambiente*, isto é, do que é externo aos seus limites e representa para o sistema uma fonte de *irritação* (distinção *sistema/ambiente*).

Tudo isso em nome da incerteza e da contingência. Não se trata apenas de *liquidez* (ou seja, a possibilidade contínua de transformação, de mutabilidade: de instituições como dos indivíduos, de individualização, de afirmação da dimensão do planejamento)[5]: contingência significa possibilidade de ser de outra maneira, alta complexidade, impossibilidade de descrições unívocas (policontextualidade).

Em tal sociedade, falar de "questão ecológica" significa, então, olhar de tempos em tempos para os vários sistemas da sociedade.

Em primeiro lugar, vamos ver o que se espera dos vários sistemas já mencionados (LUHMANN, 1989). Nós eliminamos a economia, assumindo que o raciocínio econômico só pode ser brutal e prático: o que poderia causar uma perda (mesmo que apenas potencial) de dinheiro, não é feito. O direito não pode estabelecer objetivos, mas permanece no nível dos chamados "programas condicionais": isto é, fornece normas que estabelecem o que acontecerá ou o que fazer, no caso de um evento particular ocorrer, especialmente no caso de conflito. Nesse sentido, a problematização ecológica é, há muito tempo, uma "moda", escreve Luhmann, e o "direito ambiental" inclui cada vez mais problemas e casos, ou "reelabora" novos de uma maneira inédita. O discurso jurídico dominante concentra-se na distinção entre direitos de liberdade e restrições, especialmente respeito aos indivíduos, porque o direito moderno positivo é predominantemente direito subjetivo. A política atua de várias maneiras: investindo economicamente, mas acima de tudo através o direito mesmo, portanto com a criação de normas. Na atual discussão político-ecológica, como Luhmann escreveu, o que a economia não faz voluntariamente, deve ser imposto pela política com a ajuda de seu instrumento jurídicos.

O problema, no entanto, como vimos, é que existem muitas pretensões, muitos pedidos, que são muitos altas. O resultado é uma "sobrecarga do sistema político com pretensões irrealizáveis" e conseqüentes "decepções radicais". De fato, a política é altamente sensível à opinião pública e as suas flutuações, em particular sob a ameaça representada pelas eleições. Além disso, é fortemente limitada pela soberania territorial, bem como por horizontes temporais estreitos: e é evidente como as "políticas ecológicas" exigem longos períodos de tempo. Também a ciência tem possibilidades limitadas, porque pode indicar problemas, fornecer tecnologia, mas apenas uma fração do que é "cientificamente possível" é alcançado, não tudo o que seria "tecnicamente possível" é realizado.

Portanto, seria apenas confiar na esperança de uma nova ética ambiental. Ou a solução proposta por Luhmann por mais de trinta anos: aceitar que a questão ecológica é antes de tudo uma questão de comunicação. Nesse sentido, como escreveu, "a sociedade só pode se ameaçar da se mesma", sobretudo no sentido de que "a sociedade só pode ameaçar a comunicação por meio da comunicação". De fato, uma ameaça ecológica é uma "qualquer comunicação sobre o ambiente que tente produzir uma mudança nas estruturas do sistema de comunicação da sociedade". Não se trata de "consciência ecológica", que é um processo individual dos seres humanos, que ocorre dentro de sua consciência, da sua personalidade.

É necessário, portanto, renunciar a uma concepção humanista e personalista da sociedade, aceitando o fato de que a sociedade não é "feita de homens", de seres humanos, mas de comunicação, ou seja de

[5] "a vida líquido-moderna e uma recitação diária da transitoriedade universal. Nada no mundo se destina a permanecer, muito menos para sempre. Os objetos úteis e indispensáveis de hoje são, com pouquíssimas exceções, o refugo do amanhã. Nada é necessário de fato, nada é insubstituível. Tudo nasce com a marca da morte iminente, tudo deixa a linha de produção com um 'prazo de validade' afixado." BAUMAN, 2004, cit., p. 122.

operações recursivas específicas dos vários sistemas que a compõem. A *sociedade*, entendida como um sistema, é diferente do seu *ambiente*, ou seja, do que acontece e existe fora dela, e isso inclui o ambiente

físico como os seres humanos. De fato, dizer que a sociedade moderna só pode ameaçar ela mesma, significa dizer que ela só pode detectar ameaças se eles são "incluídas" na comunicação. Uma catástrofe não é tal até que seja comunicada. Somente no lado da comunicação a sociedade pode trabalhar, lidando com temas (precisamente comunicativas) e aumentando sua sensibilidade em relação ao que acontece no ambiente. Isso só pode acontecer por meio de descrições mais precisas (da estrutura da sociedade), que estabelecem, em primeiro lugar, o que se entende por "ecologia". E, consequentemente, para 'sustentabilidade' e 'desenvolvimento sustentável'.

De fato, a palavra ecologia não indica mais, escreve Luhmann (LUHMANN, 2007), o significado original do termo, ou seja, a tentativa de estabelecer um mundo acolhedor: o termo fundiu-se com a palavra "ambiente". Desta forma, podemos aceitar o fato de que a ecologia não é uma área "dirigida moralmente", dominada pela "justiça", e ainda assim podemos tentar identificar áreas de intervenção adequadas, baseadas nos diferentes códigos dos sistemas.

Além disso, deve-se considerar que na sociedade moderna "aumenta o potencial dos autominacias e a capacidade de recuperação", ou seja, juntamente com catástrofes cada vez mais potencialmente destrutivas e riscos e perigos maiores – devido precisamente à complexidade da sociedade – há "um nível maior de liberdade de reação", no sentido de que as estruturas normativas são contingentes e, portanto, mutáveis, flexíveis, sempre prontas para responder à mudança. Da mesma forma, o dinheiro pode ser usado de maneiras muito diferentes, assim como as atitudes individuais podem mudar com relativa facilidade – os indivíduos de fato sofrem menos restrições do que no passado – e as organizações também.

Se, então, estamos sempre diante de maiores incertezas devido ao aumento do conhecimento, é próprio este aumento que permite uma progressão contínua também no campo ecológico, tanto no que se refere às ciências naturais quanto à tecnologia. De fato, hoje temos possibilidades de pesquisa promissoras mais do que no passado.

7 Considerações finais

Em última análise, a contribuição da sociologia não pode ser limitada a registrar a difícil triangulação entre aspectos ambientais, sócio-culturais e econômicos, o ao papel de 'consultor' sobre políticas antecipatórias (que buscam evitar danos) para "identificar a priori cenários evolutivos e possíveis impactos", "gerir o processo participativo das populações envolvidas" e "desencadear conflitos" (DAVICO, 2002). A sociologia pode fazer perguntas, mesmo inconvenientes, e é útil na medida em que faz isso; deve-se lembrar que sempre há sujeitos envolvidos em decisões sem o conhecimento deles, e deve advertir que diferentes áreas da sociedade funcionam de maneira diferente. A sociologia deve também estimular organizações e indivíduos a fazer perguntas a eles mesmos. Sobretudo, porque, como mencionado, a sustentabilidade deve ser continuamente redefinida em relação ao futuro: é, portanto, um conceito que deve ser continuamente problematizado.

Por fim, e novamente, a proposta – seguindo a teoria de Luhmann – é fornecer descrições da realidade mais satisfatórias, ainda que complexas, não limitadas à semântica herdada da tradição, mas capazes de problematizar a realidade de maneira sempre nova.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIKING, H.; DE BOER, J. Food sustainability. Diverging interpretations. **British Food Journal**, Vol. 106, No. 5, 2004, pp. 359-365.

BARALDI, C., CORSI, G., ESPOSITO, E. **Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: Franco Angeli, 2002.

BAUMAN, Z. **Liquid Modernity** - Lecture on the ANSE-conference 2004 "Value dilemmas as a challenge in the practice and concepts of supervision and coaching" on May 8th 2004 in Leiden/The Netherlands.

CEVOLINI, A. Tempo e decisione. Perché Aristotele non ha un concetto di rischio?. **Divus Thomas**, 118, 1/2015, pp. 221-249.

_____. Autoreferenza del senso ed evoluzione delle idee: il contributo della teoria dei sistemi sociali alla sociologia del sapere. **Riflessioni Sistemiche**, 11, dicembre 2014, pp. 43-53.

DAVICO, L. Eco e sostenibilità: il contributo della sociologia all'analisi dell'ambiente. In: C. Cipolla (Org.). **La spendibilità del sapere sociologico**. Milano: Franco Angeli, 2002, pp. 113-123.

FABBRIZZIA, S.; MAGGINO, F.; MARINELLI, N.; MENGHINI, S.; RRICCIA, C.; SACCHELLI, S. Sustainability and food: a text analysis of the scientific literature. **Agriculture and Agricultural Science Procedia**, 8, 2016, pp. 670-679.

GLAVIC, P.; LUKMAN, R. Review of sustainability terms and their definitions. **Journal of Cleaner Production**, 15, 2007, pp. 1875-1885; DOI: 10.1016/j.jclepro.2006.12.006.

LA POSTA, L. Svolta autarchica per la Cina sostenibile. **Il Sole 24 Ore**, 20/02/2018; url: http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-20/svolta-autarchica-la-cina-sostenibile-105435.shtml?uuid=AEENV2zD&refresh_ce=1.

LUHMANN, N. **Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli**. A. Cevolini (Org.). Roma: Armando Editore, 2013.

_____. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005 (**Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000).

_____. Oltre la barbarie. **Sociologia e politiche sociali**, n. 3, pp. 117-128, 1999 (Jenseits von Barbarei. In: Miller, M.; Soeffner, H.G. (Org.). **Modernität und Barbarei**. Frankfurt am Main: Sukhamp, 1996. p. 219-230).

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. **Comunicazione ecologica: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?**. Milano: Franco Angeli, 1989 (*Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986).

_____. **Struttura della società e semantica**. Roma-Bari: Laterza, 1983 (**Gesellschaftsstruktur und Semantik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980).

NOE, E.; ALRØE, H. F. Sustainable agriculture issues explained by differentiation and structural coupling using social systems analysis. **Agronomy for Sustainable Development**, 2015, 35 (1), Springer Verlag/EDP; Sciences/INRA, pp. 133-144.

WCED. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**, 1987.

GT12 : DIREITOS HUMANOS E BIOTECNOLOGIA

POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DA TECNOLOGIA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA CONSTITUIÇÃO.

AUTOR

AUTOR

RESUMO: A presente produção gráfica visa apresentar as justificativas para o uso da reprodução humana assistida no âmbito da Constituição Brasileira. Nesse contexto, serão debatidos os preceitos que informam o emprego das técnicas de reprodução assistida, concluindo que a reprodução humana assistida será restringida planejamento familiar, Dignidade da Pessoa Humana, Paternidade Responsável e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Este artigo foi baseado em pesquisa bibliográfica e utilizou-se da metódica indutivo-dedutiva.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Constitucional. Reprodução Humana Assistida.

ABSTRACT: This graphic production aims to present the reasons to use assisted reproduction technology under the point of view of the Human Rights and the Brazilian Constitution. In the constitutional context, principles that inform the use of assisted reproduction techniques are discussed, concluding that assisted human reproduction are restricted by the family planning, human dignity, parental right and the best interest of the child doctrine. This article is based on literature and methodical use inductive-deductive.

Keywords: Human Rights. Constitutional Rights. Assisted Human Reproduction.

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento dos Direitos Reprodutivos e sua ligação aos Direitos Humanos. 3. Direito reprodutivos positivos e a reprodução humana assistida. 4. Direitos reprodutivos no Brasil e o planejamento familiar. 5. O Planejamento familiar, a Dignidade da pessoa humana, a Paternidade responsável e o Melhor interesse da criança e do adolescente. 5.1 Planejamento familiar. 5.2 Dignidade da pessoa humana. 5.3 Paternidade responsável. 5.4 Melhor interesse da criança. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, a fertilidade ocupou posição de destaque nos grandes temas da humanidade. O livro do Gênesis, por exemplo, na passagem em que o Criador diz: "Crescei e multiplicai-vos" (BÍBLIA, 2009, p.3), identificar a fertilidade com o bem, pois decorre de uma benção divina. Já o seu oposto, a esterilidade, foi muitas vezes associada ao mal, vista como fatalidade ou mesmo maldição, sendo motivo de desagregação do grupo familiar e social (LEITE, 1995, p. 17).

Assim, ao longo da história da humanidade, a incapacidade de procriar constituiu-se, para muitos, uma prolongada crise pessoal, resultando em morbidade emocional e problemas interpessoais. O desejo de prole pode ser um instinto herdado, sendo a reprodução um objetivo essencial de vida (ARENT; BADALOTTI; PETRACCO, 2004, p. 1), tão importante ao ponto de se afirmar que as concepções de amor, família, comunidade e mortalidade apenas visam o caminho biológico de se reproduzir e passar a linhagem genética (CHAN; HO, 2006, p. 370). Com isso, justifica-se a ideia de que, a despeito das suas causas, a infertilidade e a esterilidade são defeitos físicos e causas de alienação ou exclusão social para casais e pessoas por elas afetados (BRAUNER, 2003, p.57), cujo universo é estimado em torno de 10% das mulheres e 15%

dos casais no mundo (OMS, 2015).

Paralelo a isso, e incensado como a derradeira solução desse quadro, a evolução biotecnológica no campo da reprodução humana tem apresentado impressionantes avanços, a ponto de se postular a superação de praticamente todos os obstáculos relacionados a infertilidade ou esterilidade. Com isso, as esperanças das pessoas afetadas por infertilidade ou esterilidade - independente de sexo, gênero ou condição física - de realizarem o seu projeto parental ganharam um novo ânimo, perspectiva esta que contribuiu para rápida popularização das técnicas de reprodução humana assistida.

Todavia, como é natural das inovações radicais no curso da Humanidade (*v.g.* a energia atômica), o uso da tecnologia reprodutiva em humanos gerou profundas indagações - éticas, morais e, principalmente, jurídicas - quanto à possibilidade, condições e limites do uso da reprodução humana assistida. Tais questionamentos foram uma realidade não só no âmbito direito internacional, mas também no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, o objetivo do presente artigo é apresentar as justificações para a reprodução humana assistida no contexto dos Direitos Humanos e da Constituição Brasileira, discorrendo, neste último aspecto, sobre os preceitos constitucionais que irão balizar o emprego das técnicas de reprodução assistida no Brasil.

Para tanto, num primeiro momento, é justo perguntar sobre a existência – e exercício – de direito que garanta à pessoa gerar sua própria prole, ainda que isto demande o lançar mão de recursos científicos para superar dificuldades naturais ou sociais. De fato, em que pese parecer evidente tal direito, a sua construção jurídica demandou o trilhar de um caminho que pode ser considerado não linear do âmbito do direito internacional.

2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SUA LIGAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Direitos Reprodutivos são, segundo Ventura (2009, p. 19), aqueles que permitem a pessoa decidir livremente sobre o número de filhos que deseja ter e os intervalos entre os seus nascimentos bem como acessar os meios necessários para o exercício livre de sua autodeterminação reprodutiva sem discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza. Eles são constituídos por princípios e normas de Direitos Humanos que asseguram o exercício individual, soberano e consciente, da sexualidade e reprodução humana. Desse conceito, pode-se extrair que, dentro dos direitos reprodutivos, há o direito de gerar a sua prole, compondo ao mesmo tempo, como se verá, uma liberdade e um direito promocional e prestacional.

O desenvolvimento dos direitos reprodutivos, em uma perspectiva histórica mais próxima, está diretamente relacionado ao início dos movimentos feministas no século XX, pois tais direitos compunham o rol de reivindicações desses movimentos para se obter a igualdade entre os sexos e maior liberdade para a mulher. Naquele cenário, a despeito do aumento de sua participação em diversos aspectos da sociedade (tais como o ingresso no mercado de trabalho), ainda era a mulher considerada subalterna ao homem, sendo-lhe negado vários direitos (como o de votar, por exemplo) além da impostura da função de procriação e cuidado da prole. Desse modo, o direito de escolher sobre ter ou não filhos se relacionava com uma das liberdades perseguidas pelas mulheres - a liberdade de dispor do próprio corpo (COUTO, 2007, p. 12 a 14; BRAUNER, 1998, p.61 e 62; DORA, 1998, p. 37 a 39). Note-se que, naquele momento, tal direito visava basicamente um conteúdo negativo, no sentido de a mulher poder rejeitar a maternidade se assim desejasse.

Esta autonomia feminina começou a ser desenhada a partir da segunda metade do século passado, juntamente com o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos. Nesse contexto, explicando como a agenda dos Direitos Humanos foi gradativamente ampliada até absorver novos direitos (entre os quais os direitos das mulheres e os reprodutivos), Piovesan (2015) afirma que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, iniciou-se o desenvolvimento do direito internacional afeto ao Direitos Humanos, sendo adotados, a partir daquele marco, inúmeros tratados internacionais voltados à proteção desses direitos. Essa primeira fase de proteção dos Direitos Humanos, em razão da recente experiência Nazista, na qual a diferenciação entre os indivíduos acabou por ocasionar o extermínio arbitrário de seres humanos, visou a proteção geral com base na igualdade formal, genérica e abstrata.

Entretanto, tal fórmula se revelaria logo insuficiente ante as demandas individuais. Era necessário, então, que se caracterizasse o sujeito de direito conforme as suas singularidades, a fim de que se atendessem, de forma diferenciada e específica, as violações de direitos a que estivesse exposto. Para Piovesan (2015), isto significou transitar "do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos", entre os quais, estariam as mulheres. Surge, assim, ao lado do direito à igualdade, o direito à diferença, criando-se os sistemas geral e especial de proteção dos Direitos Humanos que atuam, de forma complementar na sua defesa. Nesse ambiente, houve o reconhecimento dos Direitos Humanos das mulheres e, posteriormente, dos direitos reprodutivos, cujas noções atuais firmaram-se na última década do século XX (MATTAR, 2008, p. 63).

Tal quadro conduziu, após quase cinquenta anos de discussões, à Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994, em Cairo, na qual se reconheceu oficialmente, pela primeira vez, a denominação "direitos reprodutivos" (*reproductive rights*), como sendo inequivocamente um direito humano (BARBOZA, 2004, p. 158). O relatório resultante da Conferência também abordou a questão do planejamento familiar (7.12), estabelecendo que são objetivos de este permitir que os indivíduos e os casais decidam livre e responsavelmente sobre o número e o espaço entre os nascimentos de seus filhos bem como ter acesso às informações e meios que os permitam realizar seus planos. Assim, o planejamento familiar deve assegurar escolhas informadas e uma gama completa de métodos seguros e efetivos para tanto. Tal previsão já integrava o conceito de saúde reprodutiva descrita nesse relatório (7.2) que, após defini-la como "estado de completo físico, bem-estar mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade, em todos os assuntos relativos ao sistema reprodutivo e suas funções e processos", acrescenta o dever de proporcionar a todos o direito de acesso aos serviços de saúde adequados que, além da prevenção e solução de problemas de saúde sexual, permitam às mulheres gravidez e parto seguros bem como a melhor chance aos pais de ter um bebê saudável. O item 7.6 do mesmo documento sugere que a saúde reprodutiva não é apenas direito do indivíduo, mas também dever do estado de propiciar o acesso a um cuidado de saúde primário com o objetivo de evitar e tratar apropriadamente a infertilidade. Entende-se que, com essas considerações, a Conferência de Cairo chancelou o acesso à reprodução assistida enquanto meio que permita tanto a concretização das escolhas derivadas do planejamento familiar como o tratamento de saúde cabível para as disfunções reprodutivas. Estes conceitos foram reafirmados na Plataforma de Ação da elaborada na IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim (1995) onde, definitivamente os direitos reprodutivos foram incorporados na linguagem dos direitos Humanos (MATTAR, 2008, p. 69).

Assim, Piovesan (2015) observa que o conceito de reprodutivos indica a existência de duas vertentes complementares referem-se diretamente ao direito à procriar enquanto escolha reprodutiva. A primeira baseia-se no livre exercício da reprodução humana, tratando diretamente da autonomia das decisões individuais no controle da fecundidade (dimensão típica dos direitos civis) e a segunda, assentada no efetivo exercício dos direitos reprodutivos enquanto estes demandem políticas públicas viabilizadoras da saúde sexual e reprodutiva ao indivíduo (dimensão típica dos direitos sociais).

3 DIREITO REPRODUTIVOS POSITIVOS E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Analisando os avanços ocorridos nas Conferências do Cairo e de Pequim, Barboza (2004) diz que, apesar dos direitos reprodutivos terem sido reconhecidos como Direitos Humanos, enquanto liberdade do indivíduo para exercer a sua autonomia reprodutiva, essas conferências se focaram no aspecto negativo da reprodução, limitando-se aos métodos de controle de fecundidade. Entretanto, assevera a autora, isto não obstou que restasse reconhecido como direito humano, dentro da liberdade para decidir "se" e "quando" reproduzir-se, também o "como" reproduzir-se enquanto opção pessoal. Este "como" reproduzir-se estaria relacionado à possibilidade de utilizar-se do recurso da reprodução humana assistida como uma opção pessoal fundamental.

Discordando dessa posição, Chan e Ho (2006, p. 371) afirmam que se, por um lado, os direitos reprodutivos garantem a liberdade de escolha relativa ao "se" ou "quando" reproduzir-se, isto não implica, necessariamente, no "como" procriar e, assim, na possibilidade do uso de reprodução assistida. Por outro lado, se o direito à reprodução levanta uma poderosa presunção de oposição contra interferências nas escolhas

reprodutivas do indivíduo, esta mesma proteção pode ser estendida para a liberdade de optar pelo uso de técnicas que viabilizem a reprodução assistida quando esta se fizer necessária. Assim, estaria estabelecida uma equivalência entre os casais inférteis com aqueles que não o são, uma vez que os primeiros terão, a partir do mesmo argumento, o direito ao acesso às tecnologias reprodutivas para gerar as suas proles.

Este mesmo raciocínio pode ser estendido aos casos em que a infertilidade não se configura como uma doença, mas sim uma incapacidade natural em relação à procriação decorrente da estrutura familiar escolhida pelo indivíduo, como é o caso das pessoas solteiras (família monoparental) e casais homossexuais, na denominada infertilidade estrutural. Tal afirmação é reforçada em função do reconhecimento de novas entidades familiares inclusive pela jurisprudência, a exemplo do ocorrido nos ADPF 132-RJ e ADI 4.227-DF, julgado pelo STF em 05 de maio de 2011 (NAVES; SÁ, 2015, p. 66).

Nesse contexto, poderia se afirmar que o acesso às técnicas de reprodução assistidas estaria englobado pelo aspecto positivo dos direitos reprodutivos?

Chan e Ho (2006, p. 371) respondem essa questão reportando-se à Declaração Universal de Direitos Humanos, observando que a leitura conjunta das suas disposições referentes à proteção da família, com aquelas que reconhecem ao indivíduo o direito à informação, saúde, educação e aos benefícios dos avanços da ciência conduzem ao direito ao planejamento familiar, o que sugere a existência de um direito à prestação estatal para a consecução do projeto parental, podendo aí incluir-se a reprodução humana assistida. Este mesmo entendimento é compartilhado pela Federação Internacional de Obstetrícia e Ginecologia - FIGO (2012, p.15), que postula o direito de homens e mulheres ao mais alto padrão de cuidado de saúde em todos os aspectos da sua saúde sexual e reprodutiva, sendo isto uma responsabilidade dos governos.

Do exposto, entende-se que os direitos reprodutivos, tendo como sujeitos não apenas o par mas o indivíduo, são compostos de um aspecto negativo, identificado como a liberdade do par/indivíduo de realizar as suas escolhas reprodutivas livres de qualquer tipo interferência, e um aspecto positivo, consubstanciado no direito de exigir do Estado medidas para a efetivação de suas escolhas reprodutivas. Estas medidas visarão a informação, a educação e a saúde em termos reprodutivos, suscitando, neste último aspecto, o acesso aos meios que permitam implementar o seu projeto de reprodução. Tal argumento, somado aos benefícios proporcionados pela ciência médica viabilizadores da procriação impedida por óbice funcional ou estrutural, importará, além do reconhecimento e regulação do acesso a tais benefícios, também no fornecimento de serviços a eles referentes, inserindo-se, nesse contexto, a reprodução humana assistida

4 DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E O PLANEJAMENTO FAMILIAR

No Brasil, os direitos reprodutivos, tanto no seu aspecto negativo quanto positivo, foram recepcionados no capítulo referente à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso pelo direito fundamental ao planejamento familiar (art 226,§ 7º da Constituição Federal)[1]. Este direito, fundado nos princípios da Dignidade Humana e da paternidade responsável, estabeleceu que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Assim, assegurou-se a autonomia reprodutiva e o acesso aos meios de para sua efetivação (BARBOZA, 2004, p. 157 e PIOVESAN, 2015).

A regulamentação desse princípio constitucional se deu pela lei nº 9.263/96, na qual foi definido que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão (art 1º) e compreende o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, sendo proibida qualquer ação que vise o controle demográfico (art 2º e parágrafo único). Com isso, entende-se que o direito se aplica tanto a casais, heterossexuais ou não como para pessoas sós. A lei prevê, também, que o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção a casais e indivíduos, em um contexto de atendimento global e integral de saúde, tendo o Estado, via Sistema

[1] Sarlet, ao tratar do sistema de direitos fundamentais existentes fora do catálogo definido no art 5º da Constituição, afirma que serão reconhecidos como direitos fundamentais nessa condição os que, por seu conteúdo e importância, forem equiparados àqueles integrantes do rol elencado no título II da Constituição e cita, entre os exemplos de tal hipótese, o disposto no art. 226 §7º da Carta Magna, que estabelece o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado. (SARLET, 11 ed, 2012, p. 92 e 118).

Único de Saúde (SUS), o dever, entre outros, de assistência à concepção e contracepção (art 3º, *caput* e inciso I). Quanto ao acesso à informação e benefícios dos avanços científicos para o exercício dos direitos reprodutivos, a lei define que o planejamento familiar será orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (art. 4º) e que, na sua execução, serão fornecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (art. 9º). Dessa forma, consolida-se a ligação entre os direitos reprodutivos e o direito à saúde, o que pode levar a entender que a reprodução assistida, além de autorizada, pode configurar-se como tratamento terapêutico de disponibilidade obrigatória pelo Poder Público.

Analisando a disposição do art 226 §7º da CF, Gama reconhece nesse dispositivo a importância da atuação do Estado em relação ao planejamento familiar que, fora de qualquer conotação de intromissão ou ingerência na vida do casal enquanto família, tem uma dupla função: a preventiva, no que se refere à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos e recursos para o exercício dos direitos reprodutivos e a promocional, no sentido do emprego de recursos a fim de permitir o exercício desses direitos pelas pessoas (GAMA, 2003, p. 447).

Scalquette (2010, p.142) observa que, embora a Lei preveja direitos iguais tanto para constituição e aumento da prole como para a sua limitação, a maior parte da matéria disciplinada por ela refere-se ao controle da fecundidade (esterilização voluntária) prevendo, inclusive, consequências no âmbito penal. A autora observa ainda que, embora a Lei garanta acesso isonômico às técnicas de regulação da fecundidade (tanto para evitar como promover a concepção), a oferta de serviços de auxílio à concepção em hospitais públicos é ainda muito pequena, o que pode ser justificado, em parte, pelo alto custo desses procedimentos.

Assim, verifica-se que as políticas públicas têm sido, historicamente, direcionadas para o exercício dos direitos reprodutivos são baseadas em medidas preventivas relacionadas à saúde sexual e ao controle de natalidade, dedicando importância menor à reprodução assistida (BRASIL, 2005, p. 15 e BRASIL, 2013, p. 246). Entende-se, todavia, que esta atitude está se alterando[2], talvez impulsionada pela queda acentuada das taxas de fecundidade da população brasileiras nas últimas décadas, condição que poderá demandar, futuramente, ações de auxílio à reprodução humana[3].

No campo da saúde privada, a lei 11.935/09 alterou o art. 36-C da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, dando-lhe nova redação e acrescentando a obrigatoriedade da cobertura no atendimento de casos de planejamento familiar (inciso III). Apesar da lei não fazer uma menção expressa à reprodução humana assistida, tratando especificamente de planejamento familiar, entende-se que essa previsão já é suficiente para embasar o acesso à reprodução assistida. Isto porque o conceito de planejamento familiar, além do que já foi exposto no contexto dos Direitos Humanos, é definido na norma legal infraconstitucional como as ações voltadas à regulação da fecundidade, com igualdade de tratamento entre os direitos que visem a constituição, limitação ou aumento da prole para casais, mulheres e homens (SCALQUETTE, 2010, p.135), ou seja, pode-se concluir que as técnicas que visem o auxílio a reprodução, por relacionarem-se com a constituição ou aumento da prole, estariam incluídas nessas ações. Acresce-se a isso o fato que a lei 9.263/96 prevê que as ações de planejamento familiar também serão exercidas pelas instituições privadas, sejam filantrópicas ou não, nos termos da lei em questão e das normas do SUS (art. 6º) além de se assegurar, com liberdade de opção, todos os métodos e técnicas de concepção e

[2] Nesse sentido, cita-se a destinação, por parte do Ministério da Saúde, de recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de reprodução humana assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. (BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012).

[3] As mulheres brasileiras têm menos filhos hoje do que há 10 anos. É o que indica levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A taxa de fecundidade brasileira passou de 2,14 filhos por mulher, em 2004, para 1,74, em 2014, queda de 18,6%, aponta a Síntese de Indicadores sociais 2015. A faixa etária de maior fecundidade em 2014 era a das mulheres de 20 a 24 anos (91,9 filhos por mil mulheres), correspondendo a 26,5% do que era registrado em 2004. Esse recorte da pesquisa indica uma taxa de fecundidade específica, ou seja, razão entre o número de filhos nascidos vivos no ano e o número de mulheres em cada grupo etário. Fonte IBGE. (BRASIL. Portal Brasil. Taxa de fecundidade caiu 18,6% em 10 anos no País). Cabe observar que a taxa de fecundidade inferior a 2,1 filhos por mulher é sugestiva de fecundidade insuficiente para assegurar a reposição populacional (BRASIL. Ministério da Saúde. Rede Integrada de Informações para a Saúde. Indicadores demográficos).

contracepção cientificamente aceitos (art. 9º).

Entretanto, com entendimento contrário, a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS (BRASIL, 2009), por meio da Resolução nº 192/09, que tratou da cobertura a procedimentos de planejamento familiar por parte das operadoras de planos de saúde, definiu como não abrangidos pela cobertura obrigatória dos planos e seguros de saúde os procedimentos e ações de inseminação artificial. A ANS embasou a sua decisão com base no estabelecido nos incisos III e VI do artigo 10 da Lei nº 9656/98, que coloca tais tratamentos como não contemplados por esses planos e coberturas. Para corrigir tal distorção, está em tramitação no Câmara dos Deputados Federais o Projeto de Lei (PL) nº 121/2015, que visa suprimir o inciso III do art. 10 da Lei 9.656/98, devido ao entendimento de que os planos de saúde devem cobrir a inseminação artificial e o PL nº 5.730/2009, que prevê a inclusão das diversas técnicas de reprodução assistida entre os serviços básicos oferecidos no plano-referência das operadoras de seguros e planos privados de saúde (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015 e CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Assim, reconhece-se o acolhimento dos direitos reprodutivos no ordenamento pátrio via direito fundamental ao planejamento familiar e sua legislação infraconstitucional reguladora, sendo que tais disposições justificam o acesso ao uso das técnicas de reprodução artificial. Aliás, nesse sentido, vale citar o voto do Ministro Ayres Britto que, como relator da ADPF 3510-0 DF (que tratou da constitucionalidade do uso de embriões excedentários em pesquisas de células-tronco), reconheceu a existência de base constitucional para um casal de adultos, impossibilitados de procriar pelo método convencional do coito, recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro* (BRASIL. STF, 2015).

A seguir, serão analisadas as implicações dos preceitos constitucionais diretamente relacionados ao tema da reprodução humana assistida.

5 O PLANEJAMENTO FAMILIAR, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

5.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR

Discorrendo sobre a conformação do direito fundamental à livre decisão das escolhas reprodutivas, Barboza (2004, p. 159) ressalta que os efeitos do exercício desse direito (mais propriamente, no caso da procriação) não se restringem à esfera de seus titulares, uma vez que, necessariamente, interferirá nos interesses de outro, que é a criança. Assim, paralelo ao reconhecimento dos direitos reprodutivos dos pais há de considerar os direitos do filho, também internacionalmente reconhecidos e que relativizam os primeiros.

No mesmo sentido, ao analisar as disposições das legislações estrangeiras em relação à procriação artificial, Brauner (1998, p.75) assinala que o direito de gerar não é absoluto, sendo este o argumento que impede de se fazer uso de todas as possibilidades de se reproduzir artificialmente. O motivo que veda o acesso indiscriminado as técnicas de reprodução humana artificial está baseado na rejeição de se considerar a criança como uma "coisa", um "objeto devido", negando-lhe, dessa forma, a sua Dignidade como pessoa.

No âmbito brasileiro, o direito ao planejamento familiar igualmente não é absoluto. A sua concretização irá ocorrerá no enfrentamento do caso real e demandará um trabalho de ponderação junto aos outros direitos fundamentais envolvidos no fato em análise, a fim de que, a partir daí, sejam fixados os seus limites. Como leciona Alexy (2008, p.93) haverá a necessidade de que um deles ceda, embora não perca sua validade e nem exista fundamento em uma cláusula de exceção, ou seja, haverá razões suficientes para que, num juízo de sopesamento, um princípio prevaleça. Assim, para se operacionalizar tal intento, deve-se verificar, num primeiro momento, com quais direitos fundamentais os direitos reprodutivos se relacionam, diretamente, na sua concretização. Nesse sentido, Barboza (2004, p. 161) afirma que, a partir da análise jurídica das disciplinas e ações relativas ao planejamento familiar, além dos princípios da Dignidade Humana e da paternidade responsável em que se fundamenta, deve-se levar em conta, no que tange especificamente à criança, ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consubstanciado no art 227 da Constituição.

5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sarlet (9 ed, 2012, p. 84) observa que a qualificação da Dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, operada pelo inciso III do art. 1º da Constituição, implicou que ela fosse além do significado ético e moral e se constituísse, também, em norma jurídico-positiva dotada de *status* constitucional formal e material de forma plena. Isto conduziu ao reconhecimento da sua eficácia e a tornou valor jurídico fundamental da comunidade. Nesse contexto, a Dignidade, por ser o valor que origina e fundamenta o ordenamento jurídico, pode ser considerada como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Na busca da definição do conteúdo e significado da Dignidade, Sarlet (9 ed. 2012, p. 50) aponta que a dificuldade principal reside no fato que a Dignidade é formada por conceitos vagos e imprecisos, pois não trata de aspecto mais ou menos específicos da existência humana como as demais normas fundamentais mas sim de uma qualidade inerente a todo o ser humano, a ponto poder-se considerá-la como o próprio valor que identifica o ser humano como tal. Nesse sentido, Barroso (2013, p. 273) afirma que, apesar do apelo moral e espiritual da Dignidade, a vagueza do seu conceito propicia que ela funcione, muitas vezes, como um espelho: cada um projeta nela sua própria imagem, valores e convicções. Daí o risco de a Dignidade tornar-se argumento para todas as questões moralmente controvertidas e, assim, ser banalizada. Entretanto, não há como desprezar o fato que a Dignidade é real, ficando claramente assinalado quando ela é violada, o que leva à conclusão que é mais fácil identificar o que é indigno do que é digno ao ser humano. Assim, as dificuldades expostas não devem impedir a busca da concretização da Dignidade da pessoa humana com base na ideia que ela é uma realidade intrínseca da pessoa, irrenunciável e inalienável, não sendo, porém, absoluta pois ela, em especial na sua condição jurídico-normativa, poderá, em circunstâncias bem definidas, ser relativizada (SARLET, 9 ed, 2012, p.50).

Todavia, destaca-se que o efetivo reconhecimento da Dignidade acontecerá pela atuação estatal e pelo comportamento de cada pessoa humana, o que leva à constatação que a Dignidade é, ao mesmo tempo, limite e tarefa tanto dos poderes estatais como da comunidade em geral. Disso extrai-se que a Dignidade tem duas dimensões, conexas e paralelas, sendo a primeira, de caráter defensivo, expressão de autonomia humana e a segunda, prestacional, identificada na necessidade da proteção e/ou assistência da Dignidade por parte da comunidade do Estado, em especial quando a capacidade de autodeterminação está prejudicada ou, ainda, ausente[4]. Esta faceta protetiva (assistencial) da Dignidade, em determinadas circunstâncias, irá prevalecer ante à preservação da autonomia, referência esta diretamente relacionada às pessoas que perderam a capacidade de autodeterminação (SARLET, 9 ed, 2012, p.58). Nesse sentido, questiona-se se essa dimensão, além de preservar as escolhas baseadas na autonomia precedente, conforme colocou Dworkin (2009, p.325), também não atuaria de forma a garantir a autonomia (potencial) daqueles que sequer ainda lograram em tê-la, evitando que os seus aspectos existenciais sejam afetados em razão das deliberações de seus futuros pais, como, por exemplo, no caso da escolha do sexo e traços físicos dos filhos via técnicas de reprodução assistida[5].

Gama (GAMA, 2003, p. 463), ao analisar o papel da Dignidade da Pessoa Humana no planejamento familiar, afirma que suas prerrogativas ultrapassam o par e o indivíduo, referindo-se também (e, entende-se, principalmente) à pessoa que virá fruto da escolha reprodutiva destes. A Dignidade do filho concebido e nascido em virtude da procriação configura-se, assim, num limite ao exercício do direito ao planejamento familiar de seus pais, o que leva à relativização da Dignidade destes últimos no contexto reprodutivo[6]. A

[4] Nesse ponto, vale referir a lição de Weber (2013. p. 27), segundo o qual podemos até perder o direito ao exercício da autonomia mas não a Dignidade. Não podemos perder a capacidade potencial da autonomia pois esta, enquanto fundamento da Dignidade, ela é abstratamente considerada. A capacidade potencial de escolher o seu próprio projeto de vida e tomar decisões sobre o desenvolvimento da sua personalidade não depende de uma capacidade concreta de fazê-lo. Estar, temporariamente, impedido de exercer a autonomia não afeta, assim, a Dignidade.

[5] Refere-se, nesse ponto, às questões morais levantadas pela possibilidade de seleção de um biótipo específico para o filho, tal como no caso do casal de lésbicas surdas que decidiram e conseguiram, mediante o uso da reprodução assistida, ter um filho surdo. Considera-se que a escolha de características genéticas pelos pais violaria a autonomia do filhos, uma vez que as "crianças projetadas" não seriam inteiramente livres, até porque, mesmo que se buscasse melhoramentos genéticos para os filhos, estes conduziriam a criança a essa ou aquela escolha de vida, ferindo a sua autonomia e violando o direito à escolha do próprio projeto de vida. (SANDELS, 2015. p. 17,18 e 25).

[6] Em relação à relativização da Dignidade da pessoa humana, Sarlet (9 ed. 2012, p. 158) entende ser esta hipótese possível ante a

solução dessa equação deverá ser favorável àquele que nascerá, em razão da escolha Constitucional de priorizar o interesse da criança em relação aos seus pais. Nesse diapasão, a atuação estatal é vital para concretizar, dentro do planejamento familiar, a Dignidade da Pessoa Humana, propiciando, à futura criança, tanto a proteção contra atos degradantes e desumanos como a promoção do mínimo de condições necessárias para o desenvolvimento livre e sadio de sua personalidade. Nesse ponto, ressalta o autor, não se está a proibir as pessoas o acesso às técnicas de reprodução assistida, mas de assegurar a compatibilização dos interesses daqueles que são titulares dos direitos reprodutivos com os daqueles gerados como resultado do exercício de tais direitos.

5.3 PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O conceito de paternidade responsável refere-se diretamente às consequências do exercício dos direitos reprodutivos no campo do direito de família, relacionados aos vínculos paternos-materno-filiais. A paternidade responsável configura-se no assumir dos deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos, sem excluir, obviamente, quando este se dá por via da reprodução humana assistida. Assim, verifica-se o surgimento da responsabilidade individual e pessoal das pessoas que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana, a criança, que deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com os direitos reconhecidos a seu favor. Nesse sentido, tem-se que o planejamento familiar, além de estabelecer um direito fundamental aos indivíduos, vem cobrar desses o cumprimento os seus deveres no campo das relações de parentalidade-filiação (GAMA, 2003, p. 453).

Assim, o desejo de procriar, paralelo aos benefícios e vantagens que traz para a pessoa (como a sua satisfação pessoal e a realização de seu projeto de vida), impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e nascimento do filho[7]. A consciência a respeito da paternidade vai além do aspecto voluntário da decisão de procriar, abrangendo os atos dela decorrentes, consubstanciados nos cuidados durante as fases mais importantes da formação da personalidade do filho (a infância e a adolescência), que devem ser levados a cabo da melhor forma possível (GAMA, 2003, p. 455). Assim, é perfeitamente aplicável à paternidade responsável a noção que a responsabilidade familiar (no caso mais específico, dos pais) não se esgota nos atos passados mas estende-se à promoção dos atos que assegurem condições de vida digna tanto das atuais com das futuras gerações (LÔBO, 2010, p.19). Desse modo, a paternidade responsável se associa aos princípios da Dignidade Humana e do melhor interesse da criança dentro de uma perspectiva mais afetiva e social que puramente biológica (GAMA, 2003, p. 455).

Entende-se que tais observações necessitam, obrigatoriamente, serem levadas em conta pelos futuros pais ao optarem pela utilização das técnicas de reprodução assistida. Apesar de que, por demandarem alto custo financeiro e emocional, essas práticas implicam, geralmente, numa firme decisão de executá-las, o indivíduo tem que considerar quais os reais motivos que o impelem a procriar, devendo estes serem pautados pelo sentimento paterno-maternal em relação ao filho, no sentido de gerar e criar uma pessoa na sua acepção plena e não como recurso para a concretização de desejos egoístas ou com vistas a atender paradigmas ou convenções sociais. Nesse contexto, ressalta-se, também, o dever estatal de propiciar e regular as formas pelas quais se tenha todo o esclarecimento que permita ao indivíduo conscientizar-se do alcance da decisão que está prestes a tomar, em especial para as populações com menor capacidade de acesso a esse tipo de informação.

---

contraposição à Dignidade de terceiros igualmente considerada, desde que não implique no seu sacrifício como valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano.

[7] Nesse contexto, realizando uma ligação entre os preceitos constitucionais referente ao planejamento familiar, paternidade responsável e melhor interesse da criança e do adolescente, cita-se a lição do Ministro Ayres Britto colocada na relatoria da ADPF 3510, na qual afirmou que o " planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais: o conjunto do artigo 227 [...] Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável..." (BRASIL.STF, 2015, p. 49)

5.4 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse significa a priorização do tratamento dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, identificando-os como pessoas em desenvolvimento e dotadas de Dignidade (LÔBO, 2011.p.75). Esse princípio representou uma importante mudança no eixo das relações paterno-filiais uma vez que colocou o filho como efetivamente um sujeito de direito, passando a ser reconhecido como pessoa em processo de amadurecimento físico e psíquico e, portanto, merecedora de tratamento diferenciado –no sentido protetivo- por parte de outras pessoas (GAMA, 2003, p. 457).

Tal conceito está na Convenção Internacional de Direitos da Criança, que estabeleceu o melhor interesse da criança como o norte a ser seguido em relação ao tratamento das crianças (ONU, 1989). Este preceito, recepcionado no ordenamento nacional via Decreto nº 99.710/90, é reconhecido como direito fundamental por força do previsto no § 2º do art. 5º da Constituição, apesar de já integrar o conteúdo do direito fundamental à proteção das crianças e dos adolescentes previsto no art. 227 da Carta Magna[8].

Na esteira da disposição constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, que, em diversos dispositivos, fornece subsídios para a compreensão do princípio do melhor interesse do interesse da criança. Nesse diapasão, cita-se, em especial, os art 5º e 6º do Estatuto que trazem o entendimento que as crianças e adolescentes são pessoas em condições especiais que devem ter os direitos e deveres individuais coletivos garantidos além de todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes permitir desenvolvimento adequados (PEREIRA, 2000, p. 37).

No campo do planejamento familiar, o princípio do melhor interesse ganha relevo diante da priorização dos seus interesses e direitos em detrimento dos de seus pais. Assim, o princípio não se restringe às crianças e adolescentes presentes, mas também aquelas que virão, fruto do exercício consciente e responsável dos direitos reprodutivos de seus pais, devendo esse princípio servir de importante limite ao exercício ilimitado e abusivo desses direitos no âmbito do planejamento familiar (GAMA, 2003, p. 462). Desse modo, entende Barboza (2004, p. 163) que o direito ao planejamento familiar, em sua dupla feição, encontra forte limite no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e que, em razão da absoluta prioridade estabelecida na Constituição em relação à criança, havendo colisão de princípios, deverá prevalecer o melhor interesse da criança, sendo esta consideração válida igualmente para a procriação decorrente da reprodução assistida.

Um interessante exemplo de priorização do interesse da criança no contexto da reprodução assistida pode ser encontrado na determinação da filiação na doação temporária de útero (gestação por substituição), que, a despeito de ser a técnica de reprodução assistida que mais pode resultar em conflitos, não foi ainda regulada pela Lei civil. Como a doação temporária de útero traz consigo uma dificuldade para a determinação da maternidade, uma vez que dissocia a reprodução da gestação e do parto (LEITE, 1994, p. 111) e envolve mais de uma mulher no ciclo reprodutivo, pode ocorrer conflito entre os interesses das "mães", que acontece quando ambas desejam (conflito positivo) ou rejeitam (conflito negativo) a criança.

Em consonância com os argumentos apresentados até aqui, a solução deste caso deverá visar o melhor

[8] Além dos argumentos em prol do reconhecimento do planejamento familiar como um direito fundamental, descritos *supra*, serem aplicáveis nesse caso, cabe, também, observar que o fato do melhor interesse da criança e do adolescente decorrer de tratado internacional no qual a República Federativa do Brasil é parte lhe assegura a recepção no sistema de direitos fundamentais constitucional, conforme o §2º do art.5º da Constituição. Sarlet (11 ed, 2012, p. 121) indica que esta circunstância, entretanto, somente se concretizará após a adesão formal do Brasil ao acordo, o que está condicionando à ratificação do tratado. Ultrapassada essa fase, a questão seguinte diz respeito à hierarquia dos direitos fundados nos tratados internacionais dentro do ordenamento interno. Neste ponto, parece viável, embora não seja pacífico, que a solução é de que tais direitos tenham *status* equivalente aos direitos fundamentais previstos no texto Constitucional. Entre os argumentos que conduzem a essa conclusão está o que, se não fosse dada tal relevância, não haveria diferença entre estes direitos fundamentais e qualquer outra norma jurídica internacional incorporada ao direito nacional, o que desvirtua o sentido da previsão do §2º do art. 5º. A isto inclui-se a adoção, pela Constituição, da tendência do constitucionalismo moderno contemporâneo em prol da prioridade do tratados de Direitos Humanos e a busca da interpretação que conduza à máxima realização do disposto no art. 5º §2º, em virtude da aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

interesse da criança, na qual a maternidade e a paternidade poderão ser atribuídos àqueles que oferecerem melhores condições de vida ao filho, não apenas em termos econômicos, mas, especialmente, de ordem psicológica (BARBOZA, 1993, p. 112). Nesta linha de pensamento, pode-se concluir que a maternidade e a paternidade serão resultados da verdadeira parentalidade, que pode decorrer ou não do fator biológico, mas que está fundamentalmente assentada num ato de vontade, derivado do desejo de ter filhos. Para Dias (2004, p. 394), esta filiação sócio-afetiva estaria fundamentada "no reconhecimento da posse do estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto". A jurisprudência tem se mostrado sensível a situações como esta, privilegiando o melhor interesse da criança ao chancelar da filiação sócio-afetiva nos novos arranjos familiares surgidos via reprodução assistida, tais como a dupla paternidade e a multiparentalidade[9].

6 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, pode-se concluir que, apesar da procriação ser uma característica natural do ser humano, reconhecimento do direito a ela inerente decorreu de uma construção, no âmbito dos Direitos Humanos, da liberdade de se autodeterminar nos aspectos reprodutivos. Esta construção, por paradoxal que seja, teve como foco inicial justamente a busca da não-reprodução, dentro de um movimento de libertação da mulher incrementado ao longo do século passado.

Entretanto, embora esse viés contraconceptivo inicial, os direitos reprodutivos acabaram por ser identificados não apenas no seu aspecto negativo, relativo à liberdade de realização do seu projeto parental, mas, igualmente, quanto ao viés positivo desses direitos, consubstanciados no dever de assistência do Estado para a realização desse projeto, podendo ser convocados, nessa tarefa, os meios disponibilizados pela ciência médica, inclusive a reprodução humana assistida.

Essa concepção dos direitos reprodutivos foi recepcionada pelo direito fundamental ao planejamento familiar, expresso no art. 226 §7º da Constituição, posteriormente regulamentada pela legislação infraconstitucional. Com isso, restaram fixados deveres, tanto para o sistema de saúde estatal (SUS) como para os seguros de saúde privados, no auxílio à realização dos planos procriativos do indivíduo, fornecendo os meios à sua implementação quando necessários.

O exercício dos direitos reprodutivos, mormente o planejamento familiar impende analisar as suas restrições no âmbito jurídico brasileiro. Assim, deve-se observar as circunstâncias ditadas pela Dignidade da Pessoa Humana, pela paternidade responsável e pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Em que pese a solução definitiva para as questões surgidas na seara reprodutiva decorrerem, necessariamente, do enfrentamento do caso concreto, pode-se, entretanto, inferir, a partir da leitura conjunta de tais direitos e princípios, alguns parâmetros que guiarão as discussões sobre o tema, entre os quais, cita-se, como exemplo, a prioridade dos direitos da criança gerada via técnicas de reprodução assistida ante os direitos reprodutivos de seus pais.

Desse modo, observa-se que as possibilidades abertas em decorrência do progresso da ciência na área reprodutiva, aliadas aos arranjos sociais contemporâneos indicam a necessidade, cada vez mais premente, de se discutir o Norte a ser seguido em relação à reprodução humana assistida. Nesse contexto, além das questões éticas e morais inerentes ao tema, deve-se, em especial, discutir-se a ação do Estado e da sociedade brasileira em relação ao uso dessas técnicas, a fim de que, longe de proibi-las, uma vez que se ligam de forma medular aos Direitos Humanos, permitam a sua implementação de acordo com os valores dispostos na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ARENT, Adriana Cristina; BADALOTTI, Mariangela; PETRACCO, Alvaro. Bioética e reprodução assistida. In: **Grandes temas da Atualidade: bioética e biodireito**.Coor: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de janeiro: Forense,2004.

[9] Nesse sentido: TJSC, Apelação Cível n. 2014.079066-9, Primeira Câmara de Direito Civil, Relator: Des. Domingos Paludo, Julgado em 12/03/2015 e TJRS, Apelação Cível Nº 70062692876, Oitava Câmara Cível, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 12/02/2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 23, de 27 mai. 2011**.Disponível em:<http://portal.anvisa .gov.br/wps/wcm/connect/08dae10043f044b18f3ecf34b9ead7e5/rdc0023_27_05_2011.pdf?MOD=AJPERES>. Acessado em 03 nov. 2015.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS define cobertura obrigatória para quatro novos procedimentos**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/996-ans-define-cobertura-obrigatoria-para-quatro-novos-procedimentos.>. Acesso em 17 out. 2015

_____. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 5.730/2009**. Disponível em: :<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposic ao=444088>. Acessado em: 17 out. 2015.

_____. Ministério da Saúde.Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo**. Brasília - DF, 2005.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saude legis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.ht ml>. Acesso em: 05 out. 2016

_____.Supremo Tribunal Federal. **ADPF 3510-0 DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF. 35 mai. 2015. Voto do Ministro Ayres Britto na ADPF 3510-0. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi 3510relator.pdf> . Acessado em: 9 nov. 2015.

BÍBLIA. Gênesis.Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil,2009.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ , A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In. **Direitos Humano, Ética e Direitos Reprodutivos**. Org. Denise Dora Dourado e Domingos Dresch da Silveira. Porto Alegre:Themis, 1998.

CHAN, C.C.W.; HO, P-C. Infertility, assisted reproductions and rights. In: **Best practice & research Clinical Obstetrics and Gynaecology,** Vol.20, No.3, 2006, p. 370. Disponível em <http://www.sciencedirect.com>.

Convention on the Rights of the Child. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989. Disponível em:http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.as px. Acessado em 30 Set. 2015.

CORRÊA, Sônia. Saúde reprodutiva, gênero e sexualidade: legitimação e novas interrogações. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

Declaração universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em < http://ww w.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>.

DIAS, Maria Berenice. Filiação Homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coor.). **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DORA, Denise Dourado. No fio da Navalha. In. **Direitos Humano, Ética e Direitos Reprodutivos**. Org. Denise Dora Dourado e Domingos Dresch da Silveira. Porto Alegre:Themis, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. trad. Jefferson Luiz Camargo. rev. trad. Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

INTERNATIONAL FEDERATION OF OBSTETRICS AND GYNAECOLOGY (FIGO). **Recommendations on ethical issues in obstetrics and gynaecology by FIGO - Committee for the ethical aspects of human reproduction and women's health.** October, 2012. Disponível em < http://www.medbox.org/ wo men-child-health/ethical-issues-in-obstetrics-and-gynaecology-by-the-figo-com mittee-for-the-study-of-ethical-aspects-of-human-reproduction-and-womans-he alth/preview?q=>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994.

_____. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Coor. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

_____. **Direito civil:famílias**.4.ed.– São Paulo : Saraiva, 2011.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. In: **Sur - Revista internacional de Direitos Humanos**, nº 8, ano 5, São Paulo, junho de 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. In: **Revista de bioética y derecho, nº34**,2015. Disponível em: <www.bioeticayderecho.ub.ed u>.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. In: **Revista Brasileira de Direito de Família, nº 6**, Porto Alegre: Síntese, jul-Ago-Set/2000

PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como Direitos Humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2OxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em 10 set. 2015.

POEL, Sheryl Ziemin van der. **Historical Walk: The HRP Special Programme and Infertility**, 2012. Disponível em: < http://www.karger.com /Article/Pdf/34 3058>.

Report of the fourth world conference on women. Beijing, 4-15 September 1995. Disponível em <http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/off/a--20.en>.

Report of the International Conference on Population and Development - Cairo, 5-13 September 1994. Disponível em:< http://www.un.org/popin /icpd/confere nce/offeng/poa.html>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70062692876**, Oitava Câmara Cível, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 12/02/2015.

SANDELS, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética.** Tradução Ana Carolina Mesquita, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2014.079066-9**, Primeira Câmara de Direito Civil, Relator: Des. Domingos Paludo, Julgado em 12/03/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**, 3ª Ed. Brasília: Edição do Autor, 2009.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito: autonomia e Dignidade da pessoa humana.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

World Health Organization: **Mother or nothing: the agony of infertility**. Bull World Health Organ 2010;88:881–882. Disponível em <http://www.who.int/bul letin/volumes/88/12/10.01121 0.pdf>.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA X ANONIMATO DO DOADOR

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Henrique Alexander Grazzi Keske, Doutor, henriquek@feevale.br.

RESUMO: O presente artigo trata de abordar a discussão doutrinária acerca da reprodução humana assistida, com foco na modalidade heteróloga, em função da ocorrência de colisão de direitos fundamentais entre o conhecimento à origem genética, frente ao anonimato de doador de material germinativo; pelo fato de inexistir legislação, no ordenamento pátrio, que regulamente a matéria, à exceção de Portaria do Conselho Federal de Medicina, sem força de lei e de caráter técnico. Abordam-se, dessa forma, os princípios constitucionais envolvidos, tais quais a dignidade da pessoa humana, o direito à personalidade, vida privada e intimidade, bem como o direito fundamental à vida. Assim, difere o estado de filiação e suas conseqüências jurídicas da investigação de paternidade em face do conhecimento da origem genética. Para tanto, se vale do método de pesquisa bibliográfica e análise doutrinária.

. **Palavras-chave**: Anonimato do Doador. Conhecimento da Origem Genética. Direitos Fundamentais. Reprodução Humana Assistida Heteróloga.

1 INTRODUÇÃO

O recente desenvolvimento das assim denominadas tecnologias da vida, ou biotécnico ciências, tem levado vários campos teóricos a discutirem, fortemente, os limites do que se possa vir a considerar como fatores fundamentais acerca da existência humana, sobre os quais se tinha, até então, um consenso fortemente estabelecido. Neste contexto, surgem as questões ligadas à reprodução humana assistida, ou seja, à possibilidade de a ciência, por meios técnicos, permitir a reprodução a quem, por impedimentos biológicos, não teria condições naturais de a realizar. Por conta disso, em que pese notáveis considerações de ordem filosófica e sociológica, se inscrevem, igualmente como relevantes, as discussões das conseqüências jurídicas de tais atos, pois está se tratando de desencadear o surgimento de vidas humanas, fato gerador, por si só, de inúmeros outros direitos fundamentais agregados a esse direito originário e fundante dos ordenamentos.

Por sua vez, apesar de ser tema de tão grande relevância, não dispomos, no direito pátrio, de lei que regulamente a matéria, relegando toda uma série de problemas e conseqüências jurídicas decorrentes da geração de vida nessas circunstâncias à Portaria do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta os procedimentos técnicos e aponta certas possibilidades de solução de conflitos daí inerentes, mas que não dá resposta jurídica satisfatória às possíveis implicações do resultado positivo do emprego de tais técnicas, ou seja, a geração de uma nova vida. Os problemas se acentuam quando se verificam colisões entre direitos fundamentais, frente ao direito ao conhecimento da origem genética, de quem é o fruto de tais procedimentos, confrontado com o assegurado anonimato do doador do material germinativo, que possibilitou a geração da vida, embora sem interesse algum na posterior paternidade. Para se tentar, então, equacionar as variáveis dessa circunstância, notadamente maiores na modalidade heteróloga, ou seja, quando o material genético não pertence a um ou a ambos dos pretendidos pais, vale o recurso à discussão de princípios constitucionais, bem como à citação de disposições constantes de Projetos de Lei que se dispõe a regulamentar a matéria.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Seção IV, nº 2, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, único regramento que rege a utilização das técnicas de reprodução assistida atualmente no país, registra que "os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa." Ainda, o nº 4, da Seção IV, da referida resolução, estabelece que será obrigatório "o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores", ressalvado situações especiais, onde as "informações sobre

os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.121/2015). Diante disso, as clínicas de reprodução assistida exigem dos envolvidos, tanto do doador, como também do receptor, o registro expresso, no chamado "termo de consentimento", de que a identidade de ambos não será revelada, exceto em casos de necessidade médica. (PELLEGRINELLO, 2014, p. 171).

Entretanto, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos de lei que visam regulamentar a reprodução medicamente assistida no Brasil, cabendo, para melhor análise da questão do sigilo do doador de material genético, a transcrição de alguns artigos do último projeto de lei apresentado na casa legislativa, o PL nº 115/2015, proposto pelo Deputado Juscelino Rezende Filho (PRP – MA), que propõe a instituição do Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais. Segue a transcrição dos artigos que abordam o anonimato do doador:

> Art. 13. Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor.
>
> Art. 14. É assegurado às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros médicos para fins de inspeção e investigação, incumbindo-lhes observar rigorosamente o dever de sigilo.
>
> Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.
>
> Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.
>
> Art. 99. Violar o sigilo quanto ao procedimento utilizado ou identidade dos envolvidos, sejam doadores ou beneficiários, no tratamento de reprodução assistida.
>
> Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.
>
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem divulgar ou facilitar a divulgação de informação que desrespeite o sigilo garantido a doadores e receptores de material genético, permitindo suas identificações. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 115/2015).

A seu turno, o direito à intimidade é garantido na Constituição Federal pátria, conforme estabelece o art. 5º, inciso X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Dessa forma, o direito ao anonimato derivaria do direito à intimidade, constitucionalmente protegido como um direito fundamental. Nesse passo, o artigo 21 do Código Civil estabelece que "a vida privada da pessoa é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providencias necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". De acordo com Gilberto Haddad Jabur, a vida privada "é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição da vida pessoal de cada um, imposta na medida em que a intimidade se for restringindo". (JABUR, 2000, p. 256).

2 O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GERMINATIVO

Assim, muito embora o anonimato esteja assegurado na referida resolução do Conselho Federal de Medicina e o direito à intimidade presente na Constituição, o fato de a regra do sigilo das informações do doador não constar expressamente em nenhum artigo de lei em vigor, não assegura a ele o direito ao anonimato plenamente. Nesse sentido:

> [...] nada impede que o filho concebido artificialmente, desde que queira, proponha contra o pai biológico, o doador de gametas, ação de investigação de paternidade. Duas são as razões para tanto. Por primeiro, porque ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em segundo lugar, porque o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem, alicerce indisponível da instituição familiar. (LEITE, 2002, p. 250).

Guilherme de Oliveira defende o anonimato do doador de sêmen na inseminação heteróloga, pois para ele "o fornecedor de esperma age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o *pater,* ou mesmo como o simples genitor de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação".(OLIVEIRA, 2003, p. 500).

Contrariamente, para Eliane Oliveira Barros, o anonimato do doador de material genético, não pode ser empecilho para o concebido por meio de inseminação artificial, conhecer a sua origem genética. A autora sustenta que o doador de sêmen "deve ter a consciência da importância do seu ato e, por mais que não queira assumir compromissos, deve estar ciente de que quem doa material genético, doa material capaz de gerar vida, o que por si acarreta imensa responsabilidade. Dessa forma, a garantia do anonimato do doador, bem como, a proibição à investigação da identidade biológica, para Barros, além de serem regras inconstitucionais, lesam a identidade genética do ser humano. (BARROS, 2010, p. 97/98).

Fernanda de Souza Moreira pondera que o anonimato do doador não deve ser considerado um direito fundamental em si mesmo, pois é correlato ao direito à privacidade, direito fundamental objetivo. Essa relação se dá, pois a liberdade de omitir a sua identificação trata-se de objeto do direito à privacidade, assim como, o sigilo do nome, o seu conteúdo. Diante disso, seria equivocado falar em direito ao anonimato quando este trata apenas do objeto do direito à privacidade, tutelado no texto constitucional. (MOREIRA, p.36).

Com base no disposto na Constituição Federal, no artigo 199, § 4º, bem como no artigo 1º da lei 9.434/97, é vedado, no Brasil todo o tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, o que abrange o material germinativo humano. Por esse motivo, na ponderação de Letícia Thomasi Jahnke e dos defensores do sigilo da identidade do doador, tem-se que, ao ignorar o anonimato, haverá uma redução significativa de doadores de sêmen no país, pois o que lhe move, não é um proveito econômico, mas, sim, um ato de altruísmo e a certeza do sigilo. (CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – CONSIJ, 2003, p. 24).

Nesse passo, segundo Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr., estudantes nos EUA "referem-se ao dinheiro recebido com a doação do sêmen como "dinheiro da cerveja", manifestando com a brincadeira, desde logo, total ausência de interesse na paternidade e total desvinculação ou responsabilidade". Os Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, são alguns dos poucos países que possibilitam o comércio de material genético. (OLIVEIRA e BORGES, 2000, p.35). As clínicas de reprodução humana assistida sustentam que, devido ao fato da doação ser voluntária no Brasil, não há doadores suficientes para atender à demanda, o que resulta na importação de material genético estrangeiro. Segundo Mário Cavagna, Presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, "não há como proibir que brasileiras optem por doadores estrangeiros quando a demanda de doadores aqui é bem menor do que a necessária". (NEUMANN, 2015).

Destaca-se a abordagem sobre o tema, do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), que colheu a opinião de profissionais como Marco Segre, médico e ex-conselheiro do CREMESP. Segue a transcrição:

> Em um primeiro momento, vejo mais desvantagens. Se pensarmos nos riscos e benefícios, pode trazer consequências de ordem jurídica como ações judiciais de pedidos de pensão ou heranças. Alegar o direito de saber quem é o pai biológico é um endeusamento da biologia; é valorizar o laço biológico, quando ele tem cada vez menos importância. Quem é o pai? O sujeito que cria com amor e carinho ou aquele que, por motivos que desconhecemos, resolveu doar um pouco de sêmem? A identificação dos doadores fará com que ninguém mais queira doar. (SEGRE, 2016).

Destaque, nesse sentido, também, para a opinião de Volney Garrafa, Presidente da Sociedade Brasileira de Bioética, que justifica a complexidade do debate entre o anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética do concebido. Cabe transcrever:

> O problema maior é que o Brasil faz bebê de proveta desde 1982 e não tem lei nenhuma sobre o assunto. Isso é um indicativo de que o tema precisa ser exaustivamente debatido, técnica, moral e juridicamente no país. Em princípio, as duas argumentações têm fundamento lógico e sólido. Um é moral e o outro é biológico. Acredito que o sujeito desse processo deve ser sempre o ser humano, nunca poderá ser a clínica de inseminação ou as técnicas reprodutivas. (GARRAFA, 2016)

Clarissa Bottega defende que o argumento de que o anonimato deve ser tutelado, pois caso contrário diminuiria o número de doadores, tendo em vista que os doadores não correriam o risco de serem investigados em ação de reconhecimento de paternidade, mostra-se um argumento fraco e desprovido de legitimidade. Essa questão seria facilmente corrigida pelo direito, separando direito ao conhecimento da origem genética do direito aos vínculos de filiação. Para a autora, o que está em discussão neste conflito e deve ser observado é o seguinte questionamento: "o anonimato do doador protege os interesses de quem: do doador, dos receptores (pai/mãe) ou da criança gerada?". Bottega defende que a única forma de assegurar o direito ao conhecimento da origem biológica ao ser gerado seria expressar, em legislação própria, o referido direito, mesmo que isso não implicasse em qualquer relação de filiação entre os envolvidos. (BOTTEGA, 1999, P. 81/83)

Conforme sustenta Letícia Thomasi Jahnke, o anonimato protege o doador do fator pecuniário e sucessório, da atribuição à paternidade e da situação desagradável deste ser demandado em ação judicial, ainda que se busque apenas o conhecimento da origem biológica. Além do mais, o anonimato seria necessário para prevenir conflitos de ambos os envolvidos, pois, quebrado o sigilo, o doador poderá requerer o desejo de compartilhar a vida do filho gerado, e este por sua vez, desejar participar da vida do pai biológico, gerando tensões no núcleo familiar definido de ambos. (CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – CONSIJ, 2003, P.25).

De acordo com Elimar Szaniawski, há uma corrente de pensadores, formada por psicólogos, médicos, juristas e educadores, que se mostram contrários à revelação da verdade biológica e favoráveis ano anonimato, pois o real conhecimento de sua origem biológica poderia fragilizar o vínculosocioafetivo familiar em que a criança se encontra inserida. No entanto, segundo o autor a corrente majoritária da psicologia é no sentido de que a verdade biológica seja revelada, pois isto, juntamente com o apoio e o carinho da relação socioafetiva estruturada e acompanhamento psicológico adequado, condicionaria a criança a superar eventual trauma desenvolvido. (SZANIAWSKI, 2014, p. 46/47).

Nesse sentido, a utilização de material genético de doadores resguardados pelo anonimato, desrespeita a dignidade da pessoa humana dos terceiros envolvidos, quais sejam as pessoas geradas por essa técnica, pois não terão acesso a sua origem biológica, não devendo assim, o uso desse tipo de procedimento ser uma prática considerada válida pela sociedade. (PELLEGRINELLO, 2014, p.171).

Sob tal enfoque, se faz necessário uma análise mais aprofundada da questão para posicionar-se contrário à utilização da inseminação artificial com material germinativo, dado à garantia de anonimato do doador. Nesse sentido questiona:

> [...] contestaremos eticamente a inseminação com doador anônimo em nome do direito das crianças em conhecerem seu progenitor, sem nos preocuparmos em estudar se aqueles, que são já aos milhares, que se encontram nessa situação sofrem de facto com uma tal impossibilidade?(SÈVE, 1994, P. 35).

Eduardo de Oliveira Leite assevera que o anonimato protege o doador e o mantém no domínio do seu gesto de solidariedade, ao tempo em que a sua atitude fica resguardada de eventuais problemas futuros que vão além do seu real objetivo. O anonimato garantiria a autonomia e a normalidade no desenvolvimento da família fundada no desinteresse daquele que contribuiu na sua formação através da doação, movido por um sentimento solidário. (LEITE, 1995, p.33).

Por certo, o doador de material germinativo deve ser devidamente informado de todos os aspectos que envolvem a reprodução humana assistida e as suas implicações de caráter ético, econômico, biológico e jurídico. Sob tal enfoque, Fabio Bauab Boschi denuncia que "laboratórios e clínicas especializadas, assim como os profissionais envolvidos, não fornecem as informações jurídicas necessárias aos doadores". O autor pondera também que esse meio profissional cria uma "falsa aparência sob o manto do sigilo", prometendo aos doadores o segredo dos dados pessoais, o que na opinião, não é verdade. Segundo o autor a garantia do anonimato frente ao interesse do indivíduo gerado de conhecer a sua origem biológica, além de fantasiosa é inconstitucional. (BOSCHI, 1999, p. 186).

3 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PESSOA GERADA

Os dados genéticos de um indivíduo são capazes de identificar pessoas, bem como fornecer informações sobre o parentesco e revelar predisposições genéticas, visto que englobam informações genéticas gerais e específicas. Assim, o conceito de identidade genética está vinculado à essência do genoma de cada ser humano, pois todos possuem um genoma único e que não se repete em outro individuo, a não ser em casos de gêmeos monozigóticos. (FIUZA, 2007, p. 111/112).

Conforme leciona Elimar Szaniawski, o direito ao conhecimento da origem biológica encontra-se inserido no âmbito das chamadas "necessidades superiores do ser humano" de Coopart-Ollerich e "consiste no direito da pessoa que tenha nascido de parto discreto, de reprodução assistida heteróloga ou que esteja no exercício da posse de estado de filho, de poder realizar a investigação de suas origens". O autor acentua que, no direito comparado, o direito ao conhecimento da própria origem genética, fundamenta-se no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, os quais garantem a todas as pessoas o direito à liberdade de expressão e opinião. (SZANIAWSKI, 2014, p. 49/50).

O direito à identidade genética apresenta-se no ordenamento jurídico pátrio, como um bem jurídico fundamental, portanto, indisponível, irrenunciável e protegido constitucionalmente por tratar-se de um direito de personalidade baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, o avanço da ciência e da engenharia genética, acaba por interferir no curso normal da vida do ser humano, quando situações específicas de manipulação do material genético humano atingem as relações sociais, os laços de parentesco e a estrutura tradicional de filiação. (SPAREMBERGER e THIESEN,2016).

Com base na leitura de José Jairo Gomes, identifica-se que a luta pelos direitos de personalidade é anterior à organização estatal e jurídica e surge da necessidade de se ter garantido uma estrutura mínima de direitos fundamentais necessárias para o desenvolvimento das sociedades e da própria vida humana. Assim, os direitos de personalidade, acompanhando as transformações que ocorrem no mundo, estão sempre em expansão. O autor registra alguns direitos que estão inseridos no núcleo dos direitos de personalidade, dentre eles:

> O direito à vida, ao nome, à identidade, à integridade física e corporal, à integridade psíquica, à saúde, à imagem, à honra, ao respeito, à intimidade, à vida privada, ao sigilo epistolar, telefônico, de dados, de criação intelectual, à liberdade de pensamento, à liberdade de crença, dentre outros. (GOMES, 2016).

O Código Civil trata dos direitos de personalidade no capítulo II, mas não menciona de forma expressa a tutela do direito à identidade ou à origem genética. Para Elimar Szaniawski, o código civilista, ao não de regulamentar o direito ao conhecimento da própria origem biológica "construiu uma injustificável lacuna em relação à matéria, provocando considerável atraso no desenvolvimento teórico e prático da categoria". (SZANIAWSKI, 2014, p. 57). Não obstante, Luciana Dadalto Penalva pondera que, mesmo não havendo expressa disposição normativa do tema, "poderíamos alcançar este direito à origem genética, partindo do direito à vida, pois o conhecimento da origem biológica proporciona ao ser humano medidas de prevenção de futuras doenças". Assim, o direito à identidade genética, ou à origem genética, garantiria o direito à vida, protegido na Constituição no artigo 5º, *caput.* Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 17, tutela a identidade da criança e do adolescente, que, no entendimento de Penalva, abrange o direito à identidade/origem genética. (PENALVA, 2009, p.94).

Nessa perspectiva, Mariana Motta Minghelli afirma que "a prerrogativa de saber quem são seus ancestrais é um direito de personalidade que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pode dispor nem perder"; com base no artigo 27 do Estatuto que dispõe: "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." (MINGHELLI, 2014, p. 20).

Por certo, Adriana Accioly de Lima Vilela acentua que o direito à identidade genética, embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, deve ser considerado um direito fundamental, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, por estar estritamente ligado ao direito à vida e por

se mostrar uma "manifestação da personalidade humana", sendo, portanto, o anonimato uma proteção inconstitucional. (VILELA, 2008, p. 73).

Nessa perspectiva de discussão acerca dos direitos e garantias asseguradas na e pela Constituição, Petterle traz adequado aporte referido por Canotilho, no sentido de que:

> [...] para além dos direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição denominados de formalmente constitucionais (porque tem a forma constitucional), verifica-se que há direitos materialmente constitucionais, assim denominados porque não tomam a forma constitucional, significando que, para além das positivações concretas, há outras, o que a doutrina tem denominado de princípio da cláusula aberta ou princípio da não identidade. O ponto nevrálgico consiste em saber como distinguir dentre os direitos sem acento constitucional, daqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais, ao que o autor aponta orientação no sentido de serem considerados materialmente fundamentais os direitos que, pelo objeto e pela importância, sejam equiparáveis aos direitos formalmente fundamentais. (PETTERLE, 2007, p. 90).

Para Maria Helena Diniz, negar à criança o direito à identidade genética seria negar-lhe o direito de saber qual é a sua "parentalidade biológica". Diante desse quadro argumentativo, a autora traz uma série de questionamentos que devem ser considerados frente ao estudo da temática: o anonimato do doador de material genético germinativo "não poderia trazer graves repercussões psicológicas à criança?"; a criança "não teria o direito de saber quem é seu pai?"; quebrado o anonimato do doador, a criança poderia "reivindicar o nome de família, a pensão alimentícia e a herança de seu pai genético?"; o direito da criança ao conhecimento de sua origem genética "não seria maior do que o dever do sigilo do doador do material germinativo?"; se houver "reivindicação do filho assim gerado, a garantia do anonimato deveria prevalecer?". (DINIZ, 2014, 694/695). Diante dos referidos questionamentos, dentre outros, surgem conflitos bioéticos entre a liberdade da investigação cientifica e a proteção dos direitos humanos, da dignidade humana e da necessidade de se proteger a vida, desde a sua concepção até a morte. (MALUF, 2013, 201).

Segundo Eliane Ferreira Bastos, com o crescimento gradativo da valorização da criança e do adolescente e da abrangência da tutela aos direitos humanos, surge o direito ao conhecimento da origem biológica, dado à exigência social da paternidade responsável, levando o genitor ao cumprimento de suas responsabilidades de sustento e manutenção do seu filho. Para a autora, o direito à identidade genética é inviolável, pois responde à pergunta de todo ser humano: "de onde vim?"; sustentando-se, assim, no princípio da dignidade da pessoa humana. (BASTOS, 2006, p. 344).

De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, o estado de filiação que tem natureza de direito de família e decorre da estabilidade dos laços afetivos, não se confunde com o direito ao conhecimento da origem genética, que possui natureza de direito de personalidade e, consequentemente, "as normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. "Segundo o autor, "para garantir a tutela do direito da personalidade, não é necessário investigar a paternidade". Desse modo, seria um equívoco confundir investigação de paternidade com o direito ao conhecimento da origem biológica. Nesse sentido, leciona:

> Para garantir a tutela do direito à personalidade, não há necessidade de se investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade, na espécie, direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próprios para a prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo ou sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como este que demonstram o equívoco em que laboram as decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética. (LOBO,2016).

Nessa perspectiva, também pondera Maria Helena Diniz que o direito à origem genética não requer a investigação da paternidade, pois se busca apenas descobrir as condições físicas ou psíquicas dos seus ascendentes biológicos, sem a intenção de construir uma relação de parentesco legal, requerendo, a partir daí, a pensão alimentícia e direitos patrimoniais do genitor biológico. Assim, o direito à identidade genética, tende a condicionar a pessoa gerada por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga, a adotar

medidas de preservação da saúde e da vida, bem como pode evitar, com base nos dados genéticos do seu ascendente biológico, ou seja, o doador do material genético, o casamento consanguíneo, que poderá trazer implicações genéticas à sua descendência. (DINIZ, 2014, p. 695). Dado a este motivo, de acordo com a resolução nº 2.121/2015, Seção IV, nº 5, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina as normas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, as clínicas e demais locais onde é feita a doação do material genético "devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores". (CONSELHO FEDERAL DE MEDICIANA, Resolução 1.121/2015).

De acordo com Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, o direito à "paternidade real", deve ser consagrado, pois não pode ser negado ao ser humano o direito de saber de que forma foi gerado e a sua verdadeira identidade genética. (BARBAS, 1998, p. 173). Sob tal enfoque, Luiz Édson Fachin afirma que, se no plano existencial, encontra-se definida a paternidade ou a maternidade socioafetiva, a investigação da origem biológica postulada pelo concebido, ficará restrita a três efeitos jurídicos, quais sejam: "1. Por necessidade psicológica ao conhecimento da origem genética; 2. Para segregar os impedimentos do casamento; 3. Para preservar a saúde dos pais e do filho biológico, nas graves doenças genéticas". (FACHIN, 1999, 207/208).

Adriana Accioly de Lima Vilela afirma que, para se compreender os efeitos do direito ao conhecimento da origem biológica sobre o doador de sêmen que, eventualmente, terá a sua identidade revelada, é necessário fazer uma analogia com a quebra do sigilo no caso de filho adotivo, que investiga a sua identidade genética. Segundo a autora, encontram-se, na jurisprudência, decisões que reconhecem o direito da pessoa gerada de investigar a sua origem, sem que tal situação afete a relação socioafetiva do concebido e doador, já estabelecida. Assim, se a descoberta da identidade do genitor biológico não altera a estrutura socioafetiva de ambos os envolvidos no processo, não seria diferente na reprodução assistida. O indivíduo gerado por meio da técnica de inseminação artificial, apenas teria atendido à sua necessidade médica ou psicológica de conhecer a sua origem biológica, bem como, teria o seu direito ao conhecimento tutelado. (VILELA, 2008, p. 76/77).

Cabe salientar que nos termos do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos." No entanto, pondera Renata Paccola Mesquita, que os vínculos jurídicos estabelecidos com os pais adotivos não serão afetados com a quebra do sigilo, visto que reconhecido o direito ao conhecimento da sua origem genética, a criança não poderá requer direitos sucessórios ou alimentos, pois não foi esta a intenção do legislador ao criar o artigo mencionado. (MESQUITA, 2010, p. 55).

Sob tal enfoque, Edison Tetsuzo Namba atenta à diferença da adoção para a reprodução assistida heteróloga e seus reflexos sob a criança gerada. Segundo o autor, na adoção, o concebido é resultado de um relacionamento de indivíduos que assumiram o risco da paternidade, ou seja, assumiram o risco de estruturarem o estado de filiação, visto que foram casados, viveram em união estável, foram namorados, tiveram relações sexuais ainda que eventuais, em suma, sabiam que poderiam ser genitores. No caso da inseminação heteróloga, o doador do material germinativo, não assumiu o risco da paternidade ou maternidade, pois "em nenhum momento estabeleceu vínculo com o ser gerado e, provavelmente, não saberá quem será a pessoa que receberá o espermatozoide ou óvulo para a concepção". (NAMBA, 2015, p. 149).

Eliane Oliveira Barros, em análise ao direito comparado, acentua que países como a Alemanha, Suécia, Espanha e Portugal, resguardam o direito ao conhecimento da origem genética em seus ordenamentos jurídicos. Na Alemanha, todo o concebido poderá ter o conhecimento da sua paternidade biológica com base em decisão da Corte Constitucional Federal, em 1989, que assegurou esse direito à criança gerada e restringiu os Estados de se oporem à procura da verdade biológica. A Suécia, desde 1984, suprimiu de seu ordenamento jurídico o anonimato de doadores de material genético, a fim de permitir que indivíduos que nasceram, fruto de inseminação artificial, possam, ao completar 18 anos de idade, conhecer sua origem genética, devendo o Comitê de Previdência Social do país, auxiliar a criança a ter acesso às informações. Na Espanha e Portugal os concebidos podem ter acesso às informações gerais do doador, mas somente será

autorizada a revelação de sua identidade, se comprovado perigo de vida. A legislação portuguesa também preceitua que, em hipótese alguma, o doador de sêmen será tido como pai da criança gerada, "não cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela". (BARROS, 2010, 111/115).

Segundo Elimar Szaniawski, a França, influenciada pelas decisões do Parlamento europeu e pelas convenções internacionais, também tem reconhecido o direito ao conhecimento da origem biológica. (SZANIAWSKI, 2014, p. 52). Importante destacar que, embora a maior parte dos países europeus incline-se a defender o interesse da pessoa gerada a conhecer a sua origem genética, na Europa, a maior parte das legislações, prevê as regras do anonimato. (JÚNIOR, 2016, p.95). Cabe ressaltar que, provavelmente, tais disposições que protegem o anonimato se vinculam aos baixos índices de natalidade desses países, às voltas com acirradas campanhas de retomada de índices satisfatórios de reprodução, para fazer frente ao envelhecimento da própria população. Essas diferenças sociais serão acentuadas a seguir, quando se reflete a orientação majoritária da doutrina brasileira, no sentido de fazer valer a quebra do anonimato, mesmo correndo-se o risco de diminuição dos doadores, uma vez que ainda não se está enfrentando baixos índices de natalidade em nosso país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, diante dessa contingência específica de omissão legislativa, além da discussão doutrinária, centrada nos princípios constitucionais que se entrechocam, bem como do recurso à apresentação de Projetos de Lei que pretendem regulamentar a matéria, sente-se a necessidade de uma breve análise de direito comparado, para se verificar as soluções jurídicas encontradas por outros ordenamentos, para tentar solucionar as demandas jurídicas que emanam de tais circunstâncias. Ao fazê-lo, porém, se objetiva, tão-somente, evidenciar as notáveis diferenças de formação social que inspiraram, esses outros ordenamentos, em confronto com as situações fáticas experienciadas, até o presente momento, em nosso país.

Dessa forma, contrariamente ao entendimento de prevalência do anonimato, Fernanda de Souza Moreira, pondera que o direito ao conhecimento da origem biológica prevalece frente ao direito ao anonimato do doador, com base no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser um direito personalíssimo. Não obstante, defende que além da pessoa gerada ter acesso às informações de sua ascendência, reconhecido o seu direito, também terá direito a alimentos. A autora sustenta o seu entendimento com base na situação hipotética da genitora solteira, que fazendo uso da inseminação artificial heteróloga, gera uma criança que, consequentemente, não terá um genitor registral. Para Moreira, o argumento dos que defendem o anonimato e o não reconhecimento de filiação de que "o pai, com duzentas ações de alimentos, contra ele, chegaria, facilmente, à insolvência", não se sustenta, pois a Resolução CFM nº 2.121/2015, que regula as técnicas de reprodução humana no país, na Seção IV, nº 6, assegura que "na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes". (MOREIRA, p. 40/41).

Ressalta-se que, segundo Paulo Luiz Netto Lobo, a referida instrução resolutiva, trata-se de uma preocupação técnica, que visa controlar o número de gestações derivadas do material genético de um mesmo doador, a fim de evitar o casamento consanguíneo, que poderá trazer implicações genéticas à sua descendência. (LOBO, 2016).

Conforme a reportagem da Revista Época, da repórter Cristiane Segatto, a primeira leva de crianças brasileiras geradas por mulheres solteiras que utilizaram sêmen doado tinham cerca de 9 anos em 2002, ainda que somente tenha sido regulado no país a utilização das técnicas de reprodução assistida para mulheres solteiras em 2013, com a revogação da Resolução CFM 1.957/10 e a publicação da Resolução CFM 2.013/13. Assim embora estas pessoas estejam atualmente com cerca de 23 anos, e nada lhes impeça de procurem judicialmente a identificação da origem biológica, não se tem ainda jurisprudência no Brasil tratando desta temática, mas essa demanda pode surgir, a exemplo dos Estados Unidos e de países europeus, como Inglaterra e Suécia. No país, há jurisprudência que trata de situações em que o filho adotado busca o conhecimento da sua origem genética, onde as decisões têm se inclinado a defender o direito de personalidade do indivíduo gerado, mas nenhuma, especificamente, tratando do interesse de pessoas concebidas por meio

da reprodução humana assistida heteróloga. (SEGATTO, 2002).

Nesse diapasão, se percebe, claramente, o caráter tripartite do fenômeno jurídico, em que se forma o aspecto de dialética complementaridade entre os fatos sociais, as normas jurídicas e sua conseqüente aplicação na solução dos conflitos de interesse resultantes dessas situações, haja vista que se está defrontando com o fato social inequívoco de que as novas tecnologias da vida permitem a reprodução humana assistida, na modalidade heteróloga, propiciando os meios técnicos de realização do sonho de casais que, por quaisquer motivos, apresentam dificuldades ou impedimentos germinativos naturais e/ou biológicos; sem que se disponha de legislação que regulamente a matéria, de maneira satisfatória, a fim de resolver o conflito de interesses inerentes à própria pessoa gerada nestas condições, em relação ao direito de conhecer sua origem genética, confrontado com as conseqüências jurídicas do estado de filiação.

Nesse sentido, relegam-se tais circunstâncias a uma espécie de limbo jurídico, em que um sem número de situações jurídicas graves, pois que envolvem diretamente os fatores existenciais fundantes da própria condição humana, se vejam desprovidas de uma maior proteção, com seus direitos fundamentais em permanente conflito quando se trata de sua efetivação via judicial. Nesse caso, particularmente, não se justifica a omissão legislativa em não regulamentar matéria tão fundamental.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Org.). Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao Patrimônio Genético. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROS, Eliane de Oliveira. Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOSCHI, Fabio Bauab. Reprodução Humana Assistida na forma heteróloga: consentimento informado e sigilo do doador de esperma ou óvulo versus o direito da criança e adolescente de conhecer sua verdadeira origem biológica. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas. São Paulo: UniFMU, 1999, ano 13, n. 2.

BOTTEGA, Clarissa. Reprodução Humana Medicamente Assistida e o Direito à Origem Genética. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá.** Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Cuiabá: Edunic, v. 1, n. 1, jul./dez. 1999.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.121/2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> .Acesso em 27 out. 2016.

BRASIL.CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Lei e Outras Preposições.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=945504> Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL.CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (CONSIJ). Letícia Thomasi Jahnke. **Juizado da Infância e da Juventude.** Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003 – Quadrimestral.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Direito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIUZA, César (Coord.). **Curso Avançado de Direito Civil.** São Paulo: IOB, 2007.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARRAFA, Volney.BIOÉTICA. Doadores de sêmen devem ser identificados? Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/siteAcao=Revista&id=133> Acesso em 14 nov. 2016.

GOMES, José Jairo. **Reprodução Humana Assistida e Filiação na Perspectiva dos Direitos de Personalidade.** 2016.

GOMES, Daniela Vasconcellos. O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios. **Revista de Direito Privado.** a. 8, n. 29, jan./mar., 2007.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada:** conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito.2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e Direito à origem genética:** uma distinção necessária. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813> .Acesso em: 22 out. 2016.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Da Bioética ao Biodireito**: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação, palestra proferida no I Simpósio de Bioética e Biodireito, Londrina, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. São Paulo: RT, 1995.

LEITE, Gisele. A necessidade imperiosa do biodireito e da bioética. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga:uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 15, abr./maio.

MINGHELLI. Mariana Motta. O Valor da Segurança Jurídica da Coisa Julgada em Conflito com Direito Fundamental à Identidade: Critérios e Sugestões para Conformar Valores Fundamentais. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil.** Porto Alegre: Síntese, v.12, n. 89, maio/jun. 2014.

MESQUITA, Renata Paccola. A Possibilidade de o Adotado Conhecer Sua Origem Biológica. Inovação Trazida pela Lei nº 12.010/2009. **Revista IOB de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010.

NAMBA, Edison Tetsuzo, **Manual de Bioética e Biodireito.** 2 ed. São Paulo, SP: Atlas S.A, 2015.

NEUMAM, Camila. Importação de sêmen estrangeiro aumenta 500% no Brasil em um ano. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/06/17/importacao-de-semen-de-estrangeiros-aumenta-500-no-brasil-em-um-ano.htm> Acesso em: 13 nov. 2016.

OLIVEIRA, Guilherme de. **O Critério Jurídico da Paternidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de, Edson Borges Jr. **Reprodução Assistida:** até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei. São Paulo: Editora Gaia, 2000.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução Humana Assistida:** a tutela dos direitos fundamentais das mulheres. Curitiba: Juruá, 2014.

PENALVA, Luciana Dadalto. Parto Anônimo e Direitos de Personalidade. **Revista IOB de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 52, fev./mar. 2009.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental a identidade genética na Constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SEGATTO, Cristiane. **Medicina** – artigo raro na praça**.** Falta de doadores obriga mulheres brasileiras a importar esperma dos Estados Unidos. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR49985-6010,00.html> Acesso em: 10 nov. 2016.

SEGRE, Marcos.BIOÉTICA. Doadores de sêmen devem ser identificados? Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/siteAcao=Revista&id=133> Acesso em 14 nov. 2016.

SÈVE, Lucien. Para uma critica da razão bioética. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 35.

SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Direito da Infância e da Juventude.** São Paulo, v. 2, jul./dez. 2014.

SPAREMBERGER Raquel Fabiana Lopes; THIESEN Adriane Berlesi. **O Direito de saber a nossa história:** identidade

genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os direitos humanos: Da teoria à prática.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016

VIEIRA, Tereza Rodrigues; AMATO, Eliana Zamarian. Adoção, Bioética e o Direito de conhecer a própria origem. **Revista Jurídica Consulex**. a. XIV, n. 322, jun./2010.

VILELA, Adriana, Accioly de Lima. O Artigo 27 do ECA – Direito ao Estado de Filiação *Versus* Projeto de Lei nº 1.184/2003 – Filiação de Crianças Nascidas Através de Reprodução Assistida e o Anonimato do Doador – Uma Leitura sob a Ótica do Princípio Constitucional da Dignidade. **Revista IOB de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 46, fev./mar. 2008.

ANÁLISE DOS CASOS CONHECIDOS COMO "INSEMINAÇÃO CASEIRA"

Marianna Passos[1]

Márcia Santana Fernandes[2]

Sumário: 1. Os casos de inseminação caseira. 2. Reprodução Assistida: aspectos médicos. 3. Sistema normativo e regulatório brasileiro e a reprodução assistida 4. Aspectos bioéticos. 5. Considerações finais. 6. Referências

1 OS CASOS DE *INSEMINAÇÃO CASEIRA*

Entender o direito não é meramente entender as leis, é preciso refletir a respeito dos temas com as repercussões na realidade social. É preciso ter um fundamento social para comprovar as realidades sociológicas. Entender o fenômeno jurídico da sociedade, como se desenvolvem certos fatos se torna essencial para evoluir como ciência jurídica e desenvolver o ordenamento.

Assim junto com a ideia de que o conhecimento no mundo atual se faz da interface multidisciplinar, de que o diálogo entre as áreas do conhecimento se faz necessário para se evoluir como sociedade e formar mentes capazes de reflexão dos problemas atuais, traz a tonta questão estudada. Instigante e muito atual, imprescindível os estudiosos não abrirem suas mentes para questionar o fenômeno trazido neste estudo.[3]

A *inseminação caseira* é o nome apelidado pela mídia para caracterizar forma alternativa de reprodução humana, aparentemente simples e inócua à saúde. O procedimento ocorre da seguinte maneira: O doador coloca o seu sêmen em um pote de coleta de exames e transfere para uma seringa. Este material é injetado na vagina da mulher, que necessita estar em período fértil. Após a "inseminação" a receptora fica com as pernas para cima em posição ginecológica. O exame de gravidez pode ser feito uma semana após o ocorrido.

De inicio cabe narrar o seguinte caso para melhor compreensão: Holland - o doador na *Internet*: Ressalta-se inicialmente que são muitos os casos relatados na *Internet*, e escolhemos para relato o caso de Holland, pois há boatos que ele seria considerado um dos maiores doadores de sêmen para realização de *inseminação caseira*.

Holland realiza *doação caseira* desde outubro de 2015, desde então, acredita ter colaborado com gravidez de, aproximadamente, 24 mulheres. Ele afirma ter realizado 150 doações até novembro de 2017. Para Holland a sua motivação é a "empatia e o exercício da imortalidade – para seus gens permanecerem por várias gerações".

A esposa de Holland ajuda a recolher a amostra. Holland, entende que não necessita realizar com frequência exames médicos e os faz anualmente, pois acredita que como o procedimento ocorre sem a prática de relação sexual, mas por meio de inseminação do sêmem por seringa, os riscos não existem. Holland e sua esposa mencionam que cobram somente um valor pela hospedagem das futuras mães, sem cobrar qualquer valor pela doação.

No caso de Holland, a condição imposta às receptoras é não ser acionado para pagar pensão alimentícia dos filhos gerados. Ele solicita a assinatura de um termo de isenção de responsabilidades para

[1] Advogada, formada pela PUCRS. Especialista em Processo Civil PUCRS. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência- LAPEBEC/HCPA. mariannagazalpassos@gmail.com.

[2] Doutora em Direito e Pós-Doutora em Ciências Médicas (UFRGS); Pesquisadora em nível de Pós-Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência- LAPEBEC/HCPA. Professora do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica do HCPA. marciasantanafernandes@gmail.com

[3] MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma reformar o pensamento. Editora Betrand Brasil. 8a ed. Rio de Janeiro, 2003.

reconhecer a paternidade e para não pagar alimentos. Uma das mães, que recebeu a doação de Holland, menciona que ele inclusive registrou um de seus filhos e, vê a criança uma vez por mês.

O caso tratado não é isolado, muito a mídia tem abordado este assunto e relatado diversas situações semelhantes. Tanto de casais homoafetivos femininos, que buscam o conhecimento do genitor e não o anonimato como no procedimento regulamentado, como, também, casos em que mães solteiras optam por este procedimento por ser mais "barato" que a inseminação artificial. Outra razão, é para permitir a convivência do doador com as crianças nascidas (frutos da *inseminação caseira).* [4]

A busca por estes doadores em todos os casos se assemelha, pela divulgação e contato através da internet. No entanto, cabe uma ressalva que existem casos que o doador exige relações sexuais ou solicitam um pagamento pela amostra.[5]

Analisando a situação mencionada, observa-se a dissonância e a falta de cuidado com a saúde, ignorados pelas pessoas que realizam a *inseminação caseira.* A área da Reprodução medicamente Assistida (RA) requer cuidados e estudos médicos e também a RA na pesquisa científica exige conhecimento e atenção a uma série de aspectos éticos e regulatórios, que obriga os médicos e os profissionais de assistência.

Os médicos devem respeitar e agir conforme o Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina (CFM)[6] e suas Resoluções, particularmente a Resolução CFM 2.168/2017[7] que estabelecem regras específicas de RA, obrigatórias para os médicos que realizam RA, conforme veremos no item 3 deste estudo. Assim como observar as diretrizes nacionais e internacionais de boas práticas assistenciais e de pesquisa, assim como os preceitos de Bioética.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ASPECTOS MÉDICOS.

A Reprodução Assistida abrange todas as técnicas nas quais a equipe médica ajuda o casal a obter a gravidez, incluindo inseminação artificial, fertilização *in vitro* e transferência de embriões, injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), transferência tubária de gametas, transferência de embriões congelados. Todos esses procedimentos são alternativas para aqueles casais que não conseguem engravidar.[8]

A inseminação artificial consiste na deposição do sêmen na cavidade uterina, quando a paciente está ovulando. Seria homóloga quando utiliza-se material do próprio parceiro ou heteróloga quando utilizado sêmen de doador.

A técnica consiste em um período de observação do crescimento folicular por ultrassonografia, podendo ou não ser utilizado medicação para estimular o desenvolvimento dos mesmos. Assim, é possível observar o crescimento dos folículos ovarianos e definir quando pelo menos um estiver acima de 16 mm para utilização do hormônio (HCG), que promove a ovulação em trinta e seis horas.[9]

As indicações para realizar inseminação homóloga são: a diminuição do número de espermatózoides, disfunções sexuais ou ejaculatórias, endometriose mínima, infertilidade sem causa aparente e casais infectados pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) ou outras doenças virais transmissíveis sexualmente. No caso de casais sorodiscordante (um positivo outro negativo), cujo homem é infectado o procedimento de

[4] http://g1.globo.com/globo-news/globo-news-documentario/videos/t/outros-programas/v/especial-arriscada-inseminacao-caseira-cresce-no-brasil/6531611/ > 15/3 às 8:09

[5] https://g1.globo.com/bemestar/noticia/os-brasileiros-que-doam-esperma-para-inseminacoes-caseiras.ghtml > 15/3 às 8:08

[6] Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. > 12/03/2018 às 17h30: http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual

[7] Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.168/2017. > 12/03/2018 às 17h30 : https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168.

[8] PASSOS, E.P., ALMEIDA I.C., FAGUNDES, P.A.P. Reprodução Assistida. p. 53-70. In: PASSOS, E.P., ALMEIDA I.C., FAGUNDES, P.A.P. **Quando a Gravidez não acontece.** Porto Alegre, ARTMED, 2007.

[9] PASSOS, E.P, DURLI, ICL, TERRACIANO, P.B, MONTENEGRO, I., GOMES D. **Terapêutica do Casal Infértil e Reprodução Assistida**. p. 655-665. In: PASSOS, E.P, RAMOS. J.G, MARTINS-COSTA, S. MAGALHÃES.j, MENCK, C., FREITAS F. Rotinas em Ginecologia. Porto Alegre, ARTMED, 2017.

lavagem seminal e inseminação artificial reduz significativamente o risco de transmissão viral.[10]

Em relação à iseminação heteróloga é indicada para casos onde o homem não tem espermatozoides de maneira irreversível.

Previamente a realização do procedimento os casais devem ser avaliados, de acordo com a Agência Nacional de Vigilância e Saúde, conforme o primeiro *Relatório de Amostras Seminais para uso em RA*, que os exames de sorologia viral até seis meses e exames de Zika vírus ate cinco dias antes do procedimento e os demais exames que devem ser feitos com a amostra. Neste sentido, devem os bancos ser fiscalizados periodicamente segundo a Agência, para assim as clínicas garantirem o seu padrão de acordo com o determinado na regulamentação.[11]

É importante, portanto, que os procedimentos de RA garantam a segurança das mulheres que se submetem à inseminação artificial e todos os envolvidos neste tratamento de saúde, inclusive as futuras gerações.

Na falta de lei especifica sobre RA a prática nesta área – clínica ou de pesquisa deve seguir os princípios gerais direito e regras específicas estabelecidas no ordenamento jurídico pelas RDCs da Anvisa, Resoluções formuladas para pesquisa com seres humanos pelo sistema CEP/CONEP e nas regras deontológicas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

3 SISTEMA NORMATIVO E REGULATÓRIO BRASILEIRO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Constituição da República Federal do Brasil (1988) é a base de todo o sistema normativo brasileiro, caracterizado como um sistema de *Civil Law*. O sistema jurídico brasileiro funciona como um mosaico normativo onde as regras gerais e as leis específicas podem ser usadas separadamente ou em conjunto de acordo com seu escopo e os conhecimentos e competências necessários para resolver problemas específicos ou questões legais.

Neste sentido, o sistema deve ser visto como um todo e quaisquer lacunas regulamentares, devem ser abordados por meio de outras fontes de direito, como a jurisprudência, os negócios jurídicos e os costumes sociais reconhecidos. Integram, também o sistema os tratados internacionais ratificados e assinados pelo governo brasileiro.

As leis específicas estão restritas as áreas definidas em sua competência, por exemplo, a Lei 9782, de 26 de janeiro de 1999, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A ANVISA é uma autarquia sob regime especial e que tem a finalidade de promover *a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.*[12]

A ANVISA, por meio da Resolução de Diretoria Colegiada/ANVISA RDC n. 29, de 12 de maio de 2008 criou o Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio, atualizado pela RDC n. 23/2011. Esta determina a reunião dos dados referentes aos números de ciclos realizados para retirada de óvulos, dos últimos cinco anos, no país. Isto é, o objetivo não são coletar o número de fertilizações *in vitro* realizadas, mas sim o número de ciclos realizados, que podem ou não ter resultado em fertilizações.

O número Clínicas de Reprodução Assistida atualmente cadastradas na ANVISA é 160 estabelecimentos, sendo que o percentual de adesão dos mesmos e seus respectivos BCTGs ao SisEmbrio é de 141 estabelecimentos, correspondendo 88%.[13]

---

[10] Idem.

[11] http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/3322895/Relatório+de+Importação+de+Amostras+Seminais+para+Reprodução+Humana+Assistida/76918a48-685c-4891-a80b-a60b607b7940 > 19/03/2018 às 18h

[12] http://portal.anvisa.gov.br/institucional 16/03/18 às 7:57

[13] ANVISA. Resolução de Diretoria Colegiada, RDC 29, de 12 de maio de 2008. Brasília. > 12/02/2018 às 8h30. http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_29_2008_COMP.pdf/a788050c-275a-4480-badf-5567048d621c . 12/03/2018

O Brasil não tem um lei que regulamente as atividades de reprodução assistida. Em razão disso, as clínicas de reprodução assistida embasam e fundamentam suas atividades, além das determinações da ANVISA, em regras deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM) e regras e princípios gerais de direito, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O Conselho Federal de Medicina por meio de Resolução 2.168/2017 regula a prática de RA no Brasil. Em seu item quarto do tópico primeiro garante o consentimento informado dos envolvidos no procedimento, para que as partes envolvidas tenham total conhecimento do que implica o procedimento e possam com liberdade decidir se estão de acordo com o mesmo. Em relação as clínicas de RA é previsto uma série de cuidados para garantir que o material e os procedimentos ocorram com a maior segurança.[14]

> III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA
>
> As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:
>
> ***1*** - um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição)com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados.
>
> ***2*** - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.
>
> ***3*** - um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.
>
> 4- Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

Ainda, a Resolução- CFM 2.168/2017, número 5, item 4 garante o anonimato do doador e no seu item sexto o controle de natalidade por doador, para não haver proximidade entre filhos do mesmo genitor.[15]

É importante destacar também que no Brasil, todos os projetos envolvendo seres humanos devem ser analisados por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), em respeito da Resolução 466/2012. A Resolução 466/2012 é emitida pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), sistema ao qual todos os CEPs devem estar cadastrados, chamado sistema CEP/CONEP.

Existe uma importância no fato do procedimento ser feito através da observância e cuidados médicos, sendo as doações cadastradas em um banco e o material doado passa por análise de doenças e controle de nascimentos. Neste sentido, a ANVISA é o órgão fiscalizador sobre as clínicas e em relação aos bancos de doação, para tudo ser feito da forma mais segura. O controle de natalidade é obrigatório para os bancos e clínicas de reprodução, ou seja, somente duas crianças nascidas de sexos diferentes por um milhão de habitantes.

A adequação da RA se fundamenta no Brasil também nos preceitos constitucionais e regras gerais. A Constituição Federal da República do Brasil (1988) baseia-se no princípio do respeito pela dignidade humana (artigo 1o), garante os direitos fundamentais e o respeito pela integridade humana (artigo 5o). Parte-se do entendimento que a vinculação entre o Estado de Direito, Constituição e os direitos fundamentais são vistos sobre o aspecto da concretização do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo ele a consolidação de um novo modelo de ordenamento o qual coloca a proteção da pessoa como centro da ordem jurídica.[16]

A integridade humana constitui uma cláusula fundamental, conhecida como *Clause Petra*. Esta

[14] Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.168/2017. Acceso en: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. 12/03/2018.

[15] Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.168/2017. > https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. 12/03/2018 às 17h30.

[16] SARLET, Ingo. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13a ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2018. p.63.

cláusula garante a imutabilidade desses direitos, ou seja, o artigo 5º não pode ser diminuído, suprimido ou alterado em detrimento das pessoas por qualquer ato normativo, mesmo por uma emenda constitucional, e é considerado o núcleo de todo o sistema normativo, apesar de não serem absolutos. Ainda, esses direitos exprimem valores que incidem sobre todos os ordenamentos, o dever de proteção dos direitos fundamentais irradia sobre as outras normas legais. Assim, pode-se ter um guia para a aplicação e interpretação da ordem jurídica. [17]

Desta forma, o ordenamento brasileiro segue o entendimento que os bens corpóreos não são objetos de comércio, ou seja, bens extra commercium. Tem-se como base o artigo 199 § 4º da Constituição Federal.[18] Este artigo expressamente determina que a lei deve fornecer a condições e requisitos que facilitam a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, transformação e transfusão de sangue e produtos sanguíneos, mas proíbe todo tipo de comercialização.[19]

Da mesma forma, o princípio da não comercialização estão presentes nas Leis de Transplante de Órgãos, 9434/1997 e 10211/2001 (Artigo 9), que afirmam que a doação de partes do corpo, tecidos e órgãos humanos para fins terapêuticos ou para transplante terapêutico deve ser realizada como atos de altruísmo (Brasil, Lei 9.434 / 1997). Neste sentido, outras declarações normativas afirmam o mesmo princípio, citamos: a Lei de Doação de Sangue, 1.075 / 1950, afirma que a doação deve ser voluntária e não remunerada e a Lei de Biossegurança, 11.105 / 2005 (artigo 6 °, seção VII), proíbe expressamente o uso do corpo humano para fins comerciais, marketing, patentes e restrições de licenças da patente, apesar de autorizar embriões humanos para realização de pesquisas com células tronco.[20]

O Código Civil também engloba o entendimento da pessoa humana como *valor fundante* de proteção e cuidado pelo ordenamento.[21] Neste sentido, temos o respeito pela autodeterminação, como exemplo a doação de órgãos (artigo 13); disposição do corpo para pesquisa após a morte (artigo 14); o direito de recusa a tratamento médicos (com exceção de emergências) (artigo 15).[22]

O objetivo da não comercialização de bens do corpo de qualquer tipo busca o respeito da pessoa humana e a sua não coisificação. A monetarização de bens do corpo fomenta a ideia que o mesmo poderia ser uma via de sustento.

A doação no Brasil deve ser altruísta e solidaria[23] e está determinação possuem um valor social e moral e com base neste fundamento o sistema normativo protege a liberdade de doar partes do corpo ou material biológico humano ou mesmo material genético. Neste sentido, deve pautar a motivação para

---

[17] Fernandes MS, Silla L, Goldim JR, Martins-Costa J. (2017) J Community Genet. 2017 Jul;8(3):199-208. doi: 10.1007/s12687-017-0303-y. Epub 2017 May 29. > https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28555435 12/03/2018 às 17h40.

[18] "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."

[19]FERNANDES, M. S. (2014) **As patentes envolvendo partes do corpo humano e a atividade de biobancos.**, p. 117–140; In: PONS, M. (Ed.). . Judith Martins-Costa. (Org.). Modelos de Direito Privado. 1. ed. São Paulo, Brasil.

[20] Fernandes MS, Silla L, Goldim JR, Martins-Costa J. (2017) J Community Genet. 2017 Jul;8(3):199-208. doi: 10.1007/s12687-017-0303-y. Epub 2017 May 29. > https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28555435 > 12/03/2018 às 18h.

[21] Reale, M.**História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Ver también: Reale M (2004) Direitos de Personalidade. Available at: http://www. miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm> 15/01/2015 às 18h.

[22] Lei n°10.406/02 > vide: Fernandes, M. S., Silla, L., Goldim, J. R., & Martins-Costa, J. (2017). **Brazilian legal and bioethical approach about donation for research and patents of human body parts**. *Journal of Community Genetics*, *8*(3), 199–208. http://doi.org/10.1007/s12687-017-0303-y

[23]Adopting the distinction between altruism and solidarity made by Prainsack and Buyx (2012), we quote: "altruism is a more general attitude towards (all) others, whereas solidarity comprises concrete practices within a community of people who are sharing certain things in common. (…) That is solidarity as a recognition of similarity with one (or more) other people in one relevant respect can take many forms: It entails the awareness of being associated – by choice, by 'fate', or other circumstances, with others." (Prainsack, B. and Buyx, A.; p. 346, 2012)> in > Fernandes, M. S., Silla, L., Goldim, J. R., & Martins-Costa, J. (2017). Brazilian legal and bioethical approach about donation for research and patents of human body parts. Journal of Community Genetics, 8(3), 199–208. http://doi.org/10.1007/s12687-017-0303-y

doação de gametas desde que de forma controlada e medicamente assistida. [24]

Desta forma, a doação é um ato lícito de manifestação livre da vontade de natureza não patrimonial – um negócio jurídico existencial. O fundamento deve ser o altruísmo e a solidariedade, por meio da manifestação de vontade livre, sem qualquer coação ou retribuição econômica ou desejos egocêntricos de imortalidade.[25]

Desta forma, a lacuna legal não autoriza a permissibilidade de situações que possam colocar em risco a saúde das pessoas ou o fato de não haver previsão legal que expressamente proíba a realização da chamada *inseminação caseira* e o procedimento seria permitido é no mínimo questionável. Em uma sociedade que o fundamento regente é o da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e da personalidade, exige que esta situação fática, complexa, necessite de reflexão.

A doação, para inseminação heteróloga, realizada nas clínicas devem ser cuidadosamente organizada e registrada junto à ANVISA para minimizar riscos à saúde. A iniciar pelas regras que especificam a engenharia e arquitetura e os procedimentos de funcionamento laboratórios (como limpeza, higiene, esterilização, etc.). Também, a forma da coleta, armazenamento, controle do material biológico coletado – que devem ser organizados por meio de procedimento operacionais padrão (POPs), estabelecidos com base no conhecimento consolidado pelo estado da arte e pelas evidencias científicas.

Igualmente regras deontológicas, emitidas pelo Conselho Federal de Medicina devem ser observadas – tanto no que concerte aos aspectos técnicos-médicos como quanto aos aspectos éticos para justificar a doação do material genético.

Os cuidados na doação de gametas são internacionais. A título de exemplo, mencionamos a característica dos Estados Unidos da América (EUA). Neste país, diferente do Brasil, a venda de gametas é permitida e mesmo assim existe regulamentação e controle dos doadores de esperma. Nos EUA o processo de doação passa por várias etapas e de 100 homens que são chamados após a primeira seleção somente 1% chega ao final do procedimento sendo considerado apto à doar, tudo com base em análise das amostras de esperma. Igualmente, se estuda o histórico médico do doador e de seus familiares, para especificar a seleção.

Este detalhamento e cuidados ocorrem para impedir a transferência de material contaminado e busca-se garantir que a amostra, no caso comprada, não possua um histórico genético de doenças graves.[26]

No Brasil, há cuidados claramente previstos nos casos de doação de sêmen, por exemplo há previsão de anonimato para doações e há o controle de natalidade por doador. [27] Ainda, são feitos exames no material doado para prevenir doenças sexualmente transmissíveis. Desta forma, a chamada *inseminação caseira* vai de encontro com toda a regulamentação, fiscalização e cuidados que as clínicas são submetidas RA.

A compreensão interdisciplinar do tema se faz necessária, pois permite uma visão diversificada e complexa. A perspectiva da Bioética promove esse olhar ampliado sobre o tema e permite uma compreensão mais aprofundada de preceitos morais e éticos.

4 ASPECTOS BIOÉTICOS

A Bioética é um campo interdisciplinar, como propõe Onora O'Neall[28]. Campo é um conceito fundamental para compreensão da complementariedade interdisciplinar em que atua a Bioética, para refletir sobre questões éticas complexas e plasmadas em um mundo plural e culturalmente diversificado.

[24] Fernandes, M. S., Silla, L., Goldim, J. R., & Martins-Costa, J. (2017). **Brazilian legal and bioethical approach about donation for research and patents of human body parts**. *Journal of Community Genetics*, *8*(3), 199–208. http://doi.org/10.1007/s12687-017-0303-y

[25] Fernandes, M. S., Silla, L., Goldim, J. R., & Martins-Costa, J. (2017). **Brazilian legal and bioethical approach about donation for research and patents of human body parts**. *Journal of Community Genetics*, *8*(3), 199–208. http://doi.org/10.1007/s12687-017-0303-y

[26] ALMELING. Rene. **SEX CELLS - the medical market for eggs and sperm**. University of California Press. London, England, 2011.

[27] Resolução CFM Nº 2168/17: "(…) IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. (…)"

[28] O´NEILL, O. **AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS**. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY, 2002.

Campo na perspectiva de Bourdieu *são os lugares de relações de forças que implicam tendências imanentes e probabilidades objetivas. Um campo não se orienta totalmente ao acaso. Nem tudo nele é igualmente possível e impossível em cada momento. (...) O campo é um jogo no qual as regras do jogo estão elas próprias postas em jogo.*[29]

A Bioética tem como objetivo tratar dos dilemas da humanidade e do seu meio ambiente, como afirmou Potter[30]. Por isso, ela é composta pela confluência de numerosas disciplinas - tais como a Filosofia, a Medicina, a Biologia, a Sociologia, a Antropologia, a Economia, o Direito – e ela própria não é uma disciplina.[31] Portanto, no campo da Bioética devem ser observadas concepções sobre temáticas que envolvem a sociedade e o meio ambiente apresentadas por diversas perspectivas, provenientes da sociedade organizada - organizações governamentais, não-governamentais, indivíduos e instituições – e por situações fáticas, concretas.

Goldim define a visão integradora da Bioética como um espaço que permite uma reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre adequação das ações envolvendo a vida e o viver a partir das definições da Bioética Profunda de Potter.[32,33]

A reflexão sobre a vida se dá principalmente dentro de uma visão biológica e o viver na perspectiva de estar no mundo, ou seja, de poder se relacionar com as pessoas. O Modelo de Bioética Complexa proposto por Goldim visa integrar, por meio do diálogo, os diferentes referenciais teóricos possíveis, como os princípios, os direitos humanos, as virtudes e a alteridade, incluindo também a experiência de casos relacionáveis. [34]

O Modelo de Bioética Complexa estabelece, portanto, um método prático, que visa obter a síntese do processo interdisciplinar e a resolução de situações de maior complexidade.[35,36] Ele permite integrar o processo de tomada de decisão envolvido em questões bioéticas práticas. Os elementos básicos considerados neste Modelo são: o problema ou conflito que desencadeia a necessidade de uma reflexão bioética; as informações, que servem para identificar os fatos e as circunstâncias envolvidas; as alternativas possíveis e as suas respectivas consequências; o referencial teórico e o repertório de casos que podem ampliar a compreensão das circunstâncias envolvidas; os interesses envolvidos e o sistema de crenças e da afetividade.[37]

As situações de *inseminação caseira,* na perspectiva da Bioética, não são adequadas. A espetacularização e a banalização do procedimento de reprodução assistida (que é tratamento médico e que envolve riscos) é evidente nestas situações. Outro ponto delicado é que estes anúncios na mídia, aparentemente inócuos, estimulam atos indevidos e com alto risco. É importante frisar que a RA deve ser praticada, em um sistema organizado, por profissionais habilitados e conhecedores dos riscos envolvidos na prática médica.

A permissibilidade da *inseminação caseira* sem observância dos controles cientificamente previstos coloca em risco a sociedade e todo um sistema de regras e práticas alicerçadas no conhecimento científico e médico. A Teoria do *Slippery Slope* se aplica no caso. *Slippery Slope* ocorre quando uma ação, aparentemente de menor ou nenhuma repercussão inicial, agrava-se progressivamente e, em função da falta de previsibilidade e de reflexão dos riscos, mesmo pouco prováveis, propaga-se, acarretando muitos prejuízos. [38,39]

---

[29] BOURDIEU, Pierre. ***Os Usos Sociais Da Ciência: Por Uma Sociologia Clínica Do Campo Científico****, p. 27 e 29* (São Paulo: UNESP, 2004).

[30] POTTER, V. R. **BIOETHICS: A BRIDGE TO THE FUTURE**. NEW JERSEY: PRENTICE HALL, 1971.

[31] O´NEILL, O. **AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS**. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY, 2002.

[32] POTTER, V. R. **BIOETHICS: A BRIDGE TO THE FUTURE**. NEW JERSEY: PRENTICE HALL, 1971.

[33] MORAES, L. S.; FERNANDES, M. S. **Aspectos Médicos, Bioéticos e Jurídicos do Uso de Material Genético na Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* - a partir de um estudo casuístico** - http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/334, acessado em 6/3/18 às 9:37

[34] GOLDIM, J. R. **BIOÉTICA: ORIGENS E COMPLEXIDADE**. REVISTA HCPA, PORTO ALEGRE, V. 26, N. 2, P. 86-92, 2006.

[35] GOLDIM, J. R. **Bioética e interdisciplinaridade. Educação, Subjetividade & Poder**, Porto Alegre, v. 4, p. 24-28, 1997.

[36] GOLDIM, J. R. **BIOÉTICA: ORIGENS E COMPLEXIDADE**. REVISTA HCPA, PORTO ALEGRE, V. 26, N. 2, P. 86-92, 2006.

[37] FERNANDES, M. S.. **Bioética, Medicina E Direito de Propriedade Intelectual** (São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012).

[38] HOLM, S. **Not just autonomy: the principles of american biomedical ethics**. In: HARRIS, J. (Ed.). **Bioethics**. Oxford: Oxford University, 2001.

[39] GOLDIM, J. R. **Ensaios de Bioética**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2018.

Observa-se no caso da *inseminação caseira* que as motivações para sua prática são muitas - sejam elas o desejo de gestar, os custos, questões de gênero, entre outras – entretanto nenhuma delas deve sobrepujar os fundamentos da sociedade brasileira - a dignidade dos seres humanos - e o seu reconhecimento, independentemente, da situação ou condição de existência. E na perspectiva do modelo de bioética complexa, os desejos, as crenças e os interesses podem ser estudados, mas não devem ignorar aspectos objetivos envolvidos nos deveres de prestação de saúde exigidos no país.

Neste sentido, entendemos que a situação de *inseminação caseira* não é adequada, visto que deixa os envolvidos em situação de vulnerabilidade, risco de contaminação e induz a falsas expectativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *inseminação caseira* é uma prática com consequências à saúde e aos cuidados reconhecidos para realização da reprodução medicamente assistida. A lacuna legislativa na matéria de RA não pode ser a justificativa para permitir esta prática e pior ela ser amplamente divulgada na mídia, sem apresentar o contraponto dos riscos associados a esta prática.

Na falta de lei especifica sobre reprodução assistida a prática nesta área – clínica ou de pesquisa - seguem as determinações dos princípios gerais de Direito e regras específicas apresentadas, nas RDCs da ANVISA, nas Resoluções formuladas para pesquisa com seres humanos pelo sistema CEP/CONEP e nas regras deontológicas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

As clínicas de RA possuem fiscalização e cuidado regulamentado pela ANVISA e pelo CFM, para, obrigatoriamente, seguir as melhores práticas. Desta forma, os envolvidos no tratamento devem ser cuidados e protegidos de possíveis danos nos procedimentos e nas futuras gestações.

A Bioética igualmente tem papel relevante para destacar a inadequação ética da *inseminação caseira*. Esta percepção é fundamental para mantermos o respeito aos seres humanos, evitando o *empalidecimento moral*[40] e sua *autocoisificação*[41].

Por fim, existem inúmeras implicações médicas, jurídicas e bioéticas, como buscamos objetivar neste estudo. Entendemos que o tema merece atenção e alerta, na falta de controle, fiscalização e inércia de informação à sociedade dos riscos da prática chamada de *inseminação caseira*.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Institucional. > http://portal.anvisa.gov.br/institucional. 12/03/2018.

ANVISA. 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Brasília. > http://portal.anvisa.gov.br ou file:///Users/Marcia/Downloads/10%C2%BA%20Relat%C3%B3rio%20do%20Sistema%20Nacional%20de%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20Embri%C3%B5es%20-%20SisEmbrio.pdf .12/03/2018

BOURDIEU, Pierre. ***Os Usos Sociais Da Ciência: Por Uma Sociologia Clínica Do Campo Científico***, (São Paulo: UNESP, 2004).

BRASIL (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . 12/03/2018.

BRASIL (1997) Lei de Transplante de Órgãos. Lei n° 10.211, de 23 de Março de 2001 e Lei n° 9.434. Brasília. > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm 12/03/2018.

[40] HABERMAS, J. **Escravidão Genética? Fronteiras Morais dos Progressos da Medicina de Reprodução**, in *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo, Littera Mundi, 2001, 209.

[41] HABERMAS, J. ***Ciência y Técnica como Ideologia***. Trad. De Manuel Jimenez Redondo e Manuel Garrido. 4 ed, Madri, Tecnos, 2005, pp. 88-89, transcrito por MÓLLER, Letícia Ludwig. Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos à ciência. *Revista do Direito.* N. 23, jan/jun.2005, p. 74, nota 5, grifo nosso.

BRASIL (2002) Código Civil: Lei 10. 406. Brasilia. > http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. 12/03/2018

BRASIL (2005) Lei de Biossegurança: Lei n° 11.105. Brasília. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm . > 10/01/2015

Comissão Nacional da Unesco Portugal. > http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf > 5/3/18 às 12:18.

Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.168/2017. > https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168 > 19/03/2018.

Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica.> http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual 12/03/2018.

FERNANDES MS, Silla L, Goldim JR, Martins-Costa J. (2017) J Community Genet. 2017 Jul;8(3):199-208. doi: 10.1007/s12687-017-0303-y. Epub 2017 May 29. > https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28555435 12/03/2018.

FERNANDES, M. S. (2014) **As patentes envolvendo partes do corpo humano e a atividade de biobancos**., p. 117–140; In: PONS, M. (Ed.). . Judith Martins-Costa. (Org.). Modelos de Direito Privado. 1. ed. São Paulo, Brasil.

FERNANDES, M. S.. **Bioética, Medicina E Direito de Propriedade Intelectual** (São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012).

GOLDIM, J. R. **Bioética: origens e complexidade**. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, 2006.

GOLDIM, J. R. **Bioética e interdisciplinaridade**. **Educação, Subjetividade & Poder**, Porto Alegre, v. 4, 1997.

GOLDIM, J. R. 10 **Ensaios de Bioética**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2018.

HABERMAS, J. (2001). **Escravidão Genética? Fronteiras Morais dos Progressos da Medicina de Reprodução**, in *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. Littera Mundi, São Paulo.

HABERMAS, J. (2005) ***Ciência y Técnica como Ideologia.*** Trad. De Manuel Jimenez Redondo e Manuel Garrido. 4 ed, Madri, Tecnos, 2005, pp. 88-89, transcrito por Móller, L. L.. Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos à ciência. *Revista do Direito.* N. 23, jan/jun.2005.

HOLM, S. **Not just autonomy**: the principles of american biomedical ethics. In: HARRIS, J. (Ed.). **Bioethics**. Oxford: Oxford University, 2001.

Jornal da Globo: https://g1.globo.com/bemestar/noticia/os-brasileiros-que-doam-esperma-para-inseminacoes-caseiras.ghtml > 15/3 às 8:08

Jornal Folha de São. http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1927109-inseminacao-caseira-ganha-impulso-com-pai-real-e-custo-quase-zero.shtml > 3/3/2018 às 11:16

MARTINS-COSTA, J.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. (2007) **Lei de biossegurança: revisitando a medusa legislativa**. In: Nicolau Junior, M. (Ed.). Novos direitos. Paraná: Juruá, Brasil.

MORAES, L. S.; FERNANDES, M. S. **Aspectos Médicos, Bioéticos e Jurídicos do Uso de Material Genético na Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* - a partir de um estudo casuístico** - http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/334, acessado em 6/3/18 às 9:37

MORIN, E. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma reformar o pensamento. Editora Betrand Brasil. 8a ed. Rio de Janeiro, 2003.

O´NEILL, O. **Autonomy and trust in bioethics**. Cambridge: Cambridge University, 2002.

PASSOS, E.P., ALMEIDA I.C., FAGUNDES, P.A.P. Reprodução Assistida. In: PASSOS, E.P., ALMEIDA I.C., FAGUNDES, P.A.P. **Quando a Gravidez não acontece.** Porto Alegre, ARTMED, 2007.

PASSOS, E.P, DURLI, ICL, TERRACIANO, P.B, MONTENEGRO, I., GOMES D. **Terapêutica do Casal Infértil e Reprodução Assistida**. p. 655-665. In: PASSOS, E.P, RAMOS. J.G, MARTINS-COSTA, S. MAGALHÃES.j, MENCK, C., FREITAS F. Rotinas em Ginecologia. Porto Alegre, ARTMED, 2017.

POTTER, V. R. **Bioethics**: a bridge to the future. New Jersey: Prentice Hall, 1971.

REALE, M. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Ver también: Reale M (2004) Direitos de Personalidade. Available at: http://www. miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm. > 15/01/2015 às 8:30

SARLET, I. W. (2004) **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. 3. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Brasil.

SARLET, I. W. **Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental**. *In*: Draiton Gonzaga de Souza; Francisco Jozivan Guedes (Orgs.) Filosofia e Interdisciplinaridade. Editora Fi. Porto Alegre, 2015.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13a ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2018.

ALMELING. R. **SEX CELLS - the medical market for eggs and sperm**. University of California Press. London, England, 2011.

GT13: SOCIAL AND LEGAL SYSTEMS I E II (RCSL/ISA)

DISCURSO MÍTICO E DIFERENCIAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: O RISCO DE DESTEMPORALIZAÇÃO DIANTE DO PROBLEMA DE FUNDAMENTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA

Athena de Oliveira Nogueira Bastos[1]

RESUMO: Diante do problema da presença de um discurso mítico na fundamentação jurídica, o que implica em um processo de destemporalização mesmo após a diferenciação pela secularização, utiliza-se método dedutivo bibliográfico e parte-se das teorias míticas e da teoria sistêmica para analisar qual a perspectiva da última. Abordar-se-á: a) a função social dos mitos na relação entre a sociedade e o tempo; b) a fundamentação da teoria jurídica clássica no processo de diferenciação do sistema jurídico, em contraste à perspectiva sistêmica da sociologia do Direito; e c) as implicações da narrativa fundamental na destemporalização do Direito pós-diferenciação e as perspectivas da teoria sistêmica para a construção dos códigos jurídicos. O Direito é um sistema com código próprio. No entanto, como linguagem, demanda a elaboração de uma justificativa comunicativa original. A relação histórica com o sistema religioso, de comunicação tipicamente mítica, influenciou na produção de uma narrativa jurídica fundamental com resquícios de lógica mítica mesmo após a diferenciação dos dois sistemas pelo processo de secularização, o que implica em um processo de destemporalização. Conclui-se que o sistema jurídico, apesar do processo de diferenciação pela secularização, ainda reproduz comunicação sob uma lógica mítica. Se como linguagem a justificação é imprescindível, é preciso reconhecer os elementos de influência e a necessidade de uma reformulação da narrativa jurídica, de modo a reproduzir um discurso que seja mais apropriado a um sistema de códigos próprios, sem ignorar o diálogo constante com os demais sistemas sociais.

Palavras-chave: Direito e Religião. Sistemas. Mitos. Narrativa fundamental.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é decorrente da pesquisa realizada em âmbito de mestrado, na qual se estuda a transposição da lógica soteriológica presente na literatura cristã para o discurso jurídico mesmo após o processo de diferenciação dos sistemas, de modo a ocasionar um processo de destemporalização do Direito. Diante da ineficácia teórica jurídica de garantia do progresso universal e diante da presunção de uma onipotência jurídica, buscou-se compreender elementos capazes de fornecer uma justificativa para a lógica operante no processo de comunicação jurídica, através de um pensamento sistêmico.

A Teoria do Direito contemporânea encontra lacunas que não podem ser explicadas apenas pela razão jurídica moderna. Mesmo diante de teorias como o principialismo e o garantismo[2], destaca-se a necessidade de recorrer a recursos extrajurídicos para a confirmação da uma realidade que extrapola o controle pretendido pelo Direito. E conforme a sociedade da razão autoriza, por essas lacunas, justificações de influência transcendental, retorna o questionamento da função do Direito. Percebe-se que, apesar do discurso racional do direito, algo de transcendente permanece na experiência jurídica, a qual pretende possuir poderes ilimitados tal quais os deuses que emanam leis, não obstante posicione-se como capaz de, isoladamente, garantir a construção de uma sociedade idealizada – embasada em uma espécie de mito da salvação pelo progresso.

---

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Florianópolis), na área de Teoria e História do Direito. Bacharela em Direito pela UFSC. Bolsista do CNPq. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/6946288553792220. *athena.bastos@hotmail.com.*

[2] O paradigma constitucionalista em desenvolvimento no período pós Segunda Grande Guerra se subdividirá em duas grandes vertentes: a vertente principialista, denominada "neoconstitucionalismo", expoente da teoria do americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy; e a vertente garantista, teoria defendida pelo italiano Luigi Ferrajoli.

Apesar do processo de diferenciação dos sistemas sociais decorrente do racionalismo moderno, o Direito ainda permanece embasado numa justificativa mítica de poder e salvação. Quando analisada a relação entre a fundação e a organização das sociedades arcaicas com os mitos, percebem-se semelhanças na conexão do Direito com a sua narrativa fundante e com a lógica mítica. Por essa razão é preciso compreender se ele arroga para si o caráter mítico de salvação, com o intuito de reconstruir uma teoria jurídica mais eficaz em uma sociedade constituída de sistemas que dialoguem entre si e que considere a individualidade dos membros componentes – não apenas a generalização promovida por um grupo dominante – e os mecanismos de poder exercidos sobre eles.

Diante do exposto, pretende-se responder, por método dedutivo e pesquisa bibliográfica, a partir das teorias do mito e do pensamento sistêmico, se a fundamentação tradicional do direito promove um processo de destemporalização ao reproduzir uma lógica mítica. Para tanto, pretende-se: a) analisar a função social dos mitos na relação entre a sociedade e o tempo, de modo a compreender a função mítica diante da historicidade e da materialidade relevantes ao pensamento teórico jurídico racional moderno; b) analisar a fundamentação fornecida para o Direito pela teoria jurídica clássica no processo de diferenciação do sistema jurídico, em contraste à perspectiva sistêmica da sociologia do Direito; e c) analisar as implicações da narrativa fundamental na destemporalização do Direito pós-diferenciação e as perspectivas que a teoria sistêmica pode oferecer na construção dos códigos jurídicos.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS MITOS NA RELAÇÃO ENTRE SOCIEDADE, TEMPO E FUNDAMENTAÇÃO

"O homem entende o poder segundo sua concepção e vivência da temporalidade"[3] afirma Marramao (1995, p. 11). O conceito de tempo e o modo através do qual as diferentes sociedades lidaram com ele, no entanto, não são unânimes. O que se verifica, por meio da história social, são teorias embasadas nas características em comum, das quais derivam as hipóteses míticas do tempo. Na mesma medida em que a preocupação com o tempo condiciona as sociedades, as teorias temporais são condicionadas por elas. E por trás das práticas instituídas, encontram-se narrativas desenvolvidas para fundamentar a origem não registrada pelos testemunhos e o poder exercido desde o ponto original de uma linha do tempo imaginária.

A memória é o modo através do qual as sociedades buscam responder à questão de sua origem. Mediante a construção memorial, o passado, o presente e o futuro se conectam na validação da realidade social. E enquanto fator inerente à concessão de sentido da existência coletiva e dos destinos individuais, na concepção de François Ost (2005), é também a memória a primeira forma do tempo jurídico instituinte. Constitui-se como um método de impedimento à antinomia por meio da recriação de um passado, entre o imaginário e o racional, em que a identidade coletiva crie suas raízes. Conforme o autor:

> "Composto", o passado é inicialmente tanto quanto muito amplamente construído, escrito a partir do presente. A memória, que é admitida lhe restituir, mostra-se efetivamente uma faculdade singularmente paradoxal: esperava-se encontrar uma competência subjetiva e individual, vamos descobri-la objetiva e social; nós a pensávamos passiva, inata, recebida e espontânea, nós a descobrimos ativa, construída e normativa; poderíamos acreditar que se acumula, e eis que a apreendemos posta em movimento a partir do presente e de suas questões; esperava-se, enfim, poder opô-la antes que ela engloba o esquecimento, do qual não poderia totalmente se diferenciar destas diversas inversões de perspectiva (OST, 2005, p. 51).

Diante da impossibilidade fática de rememoração e explicação puramente empírico-histórica, narrativas cumprem com o papel de justificação. É na esfera cultural, cujos contornos são fortemente influenciados pela lógica mítica, que se desenvolverá uma memória coletiva, em que o imaginário fundamentará os mecanismos sistemáticos e sociais. Da palavra grega *mythos*, os mitos caracterizam-se, na linearidade do tempo, como modelos paradigmáticos. Reproduzem, em eras posteriores, significados de eventos dos tempos principiais. Na perspectiva de Ost (2005, p. 24), "a elaboração cultural do tempo é

[3] Importante fazer a ressalva de que Marramao (1995), assim como outros autores, utiliza a palavra "homem" na pretensão de universalidade, sem atentar-se às discussões de gênero na reprodução de discursos, o que culmina na exclusão de outras individualidades.

questão de progresso das técnicas, tanto quanto desafio de poder". Já de acordo com Mircea Eliade (1992), os mitos são construções narrativas elaboradas com o intuito de difundir e preservar a história da sociedade humana e que, como aponta Campbell (2008, p. 17), tipicamente "constituem modelos para essa sociedade em determinada época".

Os mitos são, na perspectiva de Campbell (2008), os aspectos metafóricos da transcendência[4], comunicados, no plano material, pelas áreas de conhecimento. Preenchem a segunda etapa de acesso ao desconhecido, o qual segundo o autor é experimentado pela verdade, pelo mito e pela comunicação. A transmissão mítica se verifica em âmbitos que não somente o religioso e a arte (o modo mais difundido de manifestação do transcendente[5]), mas também nas áreas conduzidas pelo pensamento racional da sociedade contemporânea, tais como a história, a biologia e as demais áreas de conhecimento[6]. Segundo o autor, a vida contemporânea despiu-se do pensamento mítico como orientação em direção ao futuro. O rápido ritmo de mudança – acerca do qual Marramao (1995) explanará em uma análise da proliferação de tempos incoerentes – impõe uma restrição à crença mítica tradicional e implica em contornos diferentes dos modelos antigos. As representações, no entanto, permanecem a guiar a experiência individual e coletiva no alcance do que a lógica racional moderna não pode aferir. O caminho revela-se, logo, conversão e tradução de outras mitologias.

A modernidade representou um marco na relação da sociedade com a história. Foi nesse período "que o ritualismo memorial ganhou a sua mais pública expressão [...]. Mas ele também foi, e não por acaso, o 'século da história', isto é, o século da edificação da ideia de nação (CATROGA, 2015, p. 31). Os Estados-Nação se fortaleceram no âmbito político, fato acompanhado também de transformações sociais, econômicas e culturais. Também os símbolos se transformaram diante das inovações, e buscou-se a legitimação no passado, motivo pelo qual a história e as formas de memória coletiva, enquanto estruturas de uma identidade, ganharam relevância. Caracterizou-se, assim, como século da "metamemória", isto é, das representações compartilhadas pelos indivíduos, no qual predomina a chamada "recordação-imagem".

As imagens recriadas com o advento da modernidade auxiliaram também na concepção de uma história evolucionista. A degradação do tempo, já objeto dos mitos arcaicos, exige novos modelos por meio dos quais possa ser combatida. Cada sociedade estabelece ritos através dos quais seus membros possam participar dos mitos fundamentais e reverter, simbolicamente, o processo de corrupção material. Esses ritos, por sua vez, são instituídos pelo próprio mito original. Em consequência a essa função mítica, a reinvenção da tarefa de recordação e dos ritos característicos dos mitos, em aspecto cíclico, é motivada pela busca de sentido social, em que o passado é escolhido como condutor da evolução futura (CAMPBELL, 2008; CATROGA, 2015; ELIADE, 1992).

Culturas variadas desenvolvem a ideologia da restauração do mundo. Profetizam a regeneração na iminência do fim, que é acompanhada de um tempo e espaço ideal, de acordo com Eliade (1992). As condições terrenas de sofrimento conduzem o ser humano à imaginação de uma realidade diversa na qual as dores materiais sejam findadas. Campbell (2008, p. 32) disserta que "tradicionalmente, a primeira função de uma mitologia viva é conciliar a consciência com as precondições da sua própria existência – quer dizer, com a natureza da vida". A vida é seguida da morte, pressuposto do qual nenhum ente biológico consegue escapar. De igual modo, a ideia de que as atitudes mundanas podem ter impacto nas condições de um mundo finito é manifesta pelo secularismo moderno, através de sua defesa do progresso[7].

O indivíduo arcaico, conforme Eliade (1992), rejeita o tempo profano, sua historicidade e, logo, sua finitude. Porém, tal qual escreve Catroga (2015, p. 8), não é um aspecto que se restringe apenas a

[4] A transcendência, segundo Campbell (2008), seria a esfera do desconhecido, pertencente ao âmbito do inconsciente.

[5] Transcendente, nesse sentido, é utilizado como a esfera do desconhecido, que foge ou ainda não foi canalizado pela esfera do pensamento empírico-racional.

[6] Embora não faça referência específica ao Direito, é possível inferir, pelo que afirma Campbell (2008), que a área jurídica, considerada uma ciência moderna, também estaria inclusa na forma comunicativa dos mitos, pois escreve que a comunicação está ligada a áreas tais como a história e a ciência.

[7] Para Marramao (1995), a lógica do progresso é a forma pela qual se busca a direção rumo ao futuro no plano terreno, em semelhança ao modo como o futuro idealizado é percorrido no âmbito transcendental.

este indivíduo; pelo contrário, "[...] o homem conta histórias como protesto contra a sua finitude"[8]. Na valorização da experiência metafísica recria ritos para ascender ao tempo mítico, uma remissão ao tempo originário. É ao começo dos tempos que o indivíduo atribui a origem das normas e instituições, razão pela qual as alcança no retorno proporcionado pelos mitos. O tempo e a proximidade da morte conduzem-no a um afastamento do tempo ideal, provocado pela corrupção terrena e embasado na visão cíclica natural. Assim, somente os rituais instituídos pelos mitos podem colocar fim ao ciclo dos pecados e reiniciar a experiência terrena em maior proximidade àquelas normas e instituições reveladas no início.

O retorno ao começo remete, segundo Ost (2005) à nostalgia do tempo. Em referência ao pensamento platônico[9], o autor disserta que a ilusão do tempo compensa as adversidades da realidade material. Do mesmo modo que nos mitos arcaicos trabalhados por Eliade (1992) como formas de recusa ao tempo histórico, a eternidade, como figura de destemporalização de Ost[10], transforma-se, pois, em resposta à imperfeição do mundo evidenciada pelo decorrer do tempo. Escreve o autor:

> [...] o tempo seria como a marca de um mundo imperfeito e apanágio de criaturas mortais, condenadas a mudar sem nunca poder fixar-se em uma identidade qualquer. As formas desta nostalgia de um tempo que não iria envelhecer são diversas, tal qual, entre outras, a concepção cíclica do eterno retorno que daria oportunidade ao tempo para que se reciclasse, em intervalo regular em *illud tempus* das origens (OST, 2005, p. 25).

O sentimento de nostalgia e de revolta contra o tempo concreto, bem como a preocupação com o futuro, verifica-se também nas sociedades seculares, ainda que sob aspectos diferentes. Como Campbell (1997) coloca, os mitos exercem forças que continuam a influenciar tanto os aspectos da vida privada quanto da vida pública. Através dos mitos, pois, estabelece-se uma relação entre passado, presente e futuro, na qual o presente é tanto definido pela experiência do passado quanto pela perspectiva – esperanças e temores – do futuro. O futuro por sua vez é condicionado por um presente que se torna seu passado e por um passado que justifique a idealização, enquanto origem do ideal. O futuro é, desse modo, pré-configurado pelo passado idealizado, parte do imaginário social (OST, 2005).

3 A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA JURÍDICO E A PROBLEMÁTICA DO FUNDAMENTO

De acordo com Luhmann (1983), Direito é um fato social e possui como função a organização da sociedade, na qual sempre haverá regras de convivência que delimitem um ordenamento com o propósito de excluir outros. A teoria jurídica clássica apela à narrativa contratualista para explicar o surgimento da instituição do Direito. No entanto, Luhmann critica esta visão, ao negar a visão da sociedade como um conjunto de corpos sociais. De acordo com seu ponto de vista, o sistema jurídico é decorrente de um processo evolutivo de exclusão do homem concreto e representa uma importante estrutura da sociedade. É "imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas" (LUHMANN, 1983, p. 170).

No processo evolutivo explorado pelo autor, historicamente os sistemas experimentaram aumento de sua complexidade. Consequentemente, as estruturas sociais se modificaram ao ponto de uma diferenciação

[8] O fim inevitável é abordado também por Ost através da figura da entropia. A entropia é uma grandeza que mede a desordem das partículas. Pelas leis da termodinâmica, o universo tende à ordem em medida crescente até o alcance do fim inevitável. "No plano cultural, esta vertigem se traduz por uma 'pane da historicidade', entendida como a dificuldade crescente de nossas sociedades para se inscreveram numa duração significante" (OST, 2005, p. 27).

[9] Platão (2014) desenvolve a filosofia de separação entre o mundo das ideias e o mundo das aparências. Em sua ideia de uma república ideal, a lei sábia e racional é a condição para a justiça no plano da vida; e aos justos é garantido o retardamento no perecimento natural pelos males. O tempo futuro, porém, não se restringe ao porvir material, mas se entende para além da morte. A preocupação com uma existência além da vida presente adquire relevância na determinação do bem e do mal, do justo e do injusto e, portanto, da ética e do tratamento da lei.

[10] François Ost (2005) escreve acerca da destemporalização ou recusa do tempo, quais sejam reações às mudanças provocadas no tempo histórico, através de quatro figuras: "a nostalgia da eternidade", "a vertigem da entropia", "a tentação do determinismo" e "o risco de 'discronia'".

funcional. Inicialmente, formaram-se sistemas parciais funcionalmente específicos, a partir dos quais forçou-se um processo de seletividade de projetos normativos. Nas sociedades arcaicas, as funções sociais concentravam-se no escopo familiar, de modo que não exigia a formação de sistemas complexos. No entanto, o aumento no número de indivíduos e o distanciamento entre eles para além do nível familiar implicou também no aumento de complexidade das relações sociais e, consequentemente, nas normas de regulação. As modificações na sociedade, que passam por um processo de aglutinação e expansão política conduz a um desenvolvimento gradual do direito. O poder, gradativamente, passa da esfera do parentesco para esferas relativamente autônomas (LUHMANN, 1983).

No Direito das culturas antigas, a complexidade aumenta em relação ao Direito arcaico. Já houve um processo de diferenciação segmentária e já existe um grau de diferenciação funcional a exemplo dos campos político e econômico, embora ainda não seja pleno. À parte a esses centros de diferenciação, a grande massa populacional permanece em um estilo de vida próximo ao do modelo arcaico, guiadas pelas relações de parentesco. Desse modo, o Direito permanece vinculado a outros sistemas, sobretudo o religioso. Em alguns casos, o Direito consegue se desvincular da religião, mas permanece conectado à política e economia de grupos familiares. De acordo com Luhmann (1983, p. 202), o Direito é:

> [...] transmitido em bloco sem poder ser suficientemente controlado e desenvolvido processualmente – apresentando por isso alguns traços pouco práticos e resultando frequentemente em uma aplicação bastante arbitrária [...]. Apesar da abstração do pensamento religioso, suas esquematizações conceituais não puderam desenvolver aquela capacidade de assimilação, aquela confrontação com experiências problemáticas que tanto admiramos no direito romano; a experiência especificamente jurídica não serve de base para o controle e desenvolvimento intrínseco, mas é transmitida como corpo literário, objeto de tratamento erudito.

Infere-se, portanto, que o Direito, antes de construir códigos próprios, compartilhava a lógica inerente a outros sistemas. As estruturas de comunicação próprias a ele somente se diferenciarão na medida em que o aumento da complexidade social exigir a especificação sistêmica. O progresso da complexidade na sociedade e nos sistemas gera, dentro das instituições, conjuntos de elementos comunicativos, caracterizados, principalmente, pela diferenciação hierárquica entre elementos superiores e inferiores. A essas categorias correspondem papéis e tarefas, através das quais se exerce a comunicação assimétrica concretizada em torno da ideia de instrução (própria dos papéis superiores) e obediência (própria dos papéis inferiores). A fixação desses papéis permite a expectativa de um determinado desempenho e não apenas sua eventualidade. Disso decorre o surgimento de novas projeções normativas (LUHMANN, 1983).

O problema das teorias contratualistas criticadas por Luhmann (1983) não consiste apenas na ideia de que a norma surja do ambiente em que o homem se situa, mas também por que razão continua a transmitir dentro dos códigos jurídicos, elementos comunicativos próprios de outros sistemas, sob a justificativa da racionalidade moderna. A ficção do contrato social serve ao propósito de recriar, teoricamente, a unidade quando do processo de diferenciação pela secularização. Entretanto, revela-se como uma substituição da justificativa divina pela metáfora do contrato e suas consequentes obrigações; não é, efetivamente, uma proposta de construção de elementos comunicativos puramente jurídicos

Ost (2005, p. 39) conecta a lógica jurídica contratualista, marco do processo de secularização, à lógica mítica, ao afirmar:

> [...] pela instituição da promessa – arquétipo de todo comprometimento normativo, nele incluso o da lei, desde que a pensemos nos termos do contrato social -, a sociedade apropria-se de seu futuro, garantindo-o contra o imprevisível radical, conferindo-lhe de qualquer modo um passado: o acontecimento da aliança que marca a época.

A ficção do contrato social é a justificativa no tempo originário de um direito salvador, que se posiciona diante da promessa de reunir indivíduos que submetem à lei na recriação de uma ordem ideal ou perfeita. Por essa perspectiva, como aponta Catroga (2010), na sociedade secular não haveria um rompimento efetivo com a transcendência da religião, mas uma herança que transporta para o profano aspectos do transcendente, ou como, coloca Warat (1979), a formulação de mitos modernos mesmo diante do discurso do pensamento científico.

A partir desse viés, o contrato social é uma narração desenvolvida pela sociedade secular para sanar a ausência de justificativa derivada do afastamento da religião e que arroga em sua própria construção preceitos antes pertencentes à esfera da religião. É, logo, a ficção que justifica e dá sentido à existência de um ordenamento jurídico, porquanto remete ao elo social originário de um tempo anterior e externo ao tempo histórico, tal qual nos mitos cosmogônicos e escatológicos. O contratualismo que fundamenta o direito ocidental é uma ficção de "destemporalização" ao seguir a lógica de um tempo originário ideal de saída do caos, cuja degradação somente é reparada por meio de sacrifícios garantidores da salvação futura (CATROGA, 2010; ELIADE, 1992).

A teoria funcionalista atual tenta explicar a inversão sobre a qual Catroga (2010) discorre através da construção de religiões civis e políticas, nas quais são formados, nos âmbitos seculares, conjuntos de crenças e símbolos que fundamentem a sociedade racionalizada da mesma forma que os mitos fundamentavam as sociedades arcaicas. A fundamentação dessa teoria embasa-se, sobretudo, na dificuldade dos contratualistas, aos quais se atribui a origem da teoria secular do Direito[11], de ater-se apenas às teorias biológicas para explicar o pacto contratual. Diante da insuficiência das ciências biológicas, desenvolveram teorias contratuais que remetem a elementos teológicos e que, em muitos momentos, culminam em propostas que extrapolam a esfera secular, "seja a suposição, em concomitância com as justificações imanentes, de uma base transcendente e de um fundo escatológico para a sociedade política; seja a sacralização da própria sociabilidade, ou das entidades que a consubstanciam" (CATROGA, 2010, p. 100).

Imprescindível é questionar, entretanto, do mesmo modo que realiza Catroga (2010, p. 119), "por que é que a sociabilidade não se bastava a si mesma, havendo a necessidade de se recorrer a uma religião civil? Esta não será uma desconfiança na capacidade que a vontade geral teria para sintetizar e ultrapassar o individualismo subjacente à sua gênese e legitimação"? Para além do pensamento de Catroga, seria uma necessidade do Direito, mesmo pela perspectiva sistêmica, a reinvenção de mitos que conduzam à transcendentalidade ou uma condição decorrente do modo como sua teoria foi desenvolvida, de uma passagem de um culto a um deus a um culto aos homens? Se, historicamente, a ficção contratual foi o marco inaugural da diferenciação pela secularização[12], é possível que a comunicação jurídica tenha sido produzida com base nessa transposição de discursos. Quiçá isso explicasse, como levanta Warat (1979), alguns dos conflitos vislumbrados na atualidade jurídica, acerca de um direito reprodutor de ideologias, de sua pressuposta onipotência sob a promessa de salvação pela lei.

4 A DESTEMPORALIZAÇÃO PÓS-DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL: INDÍCIOS DA LÓGICA MÍTICA NO DIREITO SECULARIZADO

Nas culturas consideradas avançadas por Luhmann (1983), a argumentação é um aspecto relevante do processo jurídico. A complexidade dos sistemas avançados dá origem a cada vez mais conflitos e está em constante processo de seletividade. Cada vez mais, também, revela-se uma interdependência entre os sistemas parciais da sociedade. O direito assume o papel de resolução dos atritos decorrentes do aumento dos aspectos de dependência e independência. No entanto, como atividade exclusiva do jurista não pode ser suficiente à realidade, sendo preciso conciliá-la com a segurança de uma legislação.

A modernidade trouxe, então, a supremacia do racional[13], e o processo de secularização, por Catroga (2010, p. 21), deve ser entendido "como uma paulatina distinção entre o século e as objectivações dogmáticas e institucionais do religioso como Igreja". A desvinculação do Estado e da religião acarretou em

[11] Embora as teses jusnaturalistas contratualistas – as quais possuem como autores clássicos Hobbes, Locke e Rousseau – tenham sido sucedidas por teses jusracionais e neocontratualistas, permanecem no imaginário jurídico, na medida em que a elas se atribui a teorização secular do direito, não obstante ainda sejam utilizadas para justificar pensamentos contemporâneos (CATROGA, 2010).

[12] O marco inaugural da diferenciação pela secularização no sentido de que foram as primeiras teorias a serem utilizadas para justificar a forma jurídica dissociada do âmbito religioso, desenvolvidas em um período de criação dos Estados Nacionais e ainda de absolutismo, mas que deram margem para a produção de outras teorias propriamente jurídicas.

[13] Por racional, não se quer excluir a racionalidade ou lógica dos pensamentos destoantes. Faz-se, pelo uso da palavra, referência à racionalidade científico-jurídico promovida pela modernidade, sobretudo após a separação entre Direito e Religião, e intensificada com o advento das teorias positivistas e da busca por verdade objetivas.

modificações na esfera política e jurídica, tendo o Estado absorvido a aura transcendente da religião. Por meio da justificativa racional, secularizada e humanista, arrogou para si o ideal de bem comum – a herança de sua relação com a religião[14].

Simultaneamente à construção de um direito pautado pela legalidade ditada pelas tendências positivistas, surgiu um direito pretensamente capaz de operar sobre todos os sistemas sociais. Ignorou-se, contudo que "os fenômenos da sociedade contemporânea interligam-se em uma teia em que início, fim, causa e consequência estão vinculados" (BAGGENSTOSS, 2015, p. 11). O que se extrai da realidade e teoria jurídica difundida é a legitimação de um direito fundado na idealização de um projeto salvador. O processo de racionalização seguido de uma secularização, transportou ao direito, como aborda Warat (1979), a lógico mítica já verificada em sociedades anteriores. No mesmo sentido, escreve Ost (2005, p. 59):

> A laicização do mundo e a secularização do direito, iniciadas desde a modernidade, não enfraqueceram verdadeiramente este laço estrutural da memória com o sagrado fundador. Não há, de fato, nenhum Estado moderno que possa ficar sem um romance institucional das origens, dos quais as comemorações dos acontecimentos fundadores fornecem, em intervalos regulares, não a simples lembrança no modo da "rememoração" mas uma autêntica revitalização no modo da 'regeneração': como se a virulência mesmo do passado mítico fosse requisitada para se irradiar de novo no presente".

A inserção do aspecto histórico no mecanismo mítico propiciou o surgimento de uma lógica mítica exclusivamente terrena, na medida em que já não é preciso negar as condutas corruptíveis da materialidade. Ainda que Campbell (1997) reforce que os mitos influenciam a esfera pública tanto quanto a esfera privada, e ultrapasse Eliade (1992) na perspectiva do encerramento da lógica mítica[15], defende que houve um afastamento da humanidade em relação aos mitos na progressão histórica. A mitologia continua a influenciar a sociedade, mas sob aspectos mais sublimes da experiência coletiva e individual e já não tanto institucionalizados. Warat (1979) tenta reformular a caracterização tradicional do mito ao transpô-lo para a aplicação na teoria do direito contemporâneo. Por sua defesa, os mitos permaneceriam institucionalizados enquanto inerentes ao discurso público. Conforme o autor:

> O mito em sua significação mais arcaica, pode ser visto como um processo de compreensão do mundo. Tal processo consiste na substituição do tempo histórico-objetivo por uma sucessão de fábulas que apresentam as ações e acontecimentos como a concreção de protótipos eternos ritualmente alcançados. Baseando-se na apresentação da História como manifestação fatal da natureza, ou seja, a História como produto apriorístico de uma pretensa razão universal, o poder do mito, ou sua funcionalidade efetiva descansa no estar fora e acima do tempo ou sua historicidade (WARAT, 1979, p. 128).

Warat (1979, p. 128) prossegue em sua reformulação e estende o mito à esfera da ideologia política contemporânea. Conceitua-a de modo a afirmar que "[...] o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia". O conceito de mito por ele utilizado ultrapassa, então, o pensamento clássico no sentido de inserir-se também nas categorias do pensamento científico, o que não implica em negação da influência do mito nas sociedades antigas, pesquisada por Eliade ou Campbell, mas em transposição da lógica mítica também às sociedades ditas secularizadas, uma vez que determinante na manifestação ideológica do discurso e na reprodução de formas sociais hegemônicas. O mito é uma narrativa ou "um discurso cuja função é esvaziar e pacificar as consciências, fazendo com o que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente" (WARAT, 1979, p. 129).

O direito é também um discurso e se utiliza das formas de linguagem para se posicionar no tempo.

[14] Catroga (2010) defende que a mensagem humanista cristã, sobretudo as propostas de igualdade e universalidade, influenciou a construção de direitos humanos. No entanto, é preciso fazer a ressalva de a igualdade e a universalidade propostas pela literatura cristã não eram ilimitadas; exigiam o cumprimento do requisito da fé e não se propunham a serem concretizadas no momento presente, mas sim num plano futuro.

[15] Eliade (1992), como abordado, limita à lógica mítica e o processo de destemporalização aos indivíduos religiosos e arcaicos. Na medida em que a humanidade se assume sua historicidade e coloca-se como parte do tempo – processo de temporalização – a lógica mítica desaparece. Campbell (1997), contudo, defende da transmutação da lógica mítica. Ela sai de uma esfera que reúne política, direito e religião, para ser alcançada de outras formas inconscientes.

Em retomada ao pensamento de Luhmann (1983), identifica-se que, à diferenciação funcional do sistema jurídico, é imprescindível o desenvolvimento de um código de comunicação próprio, através do qual a atividade jurídica se efetive. A evolução de um sistema consiste na seleção e estabilização das inovações produzidas por ele que sejam bem-sucedidas e, de modo a transmiti-las através da comunicação realizada por códigos próprios.

A identidade, a memória e a capacidade de processo de um povo podem ser definidos e moldados através do registro narrativo, o que acarretará em consequências no modo de produzir e interpretar o direito. François Ost (2005, p. 13) escreve que "[...] a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: [...] o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade". Acima de tudo, a construção do direito parte de uma premissa do imaginário coletivo capaz de justificar a autoridade com que se impõe. Consoante Siqueira (2011, p. 54):

> "O direito [...] tem como ideal ainda mais pretensioso a regulação desses anseios e dessas necessidades sociais. Consolida-se como parte do discutido imaginário social, pois representa a mais óbvia tentativa formal de se retratar a vida de uma sociedade em determinado período histórico. A constituição de um Estado é, consequentemente, um dos mais claros exemplos de imaginário proposto por uma coletividade para ela mesma." (SIQUEIRA, 2011, p. 54).

A defesa de um direito como narrativa não se limita à concepção principialista de Dworkin (2000)[16], embora, por si, a tese de um direito hercúleo já denuncie o aspecto narrativo mítico do direito contemporâneo. Afora a teoria do romance em cadeia, o Direito pode ser compreendido por seu aspecto discursivo, argumentativo ou retórico. Warat (1979) pontua que o Direito é um discurso produzido por seres humanos. Do mesmo modo, explica Baggenstoss (2015, p. 18) que, "considerando a sociedade um sistema de comunicações em sua dinâmica, tem-se que o grupo social criou e autoproduziu comunicações representativas de um dado modelo de linguagem".

A sociedade pode ser considerada como um universo de comunicações no qual se inserem sistemas dotados de linguagem própria. O advento da modernidade culminou na separação dos códigos linguísticos próprios dos respectivos sistemas sociais. Desse modo, a diferenciação funcional de que se fala quando do processo de secularização remete às especializações semânticas. No entanto, o processo de diferenciação não implica no isolamento dos sistemas, mas no reconhecimento de que, funcionalmente separados, permanecem em diálogo[17] com os demais. (BAGGENSTOSS, 2015; LUHMANN, 1983).

Na medida em que o discurso mítico – seja através da compreensão de Cambell (1997) e Eliade (1992),

[16] Dworkin (2000), originário de um sistema de *Common Law*, em que os precedentes exercem papel fundamental da atividade judiciária, desenvolve a teoria de um direito como um romance em cadeia. Desenvolve a tese da "hipótese estética", em que "a literatura ocupa a posição de método de interpretação do direito. A tese consiste na alegação de que a interpretação da obra literária tende a indicar qual modo de ler um texto jurídico é a melhor, esteticamente, de maneira que o direito seja considerado uma obra de arte" (BASTOS, 2017, p. 101). Compara a atividade de um juiz à produção de um artista. Enquanto um escritor precisa construir capítulos ou romances que se conectem com os antecedentes para dar sentido à história, o juiz precisa se basear nas decisões anteriores para produzir um direito coerente ao seu contexto. Não implica isto na impossibilidade de inovação, pois, como um artista, cabe ao juiz também elaborar a decisão mais adequada – ou mais aperfeiçoada esteticamente, mais "bela" pela perspectiva social –, em uma mediação entre a consciência história jurídica contextual e a individualidade dos casos. Apesar da especificidade do sistema de *Common Law*, que é preciso destacar para melhor compreensão da teoria, é possível relacioná-la com a história e a prática jurídica brasileira, sob o sistema de *Civil Law*, reconhecida a importância jurisprudencial na atividade judiciária. A principal crítica a Dworkin deve-se, no entanto, não à pressuposição de uma coerência no que concerne à tradição jurídica, mas à pressuposição de onipotência da figura do juiz, comparado à figura mítica de Hércules, um semi-deus reconhecido pela força e capacidade de superação dos árduos trabalhos que lhes são impostos.

[17] Todos os sistemas, embora cognitivamente abertos e operacionalmente fechados, estabelecem conexões com os demais sistemas. Todos estão em contato com o mesmo ambiente, onde estabelecem pontos de diálogo, tais como sinapses. Cada sistema opera, assim, como uma célula em um organismo. Operar de modo fechado significa dizer que cada sistema possui uma estrutura e lógica própria, o que implica em processo de autopoiese. Como em uma célula, há uma membrana que fecha o sistema em sua funcionalidade, mas que é dotada de permeabilidade seletiva. Do mesmo modo, cada célula e cada sistema exercem uma função no organismo e na sociedade. As estruturas e a complexidade do sistema condicionam-se reciprocamente. Ao mesmo tempo em que a estrutura regula a complexidade do sistema, é estabelecida com base na complexidade do meio em que ele se insere (LUHMANN, 1983).

que o abordam mais conexo à esfera religiosa, seja através da compreensão de Warat (1979), que estende a lógica mítica à concepção de ideologia, mais proeminente na esfera política, embora ainda influente na esfera jurídico – está presente em sistemas diversos do sistema jurídico, o qual com eles estabelece conexão – algumas das quais inclusive exploradas por Luhmann (1983) –, é preciso atentar-se para os efeitos produzidos por essas intersecções sistêmicas.

Não obstante, caso se considere que o Direito é um sistema e que possui a sua própria linguagem, é preciso reconhecer que esta foi produzida pelos indivíduos componentes desse sistema[18], e que, como tais, buscam uma justificação para a produção e recorrem, na impossibilidade de uma comprovação empírica, às narrativas. Pela lógica da justificação no imaginário coletivo, a produção da linguagem opera sob um mecanismo semelhante ao das teorias míticas, sejam elas de teor psicológico, filosófico ou antropológico. O direito pode ser compreendido por seu viés descritivo, uma vez que descreve as relações humanas tal qual na literatura e nas narrativas míticas. Descreve, como dissertam Olivo e Siqueira (2016), as relações por meio de escolhas influenciadas pelo princípio da segurança jurídica e da função social. Compreendido, portanto, o direito como espécie de narrativa social, imprescindível é o reconhecimento da dinâmica de desenvolvimento da linguagem e de como ela molda a sociedade.

Conclui-se, pela consideração história e discursiva, que o Direito está intrinsecamente relacionado não apenas com o tempo, mas com a memória coletiva e suas narrativas. É o tempo que institui o direito, na medida em que confere força à sua aplicação. Uma lei não necessariamente se pretende eterna; pretende-se, contudo, eficaz em um momento determinado da história coletiva, motivo pelo qual a temporalidade é essencial à compreensão dos efeitos jurídicos. Portanto, a situação no tempo é o que promove a criação de uma ficção jurídica, da qual não se pode excluir a norma originária (OST, 2005).

Motivado pelos eventos do passado e do presente, guiado por uma promessa futura, o Direito constrói-se em processo semelhante, no que concerne à função do tempo, aos mitos que Eliade (1992). Acerca das Constituições e do tempo originário do direito, Ost (2005, p. 17) elabora:

> [...] é sobre uma medida em quatro tempos que se toca esta partitura. Lado do passado: a memória e o perdão; lado do futuro: a promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se libera de uma linhagem de precedente tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos comprometimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria.

A ideia de um Direito como emissário universal, condutor da salvação terrena pelo espírito da lei[19] é um aspecto decorrente da secularização do Estado. O termo secular, derivado da palavra em latim seculum, é também referente ao tempo. Enquanto política, direito e religião eram sistemas de tênue separação, o plano terreno era qualificado como "lugar do pecado e do tempo lapso e diminuído" (CATROGA, 2010, p. 55). Secular, portanto, era o aspecto em contraste à eternidade da salvação mítica, o tempo corrupto finito da existência, nos quais se realizavam as atividades cotidiana que não referentes aos ritos míticos.

A secularização, entretanto, é tão metafórica quanto as referências narrativas míticas, tal qual introduzido por Marramao (1995). A origem da secularização é do âmbito jurídico, quando da determinação de expropriação dos bens eclesiásticos em favor dos Estados-Nação recém-formados. Em seguida, o processo de diferenciação do sistema religioso, pelo que se conheceu semanticamente através do termo secularização, expandiu-se para as demais esferas sociais: em seguida ao Direito, ao campo histórico-político; posteriormente, ao campo ético e sociológico. Nessa etapa, a secularização assume "o significado de

[18] Luhmann (1983) exclui os indivíduos dos sistemas. Segundo o autor, os indivíduos posicionam-se no meio, de modo a estabelecer comunicações com os sistemas e suas estruturas próprias. Ainda que, como meio, exerçam influência nas atuações sistêmicas, esta ocorre de modo indireto conforme sua teoria, uma vez que as estruturas sistêmicas agem segundo mecanismos próprios, mas em adequação aos estímulos do ambiente. Baggenstoss (2015), porém, apresenta a tese de que os indivíduos pertençam e atuem dentro dos sistemas e suas estruturas, de modo a interferir diretamente na atividade sistêmica.

[19] Warat (1979) fala de um culto ao "espírito legislador", na medida em que é proveniente de um sistema de *Civil Law*, em que a atividade legislativa adquire maior destaque na condução da atividade jurídica. Em um sistema de *Common Law*, falar-se-ia de um culto ao "espírito do judiciário".

categoria genealógica capaz de conter em si o sentido unitário da evolução histórica da sociedade ocidental moderna" (MARRAMAO, 1995, p. 30).

O processo de secularização transformou a sociedade ocidental, de modo que a antítese condutora do desenvolvimento se transportou da oposição entre imanência e transcendência para o contraste entre o passado e o futuro. Dele, portanto, decorreu um processo de "temporalização" do mundo, também explicado por Ost (2005) em sua abordagem do risco de "destemporalização". A "temporalização" ou "mundanização" é o processo de ascensão da tensão mundana entre o passado e o futuro em que a humanidade, situada no plano do profano ou na experiência do tempo histórico finito, torna-se o centro da vida política e jurídica. O processo é reafirmado por "ideias de emancipação, progresso e capacidade autonômica que a razão teria para dar transparência aos imperativos da ética e das leis da natureza, assim como para aumentar o poder transformador do homem sobre o mundo" (CATROGA, 2010, p. 59).

Em outras palavras o processo de "temporalização" implica no aumento da relevância do fator tempo, por seu aspecto histórico materialista, na construção social. Implica na exclusão, portanto, do tempo mítico transcendental, cuja retomada dá-se pelo processo de destemporalização – reposicionamento no plano externo. Na medida em que o tempo histórico – um presente profano entre um passado e um futuro – assume o lugar da oposição entre a imanência e a transcendência, a regulação da esfera jurídica também se modifica. A função do direito assume, então, o papel de regulação do tempo social. De um lado, propõe-se a libertar a sociedade de seu passado. De outro, antecipa normas para um futuro ideal. E embora os dois períodos coloquem-se em pontos opostos da linha do tempo, reúnem-se na instituição da promessa de retorno ao tempo ideal (MARRAMAO, 1995; OST, 2005).

O que se revelou nas experiências do direito secular contemporâneo foi uma tentativa frustrada de garantir a salvação dos homens antes anunciada pela religião, mas nunca concretizada. Os esforços de alcance do bem-estar universal que se tornou objetivo dos Estados modernos, conforme se verifica nos tratados de direitos humanos e na inclusão de direitos fundamentais, não demonstraram na prática o sucesso que apresentavam na teoria. Ainda que sejam medidas necessárias a efetivação de uma sociedade mais justa, ignoraram as bases transcendentais pelas quais surgiram. E ao questionar-se somente a forma como a religião é excluída ou reintegrada ao direito e à sociedade, de modo geral, exclui da discussão o modo como a transição é feita e os elementos desta passagem que permanecem a influenciar a sociedade, de modo que possibilita uma reinvenção, muitas vezes despercebida, dos mitos no âmbito estatal, em que novas instituições assumem o posto antes ocupado pela religião.

Concomitantemente à ineficácia prática do direito, desenvolve-se o risco da imposição ideológica fundamentada na defesa de uma supremacia jurídica transcendental revestida de aspecto racional. Warat (1979) adverte para a ideologização de um direito constituído de mitos implícitos e não discutidos. Também discute Ost (2005, p. 26) acerca dos perigos de pretensão messiânica do direito, porquanto "é característico de todos os fundamentalistas projetarem-se neste fora do tempo fabuloso: que se tratasse de regressar ao tempo sagrado das origens [...] ou de se projetar nos amanhãs radiosos da escatologia".

Se a secularização implicou no processo de diferenciação dos sistemas religioso, político e jurídico, é preciso esclarecer, então qual o código pertencente a cada sistema. No entanto, é preciso reconhecer também as conexões estabelecidas historicamente e os próprios sistemas enquanto linguagem. E enquanto discursos, compreender os mecanismos de produção das narrativas fundamentais. Baggenstoss (2015, p. 3) escreve:

> O pensamento cartesiano, ou mecanicista, prioriza o processo analítico, em que se pretende a compreensão dos objetos com clara delimitação de suas fronteiras e com a sua decomposição, visando à simplicidade e ao reducionismo. Já o pensamento sistêmico reveste-se de um método preocupado com a integração e o dinamismo do todo, e, ainda, entre todo e outras totalizações. Assim, sua proposta é vislumbrar os princípios básicos de organização e a adoção do equilíbrio entre tendências opostas, como reducionismo e holismo, análise e síntese – o que o caracteriza como um método que incorpora contradições e complexidades.

Analisar o processo estritamente pelo método cartesiano, portanto, não conduz à efetivação da racionalidade jurídica proposta no processo de diferenciação. Pelo contrário, permite a negação de uma continuidade de fundamentos não descontruídos, na transposição de semânticas semelhantes para sistemas distintos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, extrai-se que não se pode limitar a lógica mítica à esfera religiosa, como se pretende pelas teorias clássicas do mito ou com o propõe uma teoria clássica do Direito. A humanidade recria narrativas em sua relação com o tempo e a história. Estudos de pesquisadores como Eliade (1992) e Campbell (2008) revelaram que os mitos exerciam a função de negar o tempo terreno em um processo de destemporalização ou de posicionamento fora da linha histórica. E, no entanto, apesar da defesa da materialidade científico-racional moderna ou da temporalização, percebem-se ainda argumentos, narrativas e discursos dentro da lógica jurídica que colocam o Direito em um ponto fora da história, na medida em que recriam um passado fictício e propõem uma salvação futura pelo nome de progresso, que apela à mesma universalidade a aspecto cíclico que os mitos temporais.

A linguagem e o inconsciente estabelecem conexões complexas que expandem para as dimensões da vida na recriação de justificativas que não podem ser alcançadas apenas pela racionalidade científica. O próprio discurso científico revela presunções justificadas por discursos míticos, como desenvolve Warat (1979). Enquanto sistema, o Direito é formado por linguagem. O processo de diferenciação funcional decorre da formulação de códigos próprios que o caracterizem como um sistema único e fechado, como expõem Luhmann (1983) e Baggenstoss (2015). Contudo, se historicamente as teorias recriadas para justificar a separação do direito dos demais sistemas, principalmente no processo de secularização, são embasadas em ideias míticas de um direito secularizado como defende Catroga (2010), ainda que se aborde materialmente e sociologicamente a estrutura jurídica, o mítico permanece a influenciar o imaginário jurídico e, consequentemente, seus códigos de comunicação.

Reconhecer a relação jurídica com as narrativas míticas, não deve servir ao propósito de legitimar quaisquer narrativas como fundamento, em uma alopoiese[20] sistêmica, mas de desconstruir as bases míticas originais no intuito de recriá-las em uma teoria mais adequada e coerente à realidade social. Significa reconhecer que a presunção jurídica de capacidade infinita de regulação dos demais sistemas e resposta universal a todos os problemas sociais não se efetiva senão embasada em uma ideia mítica tal qual a verificada em mitos religiosos, o que culmina em um processo de destemporalização do Direito, isto é, posiciona-o na função de salvação fora da linearidade histórica, mesmo após o processo de diferenciação social.

O Direito é um sistema funcionalmente diferenciado, mas cuja função não é – ou não deveria ser – uma onipotência salvadora, muito embora algumas teorias implicitamente defendam isso. Enquanto não houver uma ressignificação das funções e do imaginário jurídico, continuar-se-á a confundir os códigos dos sistemas, mesmo que na teoria, eles sejam diferenciados. E perpetuar-se-á uma prática jurídica justificada por uma teoria falha em suas promessas.

REFERÊNCIAS

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Teoria dos sistemas humanizada:** a modelagem garantista das funções jurisidiconal e legislativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BASTOS, Athena de Oliveira Nogueira. O estudo literário da bíblia e sua aplicabilidade no direito: uma proposta de interdisciplinaridade entre direito, literatura e religião. In: TRINDADE, André Karam; NETTO, Menelick de Carvalho (Org.). **Direito, arte e literatura** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI: Organização Conpedi. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 98-116. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/k4qd52y6/NMG146sFsm42bU7Q.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CAMPBELL, Joseph. **Mito e Transformação**. São Paulo: Ágora, 2008.

_____. **O herói de mil faces.** São Paulo: Cultrix, 1997.

CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césares:** secularização, laicidade e religião civil. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

[20] Baggenstoss (2015) utiliza o conceito de alopoiese como a perda de identidade de um sistema derivada da abertura para o ambiente e da incapacidade de fechamento nos códigos próprios.

_____. **Memória, história e historiografia**. Rio de Janeiro: Fgv, 2015. (Coleção FGV de bolso. Série História).

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELIADE, Mircea. **Mito do eterno retorno.** [ebook]. São Paulo: Mercuryo, 1992. Não paginado.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e Secularização:** as categorias do tempo. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli. Direito e literatura: perspectivas para um "novo" direito. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 321-358.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Bauru: Edusc, 2005.

PLATÃO. **A República**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. **Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus.** Vol. IV. Ed. da UFSC/Fundação Boiteux: Florianópolis, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, [1979].

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: A GENERALIZAÇÃO DE RELAÇÕES DE SUBINTEGRAÇÃO E SOBREINTEGRAÇÃO

Péricles Stehmann Nunes[1]

José Francisco Dias da Costa Lyra[2]

RESUMO: A pesquisa versa sobre as condições dos novos problemas do Estado Democrático de Direito frente aos países da modernidade periférica, especialmente, na experiência brasileira. Inicia-se por conceituar a concepção do Estado Democrático de Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Na sequência, utilizando-se o método sistêmico-construtivista, far-se-á análise das condições negativas da realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, caraterizada pelas relações de "subintegração" e "sobreintegração, usando como embasamento teórico as obras de Marcelo Neves. A partir das análises, se conclui que há expectativas na realização da construção de um regime de bem-estar renovado, mesmo em tempos de crise democrática, visando que o Estado deve criar possibilidades político-jurídicas estruturais favoráveis para a promoção da inclusão social.

Palavras-chave: Estado Democrático. Modernidade periférica. Subintegração- sobreintegração. Inclusão-exclusão.

1 INTRODUÇÃO

As reflexões e análises constantes no presente artigo busca compreender os elementos teóricos dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade complexa, sob o paradigma sistêmico de Luhmann, a fim de compreender os problemas que se referem ao conceito de acoplamento estrutural ligados à Constituição. Tendo em vista que se trata de um modelo teórico conceitualmente muito abrangente, analisam-se alguns de seus aspectos mais relevantes, tendo por objetivo apontar certas perspectivas básicas que viabilizem a compreensão dos novos problemas do Estado Democrático de Direito em face dos processos que se delineiam no sentido da urgência de uma promoção de inclusão social.

Nesse cenário, consoante as obras de Marcelo Neves, será abordada a temática da alopoiese do sistema jurídico, em que corresponde a um problema da modernidade periférica e da sociedade mundial do presente, partindo da afirmação que a sociedade moderna está vinculada a uma onda de desigualdades econômicas, provocadas pela globalização, especialmente na experiência brasileira, que ainda não experimentou uma adequada diferenciação funcional ou generalização da cidadania. Mostrando que pela falta de autonomia dos sistemas sociais, enfraquece-se a inclusão, emergindo relações de subintegração e sobreintegração, nos diversos subsistemas sociais.

Desse modo, uma vez que na modernidade periférica a dominação econômica tem tendências generalizantes, a democracia não se legitima, havendo uma falta de concretização normativo-jurídica, pois na prática do sobrecidadão, as disposições constitucionais são utilizadas ou rejeitadas conforme determinados interesses políticos, legitimando o uso retórico das normas constitucionais. E na prática de subcidadão, marcadamente excludentes, a Constituição, apesar de ter uma condensação rígida de princípios, não se apresenta como estrutura constitutiva dos direitos fundamentais.

[1] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: periclessn@gmail.com;

[2] Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Professor do Curso de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS. Também, leciona, na mesma instituição, as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - Campus de Santo Ângelo. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jfdclyra@tj.rs.gov.br;

Segue-se, no desenvolvimento, com a demonstração de que o Brasil vem, sobretudo vivenciando uma crise no Estado Democrático de Direito, uma vez que, os problemas estão relacionados com a conexão paradoxalmente complementar entre "legalismo" e impunidade, bloqueando à concretização normativa da Constituição, atingindo os procedimentos típicos de um Estado democrático: o eleitoral, o legislativo-parlamentar, o jurisdicional, o político-administrativo e a legalidade. Não se podendo falar de uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso de conteúdos e consenso de procedimentos.

Ao finalizar, impõe-se assim uma tentativa de enfrentar consequentemente essa conexão paradoxal de impunidade e legalismo, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, e principalmente na perspectiva da generalização da cidadania, implicando uma transformação social no plano estrutural. Portanto, esforça-se pela renovação e disseminação do Estado Democrático de Direito, pois são justificáveis na medida em que ele, de adeque para a promoção da inclusão social, ao combate das desigualdades sociais provocadas pelo código econômico, a proteção integral aos direitos humanos e direitos fundamentais, efetivando a inclusão das pessoas nos sistemas funcionais e gerando reconhecimento reciproco no âmbito das interações.

2 A COMPREENSÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA

A sociedade atual se sujeita a rápidas e profundas transformações, e tais mudanças "não só afetam as formas em que se organizam a vida humana. Não só abarcam o Estado e a economia, as comunidades religiosas, o direito e a educação".[3] Abarcam também o ambiente e as motivações do modo de vida das pessoas na sociedade. Assim, a concepção política do Estado de bem-estar se torna um novo instrumento de governo, tratando-se de um método de "reflexão sobre o sentido, as possibilidades e os limites da política sob as condições atuais e futuras. A reflexão é um tipo de práxis que merece uma maior atenção e cuidado que geralmente é dada na atualidade frente a possíveis problemas".[4]

O Estado Democrático de Direito, conforme o modelo sistêmico, apresenta-se como autonomia operacional do direito. Portanto, o sistema jurídico se reproduz a partir de um código binário (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis etc.). Isso, porém, de acordo Neves[5], "não é o suficiente para caracterizar o Estado de Direito, que pressupõe a diferenciação dos sistemas jurídico e político, resultando em um tipo de relacionamento específico entre ambos".

No Estado de Direito, a diferenciação da política e direito realiza-se mediante a Constituição. No entendimento teórico sistêmico, não se trata de um conceito "normativo-jurídico, fático-social ou culturalista, no sentido de que todo e qualquer Estado, pré-moderno ou contemporâneo, absolutista, totalitário ou democrático-liberal, tem uma Constituição".[6] A Constituição é compreendida, conforme especifica Neves,[7] "como 'aquisição' evolutiva da sociedade moderna. Envolve um uso linguístico inovador vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea".

Nesse sentido, há uma ruptura com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, "no âmbito do qual a Constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder".[8] Na acepção moderna, a Constituição poder ser compreendida como uma limitação jurídica ao governo. Também, é possível uma conceituação no sentido de que a Constituição no sentido moderno é fator e produto da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas da sociedade.

De acordo com esse modelo, Luhmann vai definir Constituição como acoplamento estrutural[9] entre

[3] LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 147.
[4] Ibid., p. 157.
[5] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 85.
[6] Ibid., p. 95.
[7] Ibid., p. 96.
[8] Ibid., p. 96.
[9] O acoplamento estrutural "importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente". NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 97.

político e direito. Assim chamado em contraste com "acoplamentos operativos (acoplamentos de operações com operações) e para distingui-lo das causalidades em curso que, se podemos expressá-lo dessa forma, ignoram ou transgridem os limites do sistema".[10] Existem duas variantes para os acoplamentos operativos. Uma é a chamada autopoiese, que consiste segundo Luhmann[11] "na produção de operações do sistema por mediação das operações do sistema". A outra reside na simultaneidade[12] que sempre se deve prever entre o sistema e o ambiente.

Dessa forma, a Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que "possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como forma de dois, inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas".[13] Enquanto, conforme Neves,[14] "a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas jurídicas", assim, possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, também ao contrário, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico.

Evidentemente, a noção de acoplamento estrutural não aponta para um vínculo "permanente qualquer entre direito e a política, o que implicaria um conceito 'histórico-universal' de Constituição".[15] Se tratando da teoria sistêmica, isso significa a submissão explícita do código diferença "lícito/ilícito" ao código diferença "poder/não-poder".

Pode-se afirmar, em suma, que a Constituição "provê soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política".[16] Trata-se de uma Constituição do "Estado", ou seja, supõe-se como objetivo que demanda uma Constituição. Portanto, segundo Luhmann, é o Estado constitucional que desempenha a função de acoplamento, e assume o sentido que "para o sistema político é um instrumento político no duplo sentido de política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de decisões)".[17] E mesmo que se pareça uma contradição, as duas versões são compatíveis graças ao fechamento operativo dos sistemas.

Somente na perspectiva própria do sistema as circunstâncias se encontram sujeitas as modificações devidas às operações do sistema que lhes correspondam. Assim, é possível que se desenvolvam, de maneira separada, o sentido jurídico e o sentido político da Constituição, o que se torna acessível num incremento da irritação recíproca. Da mesma forma, "é concebível que em muitos países em desenvolvimento se observe que as constituições servem, quase exclusivamente, como instrumento da política simbólica",[18] pois ainda não houve fechamento operativo do sistema jurídico e torná-lo impermeável à influência da política e de outras forças sociais.

No entanto, Luhmann[19] explana que "mesmo em tal caso é possível reconhecer o modelo moderno do acoplamento estrutural, ainda que unicamente como aparência verdadeira (ou seja, funcional)". O uso simbólico das Constituições serve à política para que se proceda como se o direito a limitasse e irritasse, e para afastar as relações de poder à comunicação, num sentido pleno, a Constituição, como aquisição evolutiva, cumpre "sua função unicamente sob o pressuposto da diferenciação funcional e do fechamento operativo dos sistemas político e jurídico".[20]

[10] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 590.
[11] Ibid., p. 590.
[12] Essa simultaneidade "permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com as que o sistema atribui ao ambiente, por exemplo, a possibilidade de cumprir com uma obrigação legal mediante ou pagamento ou sugerir consenso/dissenso político decretando uma lei". Ibid., p. 590.
[13] NEVES, op. cit., p. 97-98.
[14] Ibid., p. 98.
[15] Ibid., p. 98.
[16] LUHMANN, op. cit., p. 641.
[17] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 641-642.
[18] Ibid., p. 642.
[19] Ibid., p. 642.
[20] Ibid., p. 642.

Nesse ínterim, no âmbito do Estado de Direito e em consonância com a teoria sistêmica de acoplamento estrutural, a Constituição reingressa no interior do sistema político[21] como mecanismo que conforme Neves[22] "viabiliza a inserção do código 'lícito/ilícito' como segundo código da política".

Nessa concepção, imuniza o sistema político em relação às pressões particulares concretas, trata-se como Neves[23] explica, de uma "imunização jurídica recepcionada internamente pelo sistema político na construção de sua própria autonomia". Essa imunização envolve a institucionalização do procedimento eleitoral democrático que serve de empecilho à manipulação do sistema político "por interesses particularistas e encerra, indissociavelmente, a formação pluripartidária do parlamento, incompatível como o mandato imperativo".[24] Com isso, protege o sistema político, por meio da instituição da divisão de poderes contra uma expansão destrutiva da própria autonomia.

Como acoplamento estrutural entre política e direito, e assim, por reingresso, meios de "autonomia de cada um desses sistemas, a Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a 'divisão dos poderes' quanto os direitos fundamentais".[25] Aqueles formam exigências primariamente políticas, estes, jurídicas. Porém, trata-se de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito.

3 O PROBLEMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

A experiência brasileira apresenta-se como um caso típico de modernidade periférica[26], desde que a "crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania"[27]. O modelo "centro/periferia" enfatiza que o tratamento de uma e da mesma sociedade mundial[28], não de sociedades modernas *versus* sociedades tradicionais, persuadindo que uma diferença de "antes e depois" estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social.

Com efeito, de uma concepção política-jurídica, pode-se pensar em sociedades regionais: "por falta de unidade mundial na formação jurídica e política, a sociedade mundial mão é uma unidade constituída por estruturas normativas de expectativa, não sendo, portanto, nem um império mundial nem um sistema

[21] O sistema político se "subordina à autoirritação que subjaz à possibilidade de suscitar uma modificação jurídica. A positivação do direito representa um imenso potencial para a ação política, enquanto política em si se ocupa constantemente da seleção de tais modificações". Ibid., p. 643.

[22] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 101.

[23] Ibid., p. 101.

[24] Ibid., p. 102.

[25] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 102.

[26] Marcelo Neves ao tratar da sociedade mundial atual recorre ao esquema "centro/periferia" e, assim, trata-se de uma modernidade periférica. A divisão da modernidade em "centro e periferia é, primeiramente, uma questão econômica que encontra espaço no âmbito da discussão sobre as condições de surgimento do capitalismo. Mas ela tem implicações para todos os sistemas funcionais da sociedade. Não se deve, contudo, interpretar a distinção como se com ela a multiplicidade da sociedade mundial atrial fosse deixada de lado: a relação 'centro/periferia' reproduz-se entre os países periféricos e tanto no interior das 'nações periféricas' quando das 'nações centrais'. Os diferentes tipos dos contextos internos de interesses de classe e de dominação implicam formas distintas de integração dos países periféricos na sociedade mundial; além disso, as particularidades locais e regionais atuam como fatores do desenvolvimento; ademais, os diferentes sistemas funcionais encontram-se em níveis de desenvolvimento muito diferentes também no plano regional". NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 102-103. Portanto, com essas considerações, usa-se "centro/periferia", que se refere a uma divisão dicotômica e heterárquicas da sociedade, e assim introduzir o conceito de "modernidade periférica" como construção "típico-ideal".

[27] NEVES, op. cit., p. 244.

[28] Numa perspectiva sistêmica-teórica, Niklas Luhmann trata a sociedade moderna como "sociedade mundial", orientada primariamente pela econômica, a técnica e a ciência, o qual, entretanto, sem coerência com essa concepção, aplicava o modelo "tradição/modernidade" à diferença entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: UnB, 1980. p. 57.

internacional"[29]. Mas quando enfatizado que a sociedade atual se baseia, primariamente, em "estruturas cognitivas de expectativa, mas precisamente na economia, e que a diferenciação segmentária das sociedades regionais, assentadas nos sistemas jurídico e político, possui uma posição 'subordinada'"[30], entende-se que os problemas dos países periféricos pertencem, primordialmente, às questões fundamentais da sociedade moderna/mundial. A modernização periférica pode ser compreendida como "integração subordinada de um país na sociedade mundial, sob proteção do respectivo sistema político-jurídico regional"[31].

Não cabe ignorar, que a sociedade mundial do presente é multifacetada e possibilita a aplicação do esquema "centro e periferia" em vários níveis. A distinção entre a modernidade central e periférica é analiticamente propícia, na medida em que, "definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade"[32], verifica-se que, em algumas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), "não houve a efetivação da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania"[33], características de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais) - pelo menos aparentes -.

A bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna (mundial) trouxe para os países periféricos em uma "crescente e veloz complexificação social, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar adequadamente a emergente complexidade"[34]. Os respectivos sistemas não se desenvolvem, pois, com suficiente autonomia operacional. Com isso, relaciona-se o problema da "heterogeneidade estrutural", cuja "discussão remete às abordagens sobre desenvolvimento das teorias de dependência e periferia elaboradas nos anos 1960 e 1970"[35]. Nessa constelação, apontou-se, sobretudo, que a questão das grandes diferenças no interior de todos os sistemas sociais e entre eles, a que se referia o conceito contestado de "heterogeneidade estrutural", "provocando um difuso sobrepor-se e intrincar-se de códigos e critérios/programas tanto entre os subsistemas sócias quanto no interior deles"[36], enfraquecendo ou impossibilitando o seu funcionamento de maneira generalizadamente includente.

Daí surge o problema da "marginalidade" ou "exclusão"[37] [38], que, é um problema de "subintegração"[39] nos sistemas funcionais da sociedade. Sob uma perspectiva sistêmico-teórica, a "marginalidade" significa uma "subintegração social difusa e muito instável de grande parte da população nos diferentes sistemas

[29] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 104.

[30] Ibid., p. 104.

[31] Ibid., p. 105.

[32] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 171.

[33] NEVES, Marcelo. A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica – Anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *In: Revista de Direito Alternativo 3.* São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 66.

[34] NEVES, op. cit., p. 172. Sobre a distinção entre complexidade estruturada e não-estruturada, ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoria general. 2ª. ed. Barcelona: Ceja, 1998.

[35] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 108.

[36] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 172.

[37] Sobre "marginalidade" na discussão dos anos 1960 e 1970 em torno do capitalismo de dependência e capitalismo periférico, ver, em CARDOSO, Fernando Henrique. *O modelo político brasileiro e outros ensaios.* 4ª. ed. São Paulo: Difel, 1979. Sobre "inclusão/exclusão" na teoria sistêmica, ver LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Beriain e de Jose María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

[38] NEVES, Marcelo. *La constituição y la esfera pública*: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. Doxa, Cadernos de filosofia del derecho, [S.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.

[39] "Subintegração" significa aqui "bloqueio prático do acesso positivo (= no próprio interesse do agente) aos sistemas sociais modernos existentes (economia, política, direito, educação etc.), os quais então afetam os 'marginalizados' apenas negativamente (por exemplo, como devedor, não como credor; como réu, não como autor). Com base nos ensinamentos de Luhmann, pode-se designar 'marginalização' como exclusão, mas não no sentido de não integração de grupos populacionais inteiros, mas de sua dependência das prestações dos diferentes sistemas funcionais da sociedade (subintegração), sem acesso (no sentido positivo) a elas". NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 109-110. Em suma, a "subintegração" significa "dependência dos critérios do sistema (político, econômico, jurídico etc.) sem acesso às suas prestações" NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 173.

funcionais, que se intensifica com a modernização periférica"[40]. Surgem, então, relações de "subintegração" e "sobreintegração"[41] nos diversos subsistemas sociais, bloqueando-lhes a reprodução autopoiética.

Embora a distinção ideal entre "centro" e "periferia" da sociedade moderna tenha um cunho fundamentalmente econômico, ela pressupõe a segmentação territorial do sistema político-jurídico em Estados. Quando à modernidade periférica, o problema estrutural desde o seu surgimento vincula-se à "falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados *externamente* por injunções diretas (isto é, não mediatizadas por suas próprias operações) de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico"[42]. Na linguagem sistêmica, os mecanismos de filtragem seletiva do direito positivo (princípios da legalidade, da constitucionalidade etc.) e do sistema político (eleições livres, secretas e universais, organização partidária etc.) não funcionam adequadamente em relação às "pressões bloqueantes do código binário de preferência 'ter/não-ter', como também do código do amor, da religião, da amizade etc."[43]. *Internamente,* por sua vez, não há um funcionamento satisfatório da Constituição como "acoplamento estrutural" entre direito e política, ou seja, como "mecanismo de interpretação e interferência entre dos sistemas autônomos, antes um bloqueio recíproco, principalmente no sentido da politização desdiferenciante do sistema jurídico"[44] [45]. Assim, nesse contexto, direito e política constituem sistemas alopoieticamente determinados, na medida em que não se reproduzem operacionalmente por elementos próprios, diferenças e critérios, "mas não se difusa e instavelmente invadidos, na sua reprodução operacional, por diferenças, critérios e elementos de outros sistemas sociais"[46].

Mesmo se admitindo que os critérios de filtragem destinados a assegurar a autonomia do direito e do sistema político, como por exemplo, o princípio da igualdade perante a lei e o das eleições democráticas, constituem ilusões ideológicas na modernidade central, devendo-se reconhecer que, na modernidade periférica, nem nesse sentido elas funcionam adequadamente: "entre outras, as injunções particularistas da dominação econômica realizam-se de forma desnuda, destruindo abertamente e com tendências generalizantes a legalidade no plano jurídico e os procedimentos democráticos na esfera política"[47]. Também entre direito e política, "a aplicação controladora e limitante do código 'lícito/ilícito' com segundo código do sistema político, caraterística do 'Estado de direito', não se realiza de forma satisfatória"[48], sendo constatada a ingerência ilícita sistemática do poder sobre o direito.

Presumindo que o Estado periférico se caracteriza pelo pêndulo entre instrumentalismo[49] e nominalismo constitucional, interessa aqui a predominância simbólica das "Constituições nominalistas", no qual, implicam a "falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional em conexão com a relevância simbólica dele no discurso constitucionalista do poder (constitucionalização simbólica)"[50]. Nesse contexto, Luhmann aclara que nas "relações de subintegração e sobreinegração político-jurídica, não se desenvolve Constituição como horizonte normativo-jurídico do sistema político"[51]. Em prática do "sobrecidadão" as "disposições constitucionais são utilizadas, abusadas ou rejeitadas conforme a constelação

---

[40] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 109.

[41] A "sobreintegração" implica "acesso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios" NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 173.

[42] Ibid., p. 173.

[43] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 173.

[44] Ibid., p. 173-174.

[45] Não se nega aqui ingenuamente que essa situação seja "funcional" em outras perspectivas e para determinados setores. Mas não é funcional no sentido de "inclusão" de toda a população nos respectivos sistemas autônomos da sociedade. LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza, 1994, p. 35.

[46] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 174.

[47] Ibid., p. 174.

[48] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 165.

[49] Não se desconhece que as "Constituições instrumentalistas" também desempenham funções simbólicas, entretanto, "o que as distingue é que atuam, antes de tudo, como simples instrumentos ('armas') jurídicos dos 'donos de poder'" NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 175.

[50] Ibid., p. 175.

[51] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: UnB, 1980. p. 159.

concreta de interesses políticos"[52]. No agir e vivenciar do "subcidadão" a Constituição apresenta-se antes como "complexo de restrições oficiais corporificadas nos órgãos e agentes estatais, não com estrutura constitutiva de direitos fundamentais"[53]. A ausência de concretização normativo-jurídica generalizada da Constituição se relaciona com um discurso fortemente constitucionalista na práxis política.

Aos agentes governamentais que se vinculam em regra à "sobrecidadania", o discurso político aponta para a "identificação do governo ou do Estado com os 'valores' consagrados no documento constitucional"[54]. Sendo evidente que esses valores não encontram amparo na realidade constitucional do presente. Já no discurso dos grupos interessados em reais transformações nas relações de poder, os quais representam a "subcidadania", invocam-se os direitos constitucionais para denunciar os atos inconstitucionais e atribuir ao Estado/governo dos "sobrecidadãos" a "culpa" pela não efetivação dos direitos constitucionais.

Evidentemente, que nas condições de constitucionalização simbólica da modernidade periférica, caraterizada pelas relações de "subintegração" e "sobreintegração" não só no sistema jurídico-político, mas também nos sistemas econômico, educacional, da saúde etc., tornam-se inadequados, "o tratamento e a solução do problema da ineficácia da legislação constitucional com base no esquema instrumental 'meio-fim' das 'pesquisas de implementação'"[55]. Isso se dá, porque a constitucionalização simbólica afeta amplamente as dimensões social, material e temporal do sistema jurídico, mas sobretudo porque a concretização normativa da Constituição pressuporia uma revolução nas relações de poder.

4 EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A GENERALIZAÇÃO DE RELAÇÕES DE SUBINTEGRAÇÃO E SOBREINTEGRAÇÃO

Conforme enfatizado, as condições negativas da realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, "relacionam-se antes de tudo com os limites à auto-referência dos sistemas político e jurídico"[56]. Essa situação torna-se grave, pois emergem expressivos problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, perduram destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas político e jurídico, "minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista"[57].

Essas observações gerais sobre a modernidade periférica tornam-se sobretudo importantes quando se considera o problema dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito. A partir do envolvimento da sociedade, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como "pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista"[58]. No interior do Estado, por sua vez, se verificam intrusões destrutivas do poder na esfera do direito.

Em face da sociedade como conjuntura do Estado, se pode indagar sobre a alopoiese[59] social do

[52] PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança:* imitação, jogo e sonho, imagem e representação. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 146.

[53] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 175.

[54] Ibid., p. 175.

[55] Ibid., p. 176.

[56] NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In: DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, n.º 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994. p. 253-276.

[57] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 236-237.

[58] Ibid., p. 237.

[59] O conceito de alopoiese se contrapõe do modelo luhmanniano do direito moderno (positivo) autopoiético, pois se relaciona com o estado de corrupção sistêmica. A alopoiese segundo Hommerding e Lyra, "cuida-se da falta de autonomia operacional do direito, que é invadido/corrompido por outros códigos, não conseguindo forjar sua legalidade, perdendo a condição de reflexão/reflexividade". (HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 99). Portanto, a alopoiese ocorre quando o "código do Direito não consegue alcançar determinados âmbitos da sociedade, na medida em que sofrem bloqueios, especialmente pelo sistema econômico e seu metacódigo (inclusão/exclusão), ou ainda, quando é invadido por outros subsistemas, perdendo sua

direito por "força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código 'lícito/ilícito'"[60]. Neves[61] elucida que isso significa "que não estão definidas claramente as fronteiras da juridicidade". Não somente a preferência "ter/não-ter" atua no impedimento da reprodução sistemicamente autoconsistente do direito. Porém, de fato, em decorrência das discrepâncias entre as camadas sociais, o código econômico se reproduz hipertroficamente, implicando privilégios e "exclusões" ilegais. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é alterada no processo de concretização do direito, sendo que, no pensar do caso brasileiro, prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em relação paradoxal de complementaridade.

Partindo da análise sistêmica, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Assim, antes se trata da ruptura do fechamento operacional, por força da qual se diluem os limites entre o campo jurídico e outras esferas de comunicação. O resultado disso, é que o direito se encontra permanentemente em crises de identidade no Estado Democrático de Direito da modernidade periférica. Além do mais, cabe observar que não se trata simplesmente de fenômenos de "corrupção sistêmica em detrimento dos acoplamentos estruturais no âmbito das organizações, tal como se observa em experiências do Estado Democrático de Direito na Europa Ocidental e na América do Norte"[62], pois os conceitos pressupõem a autopoiese dos respectivos sistemas. No ensinamento de Neves[63], a "corrupção sistêmica tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando no alopoiese do direito"[64].

Essas considerações sobre as dificuldades à realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica devem desconsiderar a ideia de uma "legalidade rígida em face dos problemas sociais, assim como o mito de um Estado forte diante uma sociedade frágil"[65], em ambos os casos, tem-se uma concepção de que o problema reside primariamente na inadequada heterorreferência. Na realidade, trata-se anteriormente de fragilidade do Estado perante as coerções de uma sociedade desestruturada pela insuficiência de diferenciação funcional e a ausência de uma esfera pública pluralista[66], fundada na universalidade da cidadania.

A democracia brasileira, enquadrada como um típico caso de modernidade periférica, implica grandes obstáculos, obviamente não considerando às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84. Nesses casos, tem-se uma negação direta e expressa do Estado de Direito. Pode-se afirmar que o modelo das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria um forte desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, no entanto, no que se refere a concretização, não se observou um corresponde crescimento. Evidentemente, o Brasil é mercado por formas de "instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito"[67]. Há uma tendência a desrespeitar os procedimentos previstos no texto constitucional, de acordo com conformações concretas

---

autonomia". (Ibid., p. 99). E, nesse passo, Lyra nota que o "problema das sociedades atuais e sua diferenciação funcional é que há uma diferença abismal entre inclusão/exclusão, que acaba bloqueando o acesso de grandes contingentes populacionais à comunicação dos sistemas funcionais". LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 95, p. 258, 2012.

[60] NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *In: Revista Brasileira de Filosofia,* vol. XLII. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1995. p. 117-141.

[61] NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *In: Direito em Debate,* ano V, n.º 5. Ijuí: Universidade de Ijuí, 1995. p. 7-37.

[62] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 445.

[63] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 241.

[64] Luhmann reconhece que, "em caso extremo" de "corrupção sistêmica", "não se pode mais falar de fechamento autopoiético", mas não retira daí as devidas consequências empíricas para a sua construção teórica, tendo em vista que insiste na tese do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 572.

[65] NEVES, op. cit., p. 243.

[66] NEVES, Marcelo. A Constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In: Dossiê Niklas Luhmann.* Roberto Dutra, João Paulo Bachur, Organizadores. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 105-147.

[67] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 246.

de poder, conjunturas econômicas e códigos relacionados. Isso está fortemente relacionado à persistência de privilégios e "exclusões" que impedem a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunidade entre cidadãos abarcados pela igualdade.

Um dos maiores obstáculos que dificultam a realização do Estado Democrático de Direito, na modernidade periférica, especialmente no Brasil, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração. Definida a "inclusão como acesso e dependência aos sistemas sociais"[68], faltando nesse caso uma das duas dimensões do conceito. Neves[69] aclara que não se trata, a rigor, "de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social, antes de formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social". Interessa nesse contexto, o problema de falta de generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados de maneira recíproca. Isso significa "inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-político igualitária da população na sociedade"[70].

Os subintegrados, se generalizam em situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os "subcidadãos" não estão excluídos como um todo. Embora lhes faltem as condições de exercer os "direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas"[71]. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância apenas em seus efeitos restritivos a liberdade. Os direitos fundamentais não atuam em nenhum papel significativo no seu sentido de vivenciar e agir, inclusive no que tange à identificação de sentido das normas constitucionais. No campo constitucional que o problema da subintegração ganha evidência, na medida em que, relacionando os membros das camadas sociais "subalternas", os danos aos direitos fundamentais são praticados principalmente nos "quadros da atividade repressiva do 'aparelho estatal', ou seja, das ações violentas ilegais da polícia"[72].

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Está se refere à "prática de grupos privilegiados que, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito"[73]. Os sobreintegrados, em tese, são portadores de direitos, competências, poderes e prerrogativas, e não são subordinados regularmente à atividade punitiva do Estado, especificamente, no que se refere aos deveres e responsabilidades. Nesse contexto, o direito não se apresenta como instrumento do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas sim como um meio de alcance de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

Se tratando da sociedade mundial supercomplexa atual, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois as posições correspondentes dependem de condições fáticas da reprodução das comunicações, havendo momentos que o subcidadão pode ser um sobreintegrado, e vice-versa. No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem "implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito. Isso tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica"[74]. De fato, a auto-referência sistêmica e a diferenciação funcional implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas sociais.

No sentido de uma interpretação de que a sociedade moderna (mundial) se caracteriza pelo princípio da diferenciação funcional, pressupondo que toda população estaria incluída nos diversos sistemas funcionais, implica uma restrição crítica. Luhmann reviu seu posicionamento com respeito à diferença "inclusão/exclusão"[75], afirmando que ela funciona como uma "metadiferença ou metacódigo, que mediatiza os códigos de todos os sistemas funcionais"[76]. Também em pensamento diverso do modelo de

[68] LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza, 1994, p. 25.
[69] NEVES, op. cit., p. 248.
[70] NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In: DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, n.º 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994. p. 253-276.
[71] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 248.
[72] OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*: uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 1994.
[73] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 250.
[74] Ibid., p. 251.
[75] LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 603.
[76] Ibid., p. 632.

subintegração e sobreintegração, Luhmann distingue, em sua obra tardia[77], entre "setor de inclusão" (no qual, os seres humanos são tratados como pessoas) e "setor da exclusão" (em que há seres humanos que não são considerados pessoas, senão como corpos), assim a integração é compreendida como "redução dos graus de liberdade de subsistemas ou como limitação dos graus de liberdade para seleções"[78] e, portanto, "negativamente como dependência, não como acesso"[79].

Entretanto, na formulação[80] de Neves, subintegração e sobreintegração implicam a "insuficiente inclusão, seja, respectivamente, por falta de acesso (de integração positiva) ou de dependência (de integração negativa), constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas (não classificações baseadas em princípio)"[81], a saber, o de ser integrado nos sistemas funcionais. Trata-se de "limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências as pessoas"[82].

No âmbito do direito, significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos (às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico. Os subintegrados, ao contrário, não dispõe de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora estejam totalmente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade. Por essa razão que, os subcidadãos e os sobrecidadãos são carentes de cidadania, que, como mecanismo "político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres"[83], envolvendo uma relação bilateral de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Esse problema, no Brasil, se relaciona com a conexão entre legalismo e impunidade. De um lado, o legalismo implicando um "autismo jurídico", no qual, não se constrói interpretação-aplicação jurídica que, sem negar a diferenciação funcional do direito, se orienta nas consequências sociais das decisões jurídicas. Vale ressaltar, que não se deve confundir esse "autismo" de legalismo com a afirmação do princípio da legalidade, este exige a generalização legal, importando o acesso de todos os cidadãos ao direito. O "fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de descriminação social"[84], dirigindo-se, aos subintegrados. Trata-se de falta de acesso ao direito e, assim, de "exclusão" social. Em suma, os referidos grupos sociais/pessoas só são considerados pelo legalismo unilateral quando entram em contato com o sistema em seu desfavor, ou seja, como culpados, presos etc., não como detentores de direitos. Caso que se configura como subintegração no sistema jurídico, os indivíduos estão subordinados as coerções, mas não têm acesso aos direitos.

Também, de outro lado, a relação entre direito e realidade social na experiência brasileira tem sido marcada pela impunidade. Observa-se que ilícitos, especialmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente, sendo que, a impunidade está vinculada ao mundo dos privilégios, pelo apadrinhamento político, pela troca de favores e concessões baseadas pela amizade, interesses políticos e, também em trocas ilícitas[85] (por exemplo: a fraude em licitações), isso tudo diz respeito aos sobreintegrados juridicamente. Estes podem conduzir suas ações contando de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica. A conexão entre legalismo e impunidade "obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito"[86].

Esses obstáculos à realização do Estado de Direito no Brasil se manifestam no plano constitucional,

[77] LUHMANN, Niklas. *Complejidade y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 193.

[78] LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 603.

[79] Ibid., p. 618. Na obra de Luhmann, a expressão "integração" é empregada com relação ao problema da "inclusão/exclusão", sem que haja univocidade a esse respeito.

[80] Neves conceitua integração social como "uma relação bem-sucedida de liberdade e vínculo, pode-se definir, no sentido proposto, subintegração como vínculo sem liberdade (ou melhor, vinculo rígido e liberdade restrita) e sobreintegração como liberdade sem vínculo (ou melhor, vínculo flexível e liberdade ampla) das pessoas em face dos sistemas sociais NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 253.

[81] Ibid., p. 253.

[82] Ibid., p. 253.

[83] Ibid., p. 254.

[84] Ibid., p. 254.

[85] Segundo NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 161.

[86] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 256.

uma vez que, definida a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito como estrutura normativa mais abrangente do sistema jurídico, verificam-se bloqueios sociais que destroem sua concretização, deixando o texto constitucional não correspondendo as expectativas normativas congruentemente generalizadas, faltando-lhe assim relevância jurídica, ou seja, carente de força normativa.

Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos essenciais do Estado Democrático de Direito: "o eleitoral mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade"[87]. Assim, não se pode pensar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito se realiza por um conjunto de variáveis complexas, ou seja, pela declaração constitucional dos procedimentos legitimadores, de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a superação de relações de subintegração e sobreintegração.

Impõe-se assim combater consequentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, pressupondo "inclusão das pessoas nos sistemas funcionais e reconhecimento reciproco no âmbito das interações"[88], gerando uma perspectiva generalizada de cidadania.

5 CONCLUSÃO

Em relação ao fato de que o Estado Democrático de Direito se encontra sob uma grande tensão na perspectiva da sociedade mundial e dos conflitos étnicos e fundamentalistas religiosos, enfraquecendo sua capacidade funcional e força interativa, precisa-se buscar mecanismos, procedimentos e instituições jurídicas e políticas que possam apresentar alternativas à sua incapacidade regulatória e deficiência funcional. No caso da experiência brasileira, apresentada como um caso típico de modernidade periférica, no qual, se espera um surgimento adequado de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania e uma satisfatória orientação nas noções de democracia como inclusão política generalizada e de Estado de bem-estar como promotor da efetiva inclusão.

No Brasil, apesar de evolutivamente adotar o modelo textual de constitucionalismo democrático social, se revela em condições de exclusão de amplas parcelas da sociedade e de privilégios de uma parcela minoritária persistem, e apesar, que nas últimas décadas tenha havido relevantes inserções em temas jurídicos com relevância moral e social, esses permanecem no campo de reconhecimento de grupos, sem de fato, acontecer um grande impacto na questão da exclusão de origem primariamente econômica. E, esse contexto se agrava a partir do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff e a consequente admissão ao cargo de presidente por Michel Temer em 2016.

A partir do processo de *impeachment,* a diferença que constitui a política seguindo o modelo de Carl Schmitt[89], "amigo/inimigo", passa a ter um significado típico de regimes autocráticos ou de regimes de "exceção", sendo que, na democracia, a diferença amigo/inimigo cede à diferença aliado/adversário[90]. Atualmente, o Estado brasileiro passa por uma forte ruptura democrática, uma vez que, proliferam (exemplo, intervenção militar no Estado do Rio de Janeiro) a excepcionalidade das leis, que primam por suspender a Constituição e seu sistema de garantias. Sob essa perspectiva, quando se detecta o surgimento de um Estado de exceção[91], o qual prima pela suspensão do Direito do estado (o direito se converte na razão do Estado, ou um ato de pura força sem lei), negando radicalmente a fundamentação jurídica das recentes intervenções militares pretensamente destinadas à imposição dos direitos humanos, potencializando o problema da "exclusão", que, é um problema de "subintegração" nos sistemas funcionais da sociedade. Surgindo, então,

[87] Ibid., p. 257.

[88] NEVES, Marcelo. A Constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In: Dossiê Niklas Luhmann.* Roberto Dutra, João Paulo Bachur, Organizadores. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 129.

[89] SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

[90] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 413.

[91] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13 e ss.

relações de "subintegração" e "sobreintegração" nos diversos subsistemas sociais, bloqueando-lhes a reprodução autopoiética. Com tal exclusão e consequente perda de expectativas sociais mais pretensiosas, a sociedade se topa com grupos coletivos que não dispõem de qualquer visibilidade social e[92], e por isso não contam nas ações oficiais das organizações, pois tem a comunicação bloqueada por não possuírem influência.

Conforme o que foi apresentado, verifica-se uma crise democrática que é fortemente abalada pela conexão paradoxalmente complementar entre "legalismo" e impunidade, e consequentemente implicando a insuficiente inclusão. Assim, se cria a expectativa na construção de um regime de bem-estar renovado, o Estado Democrático de Direito deve criar possibilidades político-jurídicas estruturais favoráveis a uma preferência por inclusão, podendo forjar uma ordem estável no domínio dos direitos humanos, em que lhes proporcione implementação e proteção.

Esforços pela renovação e disseminação do Estado Democrático de Direito são legitimadas na medida em que se apresenta como uma forma político-jurídica mais adequada e bem-sucedida para a promoção da inclusão social, em tempos de crise democrática, especialmente nas conjunturas dos países que se encontram na modernidade periférica, o combate ao expansionismo destrutivo e excludente do sistema econômico, a proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais e ainda na confrontação com os fundamentalistas, é a questão que se põe em máxima urgência. Se trata, em conviver em sociedade buscando respeitar e potencializar a democracia, lutar pelas desigualdades sociais, combater o ódio que se instaurou no código amigo/inimigo, visando a melhoria e novos papéis, tarefas e possibilidades do Estado Democrático de Direito em uma sociedade supercomplexa mundial.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique. *O modelo político brasileiro e outros ensaios*. 4ª. ed. São Paulo: Difel, 1979.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Tradução de Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Complejidade y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoria general. 2ª. ed. Barcelona: Ceja, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 95, p. 258, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2011.

[92] HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Tradução de Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011. p. 127-145.

NEVES, Marcelo. A Constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In: Dossiê Niklas Luhmann.* Roberto Dutra, João Paulo Bachur, Organizadores. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

NEVES, Marcelo. A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica – Anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *In: Revista de Direito Alternativo 3.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *In: Revista Brasileira de Filosofia,* vol. XLII. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1995.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *In: Direito em Debate,* ano V, n.º 5. Ijuí: Universidade de Ijuí, 1995.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In: DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, n.º 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. *La constituição y la esfera pública*: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. Doxa, Cadernos de filosofia del derecho, [S.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*: uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança:* imitação, jogo e sonho, imagem e representação. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GT14: PLURALISMO RELIGIOSO, INTERCULTURALIDADE E LAICIDADE

RELIGIOSIDADE AFROBRASILEIRA: BEBIDAS ASSOCIADAS À RITUALÍSTICA DA UMBANDA NAGÔ

Vladimir Stolzenberg Torres[1]

RESUMO: É conhecida a importância das bebidas nos rituais afrobrasileiros, tanto pelo valor simbólico, como também o efeito que as mesmas causam àqueles que delas se utilizam individual ou coletivamente. Neste sentido foi realizado o presente estudo com o objetivo de identificar e catalogar as bebidas costumeiramente consumidas nos Templos de Umbanda Nagô. Foram identificados um total de dezenove bebidas, das quais, apenas 73,7% com teor alcoólico. Seu uso foi considerado em três sentidos: festivo, litúrgico e medicinal.

Palavras-chave: Africanismo. Beberragem. Ritual Afrobrasileiro. Umbanda Nagô.

RELIGIOSITY BRAZILIAN AFRO: DRINKS ASSOCIATED RITUALISTIC NAGO UMBANDA

ABSTRACT: It is known the importance of the brazilian drinks african rituals, both the symbolic value, but also the effect that they cause to those who make use of them individually or collectively. In this sense it was conducted this study in order to identify and catalog the drinks routinely consumed in the Temples of Umbanda Nagô. A total of nineteen drinks were identified, of which only 73,7% with alcohol. Its use was considered in three directions: lively, liturgical and medicinal.

Keywords: Beverage. African Brazilian Ritual. Nago Umbanda. Africanism.

1 INTRODUÇÃO

Antes de entrar e nos aprofundar na pesquisa "Religiões e Hábitos Alimentares", vale lembrar o que é Religião. A origem da palavra "religião" vem do latim re-ligare, isto é, religar a essência divina do homem a seu ego, possibilitando o encontro entre o ego e a centelha divina que há em todos – para os esquimós inuits é o "Grande Homem", para os evangélicos "Cristo" e para os hindus "Atman".

Os hábitos culinários de uma nação não decorrem somente do mero instinto de sobrevivência e da necessidade do homem de se alimentar (FERRARI, 2016). São expressão de sua história, geografia, clima, organização social e crenças religiosas. Existe íntima relação entre alimento e fé. As comidas e bebidas adotadas pelos ritos de uma religião, bem como a proibição de alguns deles, refletem a geografia e a cultura do território onde ele se originou (FRANCO, 2001, FERRAI, 2016).

De acordo com Grácio (2009) o relacionamento entre o homem e o álcool sempre foi, de alguma forma, conturbada pois tem sido impregnada quer pela ritualidade e pelo sagrado, pela convivialidade e festividade, por aspectos fortificantes e curativos, quer por situações dramáticas, patológicas e mortíferas. O homem pré-histórico, com muita probabilidade, deve ter tomado do álcool por acaso ao mesmo tempo que experimentou os efeitos da embriaguez, bebendo sumo de um fruto guardado em algum recipiente (idade da pedra talhada) e que terá fermentado; ou mesmo consumindo frutos como *Sclerocarya birrea* (A. Rich.) Hochst. (Anacardiaceae), os quais produzem álcool no processo de maturação, apresentando alta palatabilidade.

Na formação da sociedade brasileira, segundo Senna (1986), como já fora amplamente veiculado, mesclagens e justaposições de elementos de cultura originalmente diferenciados, marcadamente europeus

[1] Biólogo, Dr. em Informática na Educação. Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Sustentabilidade. Prefeitura Municipal de Porto Alegre. E-mail: iologo.vladimir@gmail.com

e africanos, aconteceram no que hoje comumente são designados como cultos e religiões afro-brasileiros (SENNA, 1986). Assim, não raramente surgem questionamentos de diversas procedências acerca das religiões de matrizes africana, hoje consagradas religiões afro-brasileiras. Suas origens, como se realizam, em que se fundamentam suas crenças, ritos e especificidades são indagações constantes do cotidiano religioso e social brasileiro (NASCIMENTO, 2010).

Conforme Soares (2009), as religiões afro-brasileiras são consideradas por alguns pesquisadores como religiões subalternas, o que implica dizer que foram submetidas a rígido controle social e jurídico ao longo de suas trajetórias históricas.

Apesar disto, faz-se importante compreender o significado da expressão "afro-brasileira" o que, segundo Nogueira (1996), encontra-se diretamente relacionado com religiões afro, que, neste ensaio, são aquelas que contam com alguma influência de uma África trazida ao Brasil nos séculos XVI, XVII e VXIII. Assim, para Nogueira (1996), não são as religiões africanas, mas sim suas matrizes que ao embarcarem juntamente com os negros traficados para o então regime escravocrata do Brasil colonial contribuíram para nossa formação religiosa e muito deixaram de herança às nossas tradições.

Tais religiões, crenças, costumes e divindades foram apropriados de forma particular em cada região do país, unindo seus elementos originais aos nossos e formando uma amálgama que somente com alguma dificuldade pode ser compreendida – e somente compreendida, nunca explicada.

Isto porque cada religião formada a partir de então é composta por sistemas simbólicos tão específicos que fogem ao entendimento e tradução em palavras, evocando apelos muito mais emocionais que racionais; toda racionalização da cosmologia dessas tradições não corresponde a sua lógica intrínseca, pois essa é realizada por pesquisadores, antropólogos, etnólogos, historiadores, sociólogos e afins que dificilmente trarão em seu cerne de pesquisador a sensibilidade necessária ao entendimento de categorias fundantes da cosmologia investigada.

Neste contexto, a Umbanda Nagô se constitui em um ritual de matriz africana, antropologicamente considerada como uma Umbanda Cruzada, em face a guardar culto aos Orixás, mas não realização de sessões de incorporação dos mesmos – diferentemente, por conseguinte, do Candomblé e outras matrizes. Realiza sessões de cultuação (entenda-se manifestação) à linha de Caboclos e Pretos-velhos (na qual se manifestam caboclos, pretos-velhos, índios, pagés, xamãs e outros), bem como à linha de Exus e Pombas-gira. Alguns Ilês realizam ainda, uma ou duas sessões específicas, para manifestações dos Ibejis (considerados como Exus-mirins na opinião do Babalorixá Roberto de Xangô – mais conhecido como Beto do Nagô).

Figura 1. Imagem de um Pegi (altar) de Umbanda Nagô expressando seu sincretismo (foto do autor).

Todos os rituais, entretanto, trazem consigo a cultura africanista e, neste sentido, fundamental considerar que o africano passou a observar certas substâncias, cujo efeito no corpo lembravam o calor, o fogo. Os elementos "quentes" seriam capazes de ativar, "provocar" essa energia pondo-a em trabalhos, a favor de seus usuários. Assim, contrariamente, outros elementos seriam capazes de minimizar seus efeitos, "esfriando" o Orixá como empregando a linguagem simplificada dos terreiros. Passaram então a oferecer-lhe bebidas alcoólicas fortes como o gim (SANTOS, 1991, 1993), no Candomblé, por exemplo.

Se o hábito de ingerir bebidas alcoólicas permeia os mais diversos contextos, não há motivo para não se debruçar especificamente sobre seu uso religioso, o qual comporta a dimensão do sagrado e por isso torna este ritual incompatível com as demais formas de consumo. Assim, o presente estudo objetivou contribuir com os registros antropológicos inerentes ao rituais afro-brasileiros identificando as bebidas consumidas no âmbito da bacia denominada como Umbanda Nagô.

2 O PAPEL DAS BEBIDAS NAS RELIGIÕES

Assim como há alimentos sagrados, há deuses relacionados a alimentos, especialmente com aqueles que são de importância vital para uma cultura. Destaca-se Baco, como o deus romano do vinho. Evidencia-se um estreito relacionamento entre bebida e religião, mas parece que poucos conseguem, efetivamente, se aperceber deste aspecto.

Figura 2. Representação de Baco, Deus do Vinho no Império Romano. Fonte: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/2/2d/Michelangelo_Bacchus.jpg/200px-Michelangelo_Bacchus.jpg

Conforme se obtém de Campos (2015a, 2015b, 2015c), as bebidas alcoólicas sempre tiveram espaço de destaque no cotidiano da humanidade desde a Pré-História. Os primeiros fermentados de cereais – a cerveja Mesopotâmica, – foi ofertada aos sumérios pela deusa Ninkasi para saciar a sede e confortar o espírito. Ainda conforme Campos (2015a), em louvor à deusa foi composto um hino que descreve a composição da cerveja, a maneira de prepará-la e a alegria que o seu consumo proporcionava. O ato de consumir a cerveja para os sumérios simbolizava beber o corpo de Ninkasi e assim, celebrar a vida que ela oferecia como dádiva. A cerveja, portanto, possuía um caráter sagrado. Para os gregos e romanos o vinho era consagrado ao deus Dionísio/Baco e representava não somente uma bebida e um produto comercial por excelência: o vinho simboliza a própria vida do deus que a sacrificava para a felicidade dos homens. E, assim saciava a sede e proporcionava momentos de alegria e prazer: uma epifania como nos descreve o poeta romano Horácio:

> "(...) *Quem depois do vinho, fica flanado da insuportável milícia ou da pobreza? Quem não fica falando ante ti, pai Baco e de ti, Vênus formosa*?"

O tema abordado neste ensaio é um tema bastante comum e, por certo, causador de várias polêmicas. A relação religião e consumo de bebidas (alcoólicas ou não) e as restrições provenientes de cada uma delas sempre foram presentes na vida do ser humano. A partir do momento em que se tem uma crença, qualquer sacrifício é válido para um seguidor religioso ou doutrinário. Não se encontram muitas publicações sobre o assunto e livros que abordem o tema são também escassos.

Também importante registrar que o consumo de substâncias psicoativas, isto é, substâncias que provocam a expansão da consciência, dentre elas as alcoólicas, é bastante antigo na história da humanidade. Na atualidade, a bebida alcoólica é apontada como a droga mais consumida no mundo todo, com seu uso sendo reconhecido como um grave problema de saúde pública, responsável por milhões de mortes e fator causal de muitas doenças (World Health Organization, 2014).

Porém, não existe festa e liturgia sem alimentos e bebidas, visto que, simbolicamente, o corpo precisa desses elementos para se fortalecer para a longa jornada que é o viver, um corpo sem alimento se fragiliza, o fraco no primeiro obstáculo fenece, desiste, por falta de forças, o ato de comer e beber fortalece os laços de união do grupo, tanto familiar como comunitário (ALVES; JUNQUEIRA, 2009). Bebidas também são alimentos e carregam em si valores simbólicos e nutricionais, sendo, então, também atos sociais.

Sobre o álcool, seu consumo ritualístico é marcado por sentidos específicos que variam de acordo com a entidade que vem "trabalhar" em terra, ou seja, a depender da quantidade e da substância ingerida, graças diversas são alcançadas (BARROS; GOMES, 2014).

Conforme Alves e Junqueira (2009), a bebida (com teor alcoólico) serve como elemento desinibidor, relaxante, socializador, que ajuda a quebrar os formalismos e as máscaras sociais que são utilizadas cotidianamente. Há registros de fabricação e consumo de bebidas alcoólicas no período pré-colonial não só entre os índios do Brasil, mas entre todos os povos da América Latina (FERNANDES, 2011). A substância prevalecente é o *cauim*, bebida fermentada à base de mandioca brava, milho ou algaroba. O consumo desta bebida não é isento de um ritual. Na maioria das vezes é consumido coletivamente e pode ser utilizado para marcar ritos de passagem, além de estar associado às características de um bom bebedor (SZTUTMAN, 2008).

Apesar disto, as evidências apresentadas na literatura sugerem que a religiosidade e a espiritualidade são fatores associados à saúde e ao bem-estar em adolescentes (BAHR et al., 1998, BALL; ARMISTEAD; AUSTIN, 2003). Independentemente do que se possa considerar como aspectos locais de um determinada cultura, o uso de bebida alcoólica é uma constatação com implicações para a saúde, mas que pode ser estudada a partir de algumas variáveis importantes, como a religião, por exemplo, que tem sido considerada como fator importante para a forma de consumo do álcool e mesmo para a abstenção ao consumo da substância (DALGALARRONDO et al., 2004; MICHALAK; TROCKI; BOND, 2007; VAN DER MEER SANCHEZ; NAPPO, 2008; BASTOS; BERTONI; HACKER, 2008).

3 MATERIAIS E MÉTODOS

A investigação foi realizada em cabo em consulta a médiuns de trabalhos e aos Babalorixás e Yalorixás dos Templos de Umbanda Nagô (TUN) conhecidos.

Foi utilizado um questionário semi-estruturado com vistas ao inventário e tabulação das informações obtidas, no sentido de registrar a bebida utilizada, o uso da mesma (litúrgico, medicinal ou festivo), e por quem é utilizada.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados são inicialmente expressos através da Tabela 1; posteriormente são comentadas individualmente.

Tabela 1. Bebidas de uso identificado em rituais de Umbanda Nagô.

Bebida	Uso	Categoria Entidade
Água de Orixá	Litúrgico e Medicinal	Entidades e adeptos em geral
Atam	Festivo	Entidades e adeptos em geral
Cachaça pura	Litúrgico	Exus e Pretos-velhos
Cachaça com Água de Orixá e mel	Litúrgico	Pretos-velhos
Cerveja clara	Litúrgico e Festivo (linha de Ogum)	Entidades e adeptos em geral
Cerveja preta	Litúrgico e Festivo (linha de Xangô)	Entidades e adeptos em geral
Conhaque	Litúrgico	Exus
Cooler (de pêssego)	Litúrgico	Exus
Espumante rosé	Litúrgico	Pombas-gira
Espumante branco	Litúrgico	Pombas-gira
Leite bovino + sangue bovino	Litúrgico	Exu (Pantera-negra)
Leite de cabra	Litúrgico	Caboclo (Xamã)
Leite-de-onça	Litúrgico	Exu
Refrigerante – cola	Litúrgico e Festivo	Ibegis e adeptos em geral
Refrigerante – guaraná	Litúrgico e Festivo	Ibegis e adeptos em geral
Vinho branco	Litúrgico	Exus
Vinho tinto	Litúrgico	Exus e Pretos-velhos
Vodca	Litúrgico	Pombas-gira
Whisky	Litúrgico	Exus

A Água de Orixá apresenta-se como bebida sacralizada. Sua consagração ocorre por ocasião de um trabalho anual, conhecido como Apoti. Neste caso, sempre são consagradas duas parcelas independentes, uma masculina e outra feminina, por ocasião da "renovação de feitura" do Babalorixá, ou Yalorixá, ou mesmo de ambos (quando houver)! Posteriormente, as parcelas são divididas de tal forma que permaneçam masculina e feminina no Peji (espaço sagrado dos Orixás, Caboclos e Pretos-velhos), e outras masculina e feminina no Alujá (espaço sagrado de todo o Povo-da-rua). Seu uso, nestes locais, é de finalidade energética, buscando auxiliar o reequilíbrio após desarmonias desta natureza. Os demais membros, que fazem o mesmo trabalho (não necessariamente com o objetivo de feitura), retiram amostras destas águas, conforme seu uso (exclusivamente masculina ou feminina, ou combinação de ambas), e as consagram em seus próprios trabalhos, depois as mantendo em casa para uso, e.g., de ingestão de medicamentos.

No caso das águas do Peji ou do Alujá, qualquer um pode ingeri-las, desde que vinculadas ao seu sexo. Àquelas, entretanto, levadas para casa somente poderão ser ingeridas pela linhagem sanguínea do adepto (avós, pais, filhos, netos, ...) não o podendo ser pelos cônjuges ou parentes não sangüíneos. Outro aspecto, no âmbito dos adeptos, está em que tal água somente poderá ser consumida dentro da questão sexual, se forem originalmente masculinas ou femininas; se for mista, entretanto, poderá ser ingerida indistintamente.

O amplo uso de bebidas alcoólicas (72% das listadas) encontra suporte na informação de Oxalá (2001), segundo a qual, na linha cruzada, bebidas e tabaco são usados em grande quantidade. Sendo a Umbanda Nagô um ritual, antropologicamente classificável como uma Umbanda Cruzada – identificável a partir dos pressupostos de Anjos (2006), fica inerente a peculiaridade identificada.

Na Umbanda Nagô, a exemplo de outras bacias africanistas, é curiosa a interface entre as esferas do sagrado e do profano no que tange ao álcool. Ao tomar esta substância como exemplo, percebe-se seu caráter aparentemente ambivalente. No âmbito do sacro, sua utilização diz respeito a um processo de *cura* específica – seja de enfermidades do corpo ou da alma, para atendimento de preces ou confirmação de votos. O consumo é realizado por uma entidade espiritual específica supostamente incorporada em um médium. Dessa forma, quem consome o álcool não é o sujeito em seu corpo físico, e sim a força espiritual que lhe domina momentaneamente – e só o consome com algum propósito (NOGUEIRA, 1996).

É interessante observar que na opinião de um adepto consultado, surgiu a opinião de que utilização de bebidas alcóolicas, nesse sentido, poderia ser encarada como instrumento de manutenção do transe, condição que não encontra coro na opinião de outros adeptos, inclusive "mais graduados" hierarquicamente.

Conforme Barros e Gomes (2014), o consumo ritualístico de uma bebida alcoólica é marcado por sentidos específicos que variam de acordo com a entidade que vem "trabalhar" em terra, ou seja, a depender da quantidade e da substância ingerida, graças diversas são alcançadas.

O álcool, quando ingerido minimamente, realmente em pequeníssima dose, gera excitação, desinibição e euforia. Caso a pessoa continue a beber, o efeito será o contrário. A *priori*, a ingestão de pequena dose de álcool facilita a completa incorporação, tendo em vista o efeito primário da bebida sobre o sistema nervoso. A desinibição gera o relaxamento muscular e abaixa as barreiras da mente para completar o processo de incorporação. Torna-se fundamental, neste contexto, afirmar que, após a incorporação, é decisão da entidade incorporada, verificando as condições psíquicas do médium a real necessidade de utilização deste método para tal finalidade. Somente a entidade incorporada pode solicitar uma bebida!

Observa-se, com respaldo de Ramos (2015), que as entidades bebem entre elas, mas cada qual tem seu copo ou taça, que poderá ser compartilhado com médiuns não incorporados ou com consulentes. Diferentemente de outros rituais (bacias), muito raramente alguma entidade consome sua bebida diretamente da garrafa.

Segundo Anjos e Oro (2009), o álcool pode ser inserido na cadeia que produz outros regimes de existência. Se a atenção à presença é induzida com (e não pelo) uso de bebidas de álcool no culto de Exu, já na reverência aos Orixás, o uso de bebidas é incompatível com o regime de existência do sagrado que aqui se impõe.

O Atam é uma bebida festiva, cujo surgimento é muito mais de caráter cultural-educacional do que religioso. Sua origem parece remontar ao primeiro Ilê Nagô conhecido, a Comunidade Espírita Oxalá Nagô, existente no município de Porto Alegre por volta dos anos de 1960-1970 comandando pelo (agora já falecido) Babalorixá Lacerda de Xangô! É interessante que o próprio nome do Ilê (Comunidade Espírita) expressa a condição social da época, o que, conforme Soares (2009), se revestia de um disfarce frente as autoridades políticas que atuavam em perseguição aos adeptos do africanismo.

A formulação do Atam lembra alguns cocktails franceses, sendo utilizado suco de laranja, polpa de maçã, polpa de abacaxi, guaraná (refrigerante), espumante rosé, espumante branco e, caso necessário, adoçado com açúcar! As quantidades de cada ingrediente e a forma de preparo não nos foi permitido descrever. Equivocadamente, Correa (2017) relata a existência de apenas dois tipos de Atam (Atã para aquele autor), citando componentes significativamente diferentes dos que integram a bebida deste ensaio. É possível que o Atam Nagô seja uma derivação de um destes, ocorrida nos anos que compõem a década de 1970, o que, infelizmente não há como se saber ao certo. De qualquer forma, registre-se, por conseguinte, um terceiro tipo de Atam (Atã), assim como, ainda divergindo de Correa (2017), o Atam Nagô não se encontra vinculado a um Orixá em particular, que no estudo daquele autor é consagrado a Ogum.

Ao que tudo indica, tal bebida foi concebida com o propósito de evitar, em face a seu reduzido teor alcoólico (na ordem de 1% ou menos), a ocorrência de uma possível embriaguez, fato um tanto comum entre adeptos da matriz africana, em outras expressões ritualísticas.

As técnicas de preparação de bebidas inebriantes faziam parte da cultura de povos primitivos, as quais eram usadas em diferentes situações ritualísticas da vida tribal (CAMARGO, 2014). Tratando-se de bebidas rituais, não podemos descartar o forte vínculo existente entre plantas psicoativas e os transes místicos ou de possessão na vida religiosa do homem desde tempos pretéritos, tal como existiu entre povos primitivos em diferentes partes do mundo. Lembramos os antigos hidroméis fortificados à base de um constituinte farmacologicamente ativo, como diz Lima (1990), podendo ser um simples dulcificante ou um estimulante no processo fermentativo, citando a antiga bebida Soma, referida na literatura hindu, a qual se divinizou por afastar o sofrimento, embriagando e elevando as forças vitais, bebida que há 3000 anos já estava no RigVeda, livro dos hinos da religião ariana hindu, dedicado ao deus Soma, nome também dado ao cogumelo psicoativo *Amanita muscaria* (L. ex Fr.) Pers., com o qual é preparado a bebida, admitido como o

mais antigo alucinógeno de uso ritual (CAMARGO, 2014).

A bebida conhecida como Leite-de-onça já foi bastante popular no RS, entre estudantes universitários do final dos anos de 1980. Caracteriza-se por uma mistura homogênea (com uso de coqueteleira, ou assemelhado) de uma dose de cachaça, uma dose de leite de coco e uma dose de leite condensado!

Por sua vez, a bebida apontada pela entidade denominada Pantera-negra não é uma novidade, sendo de uso comum na África Oriental, muito apreciada entre os Me'em, habitantes de Bodia na Etiópia, e entre várias tribos pastoralistas, com predomínio de uso alimentar nos períodos de seca (MORAN, 1994) quando ocorre então um uso mais significativo desta mistura, lembrando que o sangue, considerado como fonte alimentar, possui um elevado teor protéico. Conforme Dyson-Hudson e Dyson-Hudson (1969), o sangue é obtido pela perfuração da carótida bovina e imediatamente misturado com leite, devendo ser bebido rapidamente quando a temperatura ambiental for muito elevada, em face ao seu "endurecimento". Embora a entidade tenha referenciado a bebida, a mesma não lhe é proporcionada pela total impraticabilidade de seu preparo.

Figura 3. Colheita do sangue para posterior mistura com leite. (Fonte: Documentário "Modo de vida de la tribu Masai", disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Ryr_EXt3b0Y >)

Os padrões de beber revelam muito a respeito da cultura de um povo, e o simples ato de ingerir bebida alcoólica pode representar um ato sagrado ou profano, dependendo do contexto social em que se está inserido. A prática do beber é mais uma questão que está relacionada à socialização do indivíduo que a um comportamento solitário, tendo a prevalência de uso pelos homens (MANDELBAUM, 1965). De acordo com o autor, mudanças nas práticas de consumo de bebida alcoólica, em uma determinada sociedade, podem estar relacionadas a importantes mudanças sociais.

De acordo com Grácio (2009), na antiguidade todas as civilizações deixaram marcas (relatos, histórias, objetos de arte, entre outros) relativas à importância do álcool e da vinha. Não há religião sem culto, e toda liturgia necessita de gestos e de símbolos. A videira e o vinho estiveram presentes nos principais rituais, sagrados ou profanos, e em quase todas as celebrações, desde os primórdios da civilização. Dos deuses egípcios e greco-romanos ao extremo oriente; da Bíblia dos judeus e cristãos ao Islamismo; do protestantismo à Santa Inquisição; da Revolução Francesa à Lei Seca, o vinho sempre esteve em evidência quando o assunto foi religião. Existem diversas referências à vinha e ao vinho no velho testamento, no qual

Israel é denominado "a vinha do Senhor"; assim evidentemente que o álcool, e nomeadamente o vinho, era um elemento relevante nos rituais religiosos.

A utilização ecumênica do vinho por parte da Igreja nos rituais sagrados, em uma aliança do homem com Deus, facilitou uma total aceitação e generalização aos rituais profanos. No entanto, nem sempre foi possível fazer a dicotomia entre sagrado e profano (Henriques et al., 2003). Nada mais natural que tenha se tornado uma bebida, por conseguinte, incorporada a "adega ritualística africana".

Figura 4. Os elementos da alimentação sagrada cristã – o vinho (videira) e o pão (trigo). Fonte: http://www.francosuissa.com.br/blog/wp-content/uploads/2015/06/ceia-do-senhor-2-2.jpg

O uso do gelo nas bebidas é algo controvertido! De acordo com a Yalorixá Vera de Ogum (com. pes.), não haveria referência para o uso de gelo em bebidas, sendo isto uma interferência do componente humano durante a incorporação (possessão), visto que no plano espiritual de onde viriam as entidades, não haveria esta preocupação com temperatura de bebidas. Nesta linha de raciocínio, de acordo com Oxalá (2001), Exus sorverão *bebidas "quentes" como aguardente, uísque barato e o que for, naturalmente sem gelo. Não é para ficar bom, nem gostoso, favorecendo o paladar do médium. É para ser ruim mesmo, atrapalhando os médiuns mal incorporados. Bebe, e bebe muito. Não perde o tino jamais, nem fica pelos cantos bebendo, olhando a gira a noite toda sem nenhuma função, sem dançar ou trabalhar*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram então catalogadas dezoito bebidas de uso no âmbito dos templos de Umbanda Nagô, sendo consideradas universais para todos, exclusivamente a Água de Orixá, o Atam, a Cerveja branca, a Cerveja preta e os espumantes! As demais podendo, ou não, estarem presentes em caso a caso. Não foram encontrados registros para uso de Vermute, muito embora esteja presente em outros rituais de matriz africana.

Os exus em especial são conhecidos por beberem bastante e de tudo, sendo sua firmação de certa forma flexibilizada. As pomba-giras, representantes femininas dos Exus, apresentam uma peculiaridade: preferem bebidas finas e adocicadas, como espumantes e licores. Há, porém, pretos-velhos e caboclos que bebem cachaça ou vinho. É interessante a aproximação realizada por Lages (2003), segundo a qual, a qualidade das bebidas que usam, assim como o das vestimentas e adornos irá depender do poder econômico do terreiro, neste caso, dos médiuns que trabalham e professam sua fé, visto que, situações menos privilegiadas irão proporcionar bebidas de marcas e qualidade consideradas inferiores, o oposto se apresentando em situações de melhor condição financeira.

Outrossim, os sentidos do uso das bebidas nos rituais da Umbanda Nagô se constituem como:

1. o *festivo*, considerando as festas ocorrentes, ocasião em que é distribuído o Atam (principalmente) e refrigerantes.

2. o *litúrgico*, neste sentido quando consumido pelas entidades de trabalho, através dos médiuns incorporados, ou nas oferendas realizadas no âmbito externo aos Ilês (Templos). Quando

consumida pelas entidades, poderá em muitas ocasiões ser compartilhada com médiuns não incorporados e consulentes.

3. o *medicinal*, neste sentido com destaque para a Água de Orixá, disponível no Peji (Congá) e no Alujá. Trata-se de água do(s) dirigente(s) Babalorixá e/ou Yalorixá, imantada em trabalho de Apoti (Chão) para uso ao longo do ano pelos que apresentem desequilíbrio energético durante as sessões de trabalho.

As bebidas têm significado de real importância para a manutenção dos valores religiosos (LODY, 2012). Assim, e finalmente, a temática das bebidas sagradas que estão presentes nas religiões de matriz africana é ainda um campo de estudos que merece ser mais cuidadosamente estudado. As bebidas são muito mais do que um alimento todas elas estão envolvidas em origens míticas, ou envolvidas com uso mítico propriamente dito e, portanto sagradas; além de serem a mediação entre homens e deuses, elas têm a sua elaboração cercada de ingredientes mágicos o que confere a cada uma delas uma profunda ligação com o sagrado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Luiz A. S.; JUNQUEIRA, Sérgio R. A. As festas religiosas, o profano no sagrado: formação dos professores. **Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.**, v.1, n.2, p.435-442. 2009.

ANJOS, José C. G. dos. **No território da linha cruzada: a cosmopolítica afro-brasileira**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Fundação Cultural Palmares. 2006. 126p.

ANJOS, José C. G. dos; ORO, Ari P. **Festa de Nossa Senhora dos Navegantes em Porto Alegre: Sincretismo entre Maria e Iemanjá**. Porto Alegre: Secretaria Municipal da Cultura. 2009. 140p.

BAHR, S. J.; MAUGHAN, S. L.; MARCOS, A. C.; BINGDAO, L.I. Family, religiosity, and the risk of adolescent drug use. **J Marriage Fam.**, v.60, n.4, p.979-992. 1998.

BALL, J.; ARMISTEAD, L.; AUSTIN, B. J. The relationship between religiosity and adjustment among African-American, female, urban adolescents. **J Adolesc.**, v.26, n.4, p.431-446. 2003.

BARROS, Daniel I. A.; GOMES, Melina S. "Me bote uma dose no copo, acenda uma vela e me faça uma oração": os pontos cantados da umbanda e seus ensinamentos. **Macabéa**, n.1, v.3, p.51-72. 2014.

BASTOS, F. I.; BERTONI, N.; HACKER, M. A. Consumo de álcool e drogas: principais achados de pesquisa de âmbito nacional, Brasil 2005. **Revista de Saúde Pública**, v.42, n.1, p.109-117. 2008.

CAMARGO, M. T. L. de A. Contribuição ao estudo Etnofarmacobotânico da bebida ritual de religiões afrobrasileiras denominada "vinho da Jurema" e seus aditivos psicoativos. **Revista Nures**, v.10, n.26, p.1-20. 2014.

CAMPOS, L. de. A sacralidade que vem das taças: o uso de bebidas no Mito e na Literatura Nórdica Medieval. Revista Brasileira de História das Religiões, v.8, n.23, p.97-107. 2015a.

CAMPOS, L. de. "Banquetes rituais na Era Viking." In: LANGER, Johnni (Org.) **Dicionário de Mitologia Nórdica: símbolos, mitos e ritos**. São Paulo: Hedra, 2015b.

CAMPOS, L. de. "Bebidas Sagradas Nórdicas". In: LANGER, Johnni (Org.) **Dicionário de Mitologia Nórdica: símbolos, mitos e ritos**. São Paulo: Hedra, 2015c.

CORREA, N. F. "A cozinha é a Base da Religião": a Culinária Ritual no Batuque do Rio Grande do Sul. **Arq. bras. Alim.**, v.2, n.1., p.116-127. 2017.

DALGALARRONDO, P.; SOLDERA, M. A.; CORREA-FILHO, H. R.; SILVA, C. A. M. Religião e uso de drogas por adolescentes. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v.26, n.2, p.82-90. 2004.

DYSON-HUDSON, Rada; DYSON-HUDSON, Neville. Subsistence Herding in Uganda. **Scientific American**, n.220,

v.2, p.76-89. 1969.

FERNANDES, J. A. **Selvagens bebedeiras – álcool, embriaguez e contatos culturais no Brasil Colonial (séculos XVI - XVII)**. São Paulo: Alameda, 2011.

FERRARI, E. S. Religiões e hábitos alimentares: uma construção histórica. **Revista Eletrônica de Teologia e Ciências das Religiões**, v.4, n.2, p.72-83. 2016.

FRANCO, A. **De caçador a gourmet: uma história da gastronomia / Ariovaldo Franco**. 2ªed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2001.

GRÁCIO, Joana C. G. **Determinantes do consumo de bebidas alcoólicas nos estudantes do ensino superior de Coimbra**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Saúde Pública), Universidade de Coimbra, 170p. 2009. Disponível on line em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13509/1/Tese_mestrado_Joana%20Gr%C3%A1cio.pdf>. Acesso em 15 jun. 2016.

HENRIQUES, F.; GOMES, J.; LOURENÇO, S.; ROQUE, J. Álcool e ritual: Os estilos de vida e a mudança num compromisso cultural. **Revista de Saúde Amato Lusitano**, n.8, v.11, p.17-27. 2003.

LAGES, Sônia R. C. **EXU – LUZ E SOMBRAS: Uma análise psico-junguiana da linha de Exu na Umbanda**. Juiz de Fora: Clio Edições Eletrônicas, 2003.

LIMA, O. G. de. **Pulque, Balché y Pajauaru. En la etnobiología de las bebidas y de los alimentos fermentados**. 2ªed. México (D. F.): Fondo de Cultura Económica, 1990 (1ª edição: 1975), 148 p.

LODY, Raul. **Tem dendê, tem axé: etnografia do dendezeiro**. Rio de Janeiro: Pallas, 1992.

MANDELBAUM, D. G. Alcohol and culture. **Current Anthropology**, p. 281-293. 1965.

MICHALAK, L.; TROCKI, K.; BOND, J. Religion and alcohol in the US National Alcohol Survey: how important is religion for abstention and drinking? **Drug and alcohol dependence**, v.87, n.2, p.268-280. 2007.

MORAN, Emílio F. **Adaptabilidade Humana: Uma Introdução à Antropologia Ecológica**. São Paulo: EDUSP. 1994. 512p.

NASCIMENTO, Alessandra A. S. Candomblé e Umbanda: Práticas religiosas da identidade negra no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, n.9, v.27, p.923-944, 2010. Disponível in <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>.

NOGUEIRA, L. **Entre a cruz e a encruzilhada: formação do campo umbandista em São Paulo**. São Paulo: EDUSP, 1996.

OXALÁ, Míriam P. de. **O Exu Desvendado**. 2001. Disponível on line in <http://olorum.lendas.orixas.nom.br/classificados/ebooks/019_oexudesvendado.pdf>. Acesso em 08 mar 2016.

RAMOS, João D. D. **O Cruzamento das Linhas: Aprontamento e Cosmopolítica entre Umbandistas em Mostardas, Rio Grande do Sul**. 2015. 273f. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

SANTOS, Orlando J. dos. **Ôrunmìlá & Exu**. Curitiba. Edição Independente. 192p. 1991. Disponível on line in <http://pt.slideshare.net/youngflu/orunmila-exu-1991portugesorlandojosedossantos>. Acesso em 08 mar 2016.

SANTOS, Orlando J. dos. **O Ebó no Culto aos Orixás**. Rio de Janeiro: Editora Pallas. 1993. 127p.

SENNA, Ronaldo S. A Remissão de Lúcifer. **Sitientibus**, v.3, n.6, p.71-79. 1986.

SOARES, Stênio. "Anos da Chibata": perseguição aos cultos afro-pessoenses e o surgimento das federações. **CAOS - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n.14, p.134-155. 2009.

SZTUTMAN, R. Cauim, substância e efeito: sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios. In: LABATE, B. C. et. al. (Org.). **Drogas e Cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

VAN DER MEER SANCHEZ, Z.; NAPPO, S. A. Intervenção religiosa na recuperação de dependentes de drogas. **Revista de Saúde Pública**, v.42, n.2, p.265-272. 2008.

WHO – World Health Organization. **Global status report on alcohol and health**. Geneva: World Health Organization. 2014. 376p.

GT15: SOCIEDADE INTERNACIONAL, DIREITO E POLÍTICA

A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL A PARTIR DA AGENDA DO TRABALHO DECENTE DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UM ESTUDO CRÍTICO NO PROCESSO DE GOVERNANÇA CONDUZIDO A PARTIR DA ORGANIZAÇÃO.

Fernanda Colomby Ortiz

RESUMO: Esse artigo se propõe a realizar uma análise de pontos críticos da Reforma Trabalhista no Brasil a partir das recomendações emitidas pela Organização Internacional do Trabalho através do documento denominado "Agenda do Trabalho Decente" no qual a OIT estabelece objetivos principais e estratégicos, acerca de princípios e direitos fundamentais no trabalho. A pertinência do tema se vincula com o amplo movimento de reformas trabalhistas que vem ocorrendo nos últimos anos, em países da Europa e da América Latina – incluindo o Brasil, essas reformas ocorreram efetuando uma massiva redução no âmbito de atuação do princípio da proteção ao trabalhador. Para análise do tema, foi adotada a revisão bibliográfica como metodologia de pesquisa, explorando o marco teórico em Niklas Luhmann. Assim, o texto possui alguns pontos essenciais: o primeiro contextualiza a questão da reforma trabalhista na Europa e na América Latina, trazendo essa discussão para o âmbito do Brasil, o segundo explana os tópicos alterados pela norma trabalhista e os impactos sociológicos dessas alterações e o seguinte, traz os principais objetivos estratégicos da agenda do trabalho decente, traçando um paralelo entre os objetivos da agenda e os pontos críticos trazidos pela Reforma Trabalhista no Brasil. Nas considerações finais é realizada uma breve crítica ao novo modelo legislativo adotado pelo Brasil conclui-se que o novo modelo legislativo não observa as questões sociais que permeiam as relações trabalhistas, conforme previsto nas recomendações estabelecidas pela OIT.

Palavras-chave: Trabalho. Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais. Organização Internacional do Trabalho. Princípio da Proteção ao Trabalhador.

RESUMEN: Este artículo se propone realizar un análisis de puntos críticos de la Reforma Laboral en Brasil a partir de las recomendaciones emitidas por la Organización Internacional del Trabajo a través del documento denominado "Agenda del Trabajo Decente" en el que la OIT establece objetivos principales y estratégicos, principios y derechos fundamentales en el trabajo. La pertinencia del tema se vincula con el amplio movimiento de reformas laborales que viene ocurriendo en los últimos años, en países de Europa y América Latina -incluyendo Brasil, esas reformas ocurrieron efectuando una masiva reducción en el ámbito de actuación del principio de la protección al trabajador . Para el análisis del tema, se adoptó la revisión bibliográfica como metodología de investigación, explorando el marco teórico en Niklas Luhmann. Así, el texto tiene algunos puntos esenciales: el primero contextualiza la cuestión de la reforma laboral en Europa y en América Latina, trayendo esa discusión hacia el ámbito de Brasil, el segundo explana los tópicos alterados por la norma laboral y los impactos sociológicos de esas alteraciones, en el marco de la reforma agraria, en el marco de la reforma agraria. En las consideraciones finales se realiza una breve crítica al nuevo modelo legislativo adoptado por Brasil se concluye que el nuevo modelo legislativo no observa las cuestiones sociales que permean las relaciones laborales, conforme a lo previsto en las recomendaciones establecidas por la OIT.

Palabras clave: Trabajo. Reforma Laboral. Derechos Fundamentales. Organización Internacional del Trabajo. Principio de Protección al Trabajador.

1 INTRODUÇÃO:

A análise inicialmente se propõe a estabelecer um panorama sobre o papel de governança da

Organização Internacional do trabalho realizando para uma contextualização mundial dos processos de reformas trabalhistas em diversos países da Europa e da América Latina, essas reformas foram realizadas com o intuito de flexibilizar as normas da legislação laboral e sob o pretexto de reduzir o déficit empregatício ocasionado pela crise econômica, a análise foi conduzida trazendo a discussão para o âmbito do Brasil.

Para melhor percepção do desenvolvimento dos direitos do trabalho no âmbito transnacional, optou-se por uma análise da Agenda do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho em conjunto com o Plano Nacional de Trabalho Decente, em 1999 a Organização Internacional do Trabalho firmou o conceito de trabalho decente, esse conceito sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, com condições mínimas de igualdade, dignidade humana, segurança e liberdade, sendo o trabalho decente, considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Por fim, o artigo realizou uma análise dos pontos críticos trazidos pela reforma trabalhista do Brasil, em contraste com as recomendações da Organização Internacional do Trabalho, realizando uma avaliação crítica acerca do posicionamento da OIT, das razões porquê há dificuldade na aplicação das Convenções e recomendações da Organização por parte dos Estados-Membros e sobre as tendências reflexivas no direito transnacional.

2 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO MOVIMENTO DE REFORMAS TRABALHISTAS NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA:

A onda de reformas trabalhistas teve início na Europa, onde enfrentou resistência relevante de movimentos sociais e da população em geral, se estendendo posteriormente para países da América Latina, sustentando que a imprescindibilidade de flexibilização e modernização se devia à necessidade de melhorar as condições para a geração de empregos, reduzindo assim, teoricamente, os índices de desemprego[1].

Entretanto, os estudos conduzidos pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, da Universidade de Campinas, indicam que essas reformas veem falhando sistematicamente em seus alegados objetivos, após a coleta de dados sobre o período que se seguiu às Reformas, não houve evidências de que a flexibilização de fato resulte em aumento nos níveis de ocupação e em menores taxas de desemprego[2].

Por outro lado, a redução da teia de proteção legal ao trabalhador resulta em aumento de situações de emprego precárias, aumento da desigualdade social e em um agravamento da segmentação no mercado de trabalho.

Na Alemanha as reformas trabalhistas realizadas no ano 2000, aumentaram a inclinação dos desempregados a aceitar qualquer tipo de oferta de emprego, sem restrições à ocupação, qualificação ou salários, os benefícios sociais foram reduzidos e impostas importantes restrições à aposentadoria.

Dos postos de trabalho criados entre 2000 e 2015, naquele país, mais de 60% (sessenta por cento) eram de contratos temporários, contratos de prazo fixo, pequenos serviços ou trabalho em regime de tempo parcial (meio período). As reformas tiveram um papel fundamental em agravar a tendência de crescimento dos contratos atípicos.[3]

Ainda assim, a diferença social, política, econômica e cultural, entre o Brasil e a Alemanha é imensa e portanto, não se pode deixar de considerar questões pertinentes, como por exemplo o fator social, na Alemanha a sociedade tem acesso à educação, saúde e habitação por custos irrisórios, além de acesso à formação profissional de qualidade, já em um país como o Brasil, de políticas sociais nulas ou inefetivas o

[1] https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/2995162/crise-faz-europa-reformar-as-suas-leis-trabalhistas

[2] Experiências Internacionais em Reforma Trabalhista – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – UNICAMP:http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-Discuss%C3%A3o-1-Experiencias-internacionais.pdf – Acesso em: 02/05/2018

[3] Centre for Policy Studies https://www.cps.org.uk/files/reports/original/141024133732-TheHartzReforms.pdf - acesso em 13.04.2018.

efeito dessa precarização tende a ser catastrófico[4].

> "Uma das particularidades que distingue o desenvolvimento europeu no mundo, se deve sem dúvida à marcada acentuação das premissas legais da convivência social. Essa convivência se verificou sob o fundamento do Direito Civil romano e sob a formação de princípios sustentados no direito natural." (Luhman, 2005, p. 474. Tradução da autora[5])

A gritante desigualdade social, se traduz em um relevante problema do Brasil, influenciando diretamente outras questões de ordem política e social, conforme Alexandre César:

> "Sendo o Brasil um dos primeiros países no ranking mundial de pior distribuição de renda (assustadores índices atestam que os 10% mais ricos "abocanham" quase 50% da renda nacional), não existe nenhuma dificuldade em visualizar o quão limitador ao efetivo acesso à justiça é a desigualdade econômica. (2002, p. 92)

Uma das consequências dessa gritante desigualdade social é a obstaculização do acesso aos direitos básicos, o que impede ou dificulta de forma substancial, o exercício da cidadania, o impedimento ao trabalhador para acessar o judiciário é muitas vezes, de ordem econômica, o Estado, por sua vez, quando não estende aos hipossuficientes a garantia de acesso à justiça, está em flagrante descompasso em relação às normas Constitucionais.

> "A barreira da pobreza impede a submissão de todos os conflitos à apreciação de um juiz imparcial. Mas é verdadeiramente trágica se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos. Os despossuídos são privados até dos direitos fundamentais de primeira geração, para eles meras declarações retóricas, sem repercussão em sua vida prática." (NALINI, 1997)

Assim, a adesão do Brasil à Agenda do Trabalho Decente e o estabelecimento de um Plano Nacional do Trabalho Decente, denotam importantes medidas que visam o restabelecimento de uma postura que priorize os aspectos humanos e sociais concernentes ao trabalho.

3 A AGENDA DO TRABALHO DECENTE DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO:

A fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ocorreu em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, tendo sido ganhadora do Prêmio Nobel da Paz em 1969, é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização[6].

Frente aos desafios da globalização e dos déficits das políticas em matéria de crescimento e emprego, em 1999 a OIT instituiu o Trabalho Decente como o objetivo central de todas as suas políticas e programas. A noção de Trabalho Decente abrange a promoção de oportunidades para mulheres e homens do mundo para conseguir um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna.

O Trabalho Decente é o eixo central para onde convergem os quatro objetivos estratégicos da OIT:

a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho;

b) promoção do emprego de qualidade;

c) extensão da proteção social;

d) fortalecimento do diálogo social.

[4] Julimar Bichara - http://br.rfi.fr/geral/20150713-conheca-o-modelo-trabalhista-alemao-que-inspirou-o-brasil-contra-o-desemprego

[5] *"Una de las particularidades que distingue al desarollo europeo, en el mundo, se debió sin duda a la marcada acentuación de los supuestos jurídicos de la convivencia social. Esta convivencia se verifico sobre el fundamento del derecho civil romano y sobre la formulación de sus princípios, sustentados em el derecho natural."*

[6] https://nacoesunidas.org/agencia/oit/ - Acesso em 02/05/2018.

Além da promoção permanente das normas internacionais do trabalho, do emprego, da melhoria das condições de trabalho e da ampliação da proteção social, a atuação da OIT no Brasil tem se caracterizado pelo apoio ao esforço nacional de promoção do trabalho decente em áreas como o combate ao trabalho forçado, ao trabalho infantil e ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e comercial, a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento para todas as pessoas no trabalho e a promoção de trabalho decente para os jovens, dentre outras formas de atuação.

O Plano Nacional de Trabalho Decente tem por finalidade principal contribuir para a promoção do Trabalho Decente no Brasil conforme compromissos assumidos pelo País na Agenda Nacional do Trabalho Decente - ANTD. A sua implementação visa fortalecer a capacidade do Estado brasileiro para avançar no enfrentamento dos principais problemas estruturais da sociedade e do mercado de trabalho, entre os quais se destacam: a pobreza e a desigualdade social; o desemprego e a informalidade; a extensão da cobertura da proteção social; a parcela de trabalhadoras e trabalhadores sujeitos a baixos níveis de rendimentos e produtividade; os elevados índices de rotatividade no emprego; as desigualdades de gênero e raça/etnia; as condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, sobretudo na zona rural.

O Plano Nacional de Trabalho Decente foi construído por meio de trabalho participativo realizado pelo Grupo de Trabalho Interministerial – GTI composto por representantes dos Ministérios e Secretarias Especiais que integram o Comitê Executivo Interministerial e em consulta com os atores sociais, por meio de Grupo de Trabalho Tripartite - GTT, integrado por representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores.

Criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, em novembro de 2007, o Grupo de Trabalho Tripartite - GTT, tem a finalidade de assessorar o Comitê Executivo Interministerial - CEI, no processo de implementação da Agenda Nacional de Trabalho Decente – ANTD.[7]

Os principais compromissos do Brasil na promoção da ANTD e da Agenda Hemisférica do Trabalho Decente são em relação aos seguintes temas: geração de empregos; recuperação progressiva do valor real do salário mínimo; combate ao trabalho forçado e ao trabalho infantil; extensão da proteção social, especialmente a mulheres, jovens, populações negras e populações indígenas e construção de mecanismos voltados para a promoção da igualdade de gênero.

Assim, o Plano Nacional de Trabalho Decente constitui o instrumento adequado para a implementação do compromisso firmado entre o Governo brasileiro e a OIT expresso na Agenda Nacional de Trabalho Decente, estabelecendo as prioridades, os resultados esperados e as estratégias, metas, prazos, produtos e indicadores de avaliação esse plano deverá ser monitorado e periodicamente avaliado com suporte da OIT e em consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores.

A cooperação técnica é um dos principais mecanismos de implementação do Plano, constituindo, assim, o marco da cooperação entre as partes, os projetos e atividades de cooperação técnica que já vêm sendo desenvolvidos pela OIT no Brasil, assim como os que poderão vir a ser negociados e aprovados, são instrumentos importantes para a consecução dos resultados esperados.

O Governo brasileiro e a OIT firmaram compromisso de envidar esforços para mobilizar, nacional e internacionalmente, os recursos técnicos e financeiros necessários à execução das ações definidas no Plano.

O Plano também incorpora, como parte de seus objetivos, a promoção da Cooperação Internacional em matéria de Trabalho, Emprego e Proteção Social, com ênfase na Cooperação Sul-Sul, tal como previsto no Acordo de Cooperação firmado em 29 de julho de 1987, entre a OIT e o Governo brasileiro para a Cooperação Técnica em Outros Países da América Latina e Países da África[8].

Com base neste Acordo, a OIT e o Brasil promoverão a difusão e o intercâmbio com outros países, em especial os países em desenvolvimento, de boas práticas e iniciativas desenvolvidas no Brasil nos temas que conformam esta Agenda.

---

[7] ILO, 2010 - PNDT.

[8] Abramo, Laís. Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social / Organização Internacional do Trabalho - Genebra: OIT, 2015.

Um dos grandes desafios a ser enfrentado na perspectiva de um modelo de crescimento e desenvolvimento inclusivo e sustentável é garantir que o emprego seja tratado como elemento central das políticas públicas.

Para tal, há necessidade de que sejam desenvolvidas as condições técnicas necessárias para que o emprego possa ser incorporado como um objetivo da política econômica. Entretanto, em uma escalada neoliberal, seguindo a tendência dos países europeus, a Reforma Trabalhista adotada no Brasil, vem em sentido contrário às recomendações da ANTD da Organização Internacional do Trabalho.

4 A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL EM CONTRASTE COM OS OBJETIVOS DA AGENDA DO TRABALHO DECENTE DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO:

Após decorridos cerca de dois séculos de incessantes esforços, no sentido de consolidar as legislações sociais trabalhistas, é possível observar que a lógica mundial vem sofrendo alterações, a normatização que envolve o mundo do trabalho vem perdendo o reflexo dos fatores originários que demandaram sua evolução, para dar lugar a um fenômeno internacionalizante inverso, que não vem buscando resguardar os interesses e a melhoria das condições de vida da classe operária, mas sim os interesses do capital internacional, fator dominante nos mercados mundiais, e assim, pressionando os países em nome da competitividade, a um retrocesso na legislação trabalhista – que a muito custo adotou um viés mais protetivo - a voltar para os moldes liberais de outrora.

A Reforma Trabalhista realizada no Brasil em 2017, trouxe importantes alterações ao texto (até então vigente) da Consolidação das Leis Trabalhistas, a partir dessas alterações se operaram mudanças significativas com relação à posição do Brasil, frente às recomendações e compromissos firmados junto à OIT, por meio da ANTD, considerando que dentre as mudanças estabelecidas pela legislação, está o disposto nos seguintes artigos da Lei 13.467/2017[9]:

> *Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante somente poderá trabalhar em ambiente insalubre mediante a apresentação de atestado médico que comprove que o ambiente não afetará a saúde ou oferecerá algum risco à gestação ou à lactação.*
>
> *Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.*
>
> *Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.*
>
> § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, inclusive as disciplinadas por legislação específica. (NR)
>
> *Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.*

Antes da entrada em vigor da reforma trabalhista no Brasil, o trabalho em condições insalubres era completamente vedado às gestantes, com a nova redação do artigo 394-A, mediante a apresentação de atestado médico a gestante poderá continuar exercendo as suas atividades em trabalho com condições insalubres, desde que apresente atestado médico que garanta que o ambiente não afetará a saúde ou oferecerá algum risco à gestação ou à lactação, entretanto é possível questionar, se um atestado médico oferecerá a proteção mínima necessária à mulher e ao feto.

9 Lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas no Brasil (Decreto 5452/1943), aprovada no Senado em 13/07/2017.

Acerca do artigo 442 – B, antes da alteração legal, trabalhador autônomo era o pequeno empresário que organizava a sua rotina sem qualquer espécie de subordinação e sua atividade econômica era exercida em proveito próprio, os exemplos mais conhecidos desse tipo de trabalho são os profissionais liberais, médicos, dentistas, advogados, que atuavam com ampla liberdade e sem qualquer espécie de subordinação.

Ao incorporar a possibilidade de contratação no regime de trabalho autônomo a CLT flexionou proteções consolidadas ao trabalhador subordinado, ao contratar um trabalhador autônomo o empregador não assume nenhum risco em relação à atividade também não é compelido ao pagamento de nenhum dos direitos previstos na CLT, tais como férias 13º salário, FGTS e os encargos com o INSS ficam a cargo do trabalhador.

Com relação ao trabalho intermitente, cujo conceito é apresentado a partir da reforma trabalhista no artigo 443 e em seu § 3º, a conceituação legal para trabalho intermitente apresentou a ideia de que o contrato de trabalho (gerado pelo vinculo de emprego e com as incidências das regras da CLT) poderá ocorrer de forma alternada, ou seja, o trabalhador poderá se ativar em um período e permanecer sem atividade em outro período. Sendo que os períodos de intermitência serão fixados por horas, dias ou meses. Qualquer profissão ou atividade econômica poderá adotar o trabalho na forma intermitente, exceto os aeronautas. Inclusive o trabalho intermitente poderá ser conjugado com o trabalho por prazo indeterminado ou determinado, ou melhor, o contrato poderá ser indeterminado-intermitente ou determinado-intermitente.

Os conceitos legais aproximam o trabalhador intermitente ao trabalhador avulso, ou seja, aquele que por intermédio de um Órgão Gestor de Mão de Obra ou Sindicato prestava serviços e só recebia pelos serviços prestados e ao final dos serviços de forma imediata. Porém, a significativa distinção é que neste (contrato intermitente) não há um terceiro gerindo o contrato do trabalhador, a relação é direta entre ele (operário) e empregador.

O conceito é moderno e implica diversas reflexões e modificações na estrutura da prestação de serviços. Entretanto, essa forma de precarização deixa inúmeros questionamentos acerca da sua aplicação, uma vez que a Lei não esclarece, qual a periodicidade de pagamento para o caso de o contrato de trabalho perdurar por prazo superior a um mês – se o pagamento deverá ocorrer de forma mensal, semanal, diária ou por hora trabalhada.

A legislação não demonstra de forma clara se há algum limite de permanência do trabalhador na condição de intermitência, e se há um limite de tempo para manutenção do contrato com o trabalhador paralisado – e portanto, em período em que não efetuará o seu trabalho e não receberá por isso.

Da mesma forma, o artigo 790 da CLT, foi alterado de forma prejudicial ao trabalhador, o texto legal incorporou disposições que claramente constituem um limitador ao acesso do trabalhador ao judiciário:

> *"Art. 790. .....*
>
> § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> § 4º O *benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo." (NR)*
>
> *"Art. 790-B.* A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.
>
> § 1º Ao *fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.*
>
> § 2º O *juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.*
>
> § 3º O *juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.*

> § 4º Somente *no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no* ***caput****, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo." (NR)*

Ao dispor que o reclamante, para obtenção do benefício da justiça gratuita, deverá receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e que deverá ainda, comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, certamente a legislação acaba por fixar critérios que fatalmente excluirão a possibilidade de o empregado ver a sua demanda apreciada pelo poder judiciário.

Outro importante limitador de acesso ao judiciário imposto pela nova norma trabalhista, reside na questão relativa ao pagamento de honorários periciais, uma vez que o empregado mesmo detentor de Assistência Judiciária Gratuita, poderá ser impelido a arcar com as custas de honorários periciais, em caso de sucumbência, uma vez que mesmo o trabalhador não tendo obtido sucesso na demanda, se houver recursos a serem recebidos, ainda que em outra ação interposta, esses recursos serão utilizados para o pagamento do débito pericial.

As alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 aos artigos supra referidos colidem frontalmente com os princípios do Plano Nacional de Trabalho Decente ao autorizar o trabalho de gestantes em condições insalubres, a contratação indiscriminada de autônomos, o trabalho intermitente e as dispensas imotivadas plúrimas - sem necessidade de prévia autorização de entidade sindical ou de acordo coletivo. Considerando que a adoção dessas medidas efetua ampla restrição à proteção social do trabalhador e que na prática, o que está sendo relegado é o princípio da proteção ao trabalhador[10], desrespeitando ainda os princípios e direitos fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade e o fortalecimento do diálogo social.

Enquanto a noção de trabalho decente integra as dimensões qualitativa e quantitativa do trabalho, propondo não somente medidas direcionadas à geração de novos postos de trabalho e ao enfrentamento do desemprego, como também, as que visem à debelar formas de trabalho que gerem renda insuficiente para que os indivíduos atinjam condições mínimas aptas a superar as condições de pobreza, ou de atividades insalubres, perigosas e degradantes, visando assim, o combate à reprodução de situações de desigualdade social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Organização Internacional do Trabalho possui limitações na aplicação e ratificação de suas orientações e determinações, adotando uma técnica de governança denominada *soft law*[11], uma vez que não há força vinculante em suas convenções, tendo em vista que a ratificação destas pelos Estados-Membros não é mandatória, a Organização precisa atuar de forma ativa e ampla, no intuito de aumentar a adesão por parte dos Estados-Membros no cumprimento das Convenções.

A principal estratégia da OIT para o tratamento da questão, visando estender a aderência aos seus padrões de trabalho tem um caráter reflexivo, que encontra amparo na teoria Luhmaniana: *"O direito opera na sociedade, nela se executa, desempenha uma função social e se faz diferenciado para satisfazer a essa função por sua reprodução autopoiética própria*" (LUHMANN, 2016, p.741)

---

[10] Cf. ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. **(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho.** Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, pp. 11 e segs. Como declinações do princípio de proteção os autores arrolam os princípios da condição mais benéfica, da norma mais favorável, do in dubio pro operario, da primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego, da irrenunciabilidade, da intangibilidade salarial, da solidariedade do grupo econômico, da função social do contrato e da boa-fé.

[11] As normas de soft law são oriundas do direito programatório, que consubstanciam diretrizes gerais, em tese desprovidas de coercitividade, uma vez que não há meios jurídicos que possibilitem exigir que uma parte contratante cumpra com o que foi por ela pactuado com as demais. [MAZZUOLI, 2012. p.185]

Conforme Luhmann, o direito não é imutável, não se estabiliza no tempo, sob esta afirmação e sob um olhar que deriva da evolução social, é possível verificar que a noção de justiça se altera em conjunto com a sociedade na qual está estabelecida, seja em questões temporais, seja em questões culturais. Mas que independentemente das modificações, se faz necessário um imperativo comum para manutenção da ordem, é sob essa premissa que se dá a compreensão de que as normas de caráter transnacional encontram amparo na sociedade.

É visando aumentar a efetividade dos padrões de trabalho que a abordagem dentro de uma estratégia reflexiva se fortalece como tendência, a necessidade de refletir acerca de suas limitações desemboca na criação de novas estratégias criativas, admitindo os problemas decorrentes da ratificação pelos Estados-Membros. Visando realçar a tomada de consciência sobre os seus padrões de trabalho, a OIT optou por priorizar, progressivamente, padrões específicos.

Essa priorização, visando o fortalecimento de padrões de trabalho, se operou a partir da identificação da conjuntura da sociedade mundial, o que ocorreu com o estabelecimento de uma Comissão Mundial da Dimensão Social da Globalização[12], cujo trabalho originou um relatório indicativo dos principais padrões de trabalho. Esse documento constitui uma refutação às críticas procedentes dos países em desenvolvimento de que os padrões de trabalho os embargam de qualquer eventual vantagem competitiva, no cenário de uma economia global. Entretanto o relatório da comissão apontou o risco de uma flexibilização que gere um relaxamento nos padrões de Direito do Trabalho.

O programa de Trabalho Decente usa técnicas de governança a partir da *soft law*, sua implantação tem uma tendência reflexiva no Direito do Trabalho e os Estados-Membros são incentivados a se utilizarem desse mecanismo com a finalidade de implementar os Programas Nacionais de Trabalho Decente – PNDT. A OIT fornece o suporte para implementação desses programas e ainda à coleta de dados, sobre o mercado de trabalho, análises econômicas e de indicadores visando assim, que os programas respondam às demandas do mercado de trabalho em emergência.[13]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRAMO, Laís. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social** / Organização Internacional do Trabalho - Genebra: OIT, 2015.

BICHARA, Julimar. http://br.rfi.fr/geral/20150713-conheca-o-modelo-trabalhista-alemao-que-inspirou-o-brasil-contra-o-desemprego. Acesso em: 02/05/2018.

BRASIL. Lei. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho 2017.

GASKARTH, Glin. **The Hartz Reforms – And their lessons for U.K.** Centre for Policy Studies.2014.https://www.cps.org.uk/files/reports/original/141024133732TheHartzReforms.pdf - acesso em 13.04.2018.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania.** Cuiabá: EduFMT, 2002.

ILO. Comissão Mundial Sobre a Dimensão Social da Globalização. Relatório - Por uma globalização justa: criar oportunidades para todos. 2005.

ILO. Cooperação Sul-Sul para a promoção do Trabalho Decente. 2015. http://www.ilo.org/brasilia/programas-projetos/WCMS_451695/lang--pt/index.htm. Acesso em: 05/05/2018.

ILO. Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019 La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Genebra:OIT, 2017.

[12] Comissão Mundial Sobre a Dimensão Social da Globalização. Relatório - Por uma globalização justa: criar oportunidades para todos. ILO, 2005.

[13] ILO. Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019 La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 2017.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016a.

_____. O direito da sociedade. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

_____. El derecho de la sociedad. Espanha: Herder, 2006.

_____. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

_____. The world society as a social system. In: LUHMANN, Niklas: Essays on self reference. New York: Columbia University Press, 1990. pp. 175-191.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? International Review of Sociology, [S. l.], v. 7 n. 1. Mar. 1997. pp. 67-79.

NALINI, José Renato. **Direitos Humanos: Novas perspectivas no Acesso** à **Justiça.** Revista CEJ, n.03, São Paulo, dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/114/157 > Acesso em: 02/05/2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público – Parte Geral.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PNDT. Plano Nacional do Trabalho Decente – Gerar Trabalho Decente para Combater a Pobreza e as Desigualdades Sociais. Ministério do Trabalho e Emprego. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226249.pdf. Acesso em: 05/05/2018.

ROCHA, Leonel Severo. Schwartz, Germano. Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2013.

SALAS, Carlos. PERNÍAS, Rigoletto Tomás. **Experiências Internacionais em Reforma Trabalhista** – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – UNICAMP http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de Discuss%C3%A3o-1-Experiencias-internacionais.pdf – Acesso em: 02/05/2018

ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. **(Re)Significação dos princípios de Direito do Trabalho.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

OS DILEMAS DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Reynaldo Alan Castro Filho[1]

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo identificar os elementos que compõem a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, abordar as dificuldades que se apresentam diante dessa concepção tendo em vista o contexto de uma sociedade globalizada, bem como propor alternativas para mitigar tais dificuldades. Para tanto a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica. Como resultado, verificou-se que a Declaração Universal dos Direitos fez emergir a concepção contemporânea dos direitos humanos, que pugna pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Como as decisões relacionadas ao tema dos direitos humanos inserem-se no contexto da prática das relações internacionais, que continua centrada na atuação de Estados que ocupam diferentes posições de poder, é urgente defender a implementação de uma governança global democrática a partir da abertura à participação de atores não estatais.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Humanos. Governança. Relações Internacionais. Sociedade Globalizada.

ABSTRACT: The subject of this study is to identify the elements that consists the contemporary conception of Human Rights, explain the difficulties presented for this conception, as well as to propose alternatives to mitigate such difficulties. For this, the methodology used was the bibliographic review. As a result, it was found that the Universal Declaration of Rights gave rise to the contemporary conception of human rights, which pursuits for the universality and indivisibility of these rights. As human rights decisions fall within the context of the practice of international relations, which remains focused on the States´ actions that holding different positions of power, it is urgent to defend the implementation of democratic global governance through openness to participation of non-state actors.

Keywords: Democracy. Human Rights. Governance. International Relations. Globalized Society.

1 INTRODUÇÃO

O regime totalitário imposto pelo Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), ou Partido Nazista, como ficou mais conhecido, representou uma proposta de organização da sociedade que tinha como foco a dominação total dos indivíduos. Encarnou, assim, um processo de ruptura com a tradição, pois diferente de qualquer outro regime esforçou-se "por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade — a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana" (LAFER, 1988, p. 117). Para o nazismo, os indivíduos não tinham direitos, mas apenas deveres em relação à coletividade, o que representou uma negação do valor da pessoa humana enquanto fonte da ordem jurídica (LAFER, 1988). Dessa forma, o valor atribuído à pessoa humana como fundamento dos direitos humanos, que integrava a tradição, acabou esfacelando-se em meio à ideologia totalitária, de sorte que os "seres humanos se tornaram dispensáveis e descartáveis" (PINTO, 2014, p. 21).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do regime nazista, os direitos humanos necessitavam, então, ser reconstruídos, fundados, mais do que nunca, no valor supremo da dignidade humana. Registre-se que foi somente a partir desse momento histórico que o problema do reconhecimento dos direitos humanos transportou-se da esfera nacional para a internacional, passando a envolver, ineditamente, todos os povos (BOBBIO, 2004).

[1] Mestrando em Direito e Sociedade da Universidade La Salle, Canoas, (Brasil), e-mail: racfcastro@gmail.com

Desde aí decorre a preocupação com os direitos humanos em nível global, o que significa dizer que, em que pese sejam os Estados soberanos, eles não podem fazer individualmente o que querem no que concerne ao tema. Mais especificamente, conforme assinala Ricardo Yamato, foi a partir da tipificação dos crimes contra a humanidade, após a segunda guerra, que se passou a identificar uma tensão entre os direitos humanos internacionais e a soberania dos Estados, uma vez que o reconhecimento de direitos fundamentais a todo ser humano implica, necessariamente, a limitação da soberania estatal (YAMATO, 2014).

Conforme sustenta Maria do Céu Pinto, a internacionalização dos direitos humanos passou a permitir a prática da mediação internacional nas hipóteses em que os Estados, por conta própria, não se mostrem efetivos na proteção de tais direitos, o que culminou na produção de uma série de normas internacionais que inauguraram a possibilidade de responsabilizar os Estados na esfera internacional (PINTO, 2014).

Reconheceu-se, assim, a necessidade de haver um constante diálogo entre as normas internas dos Estados e o Direito Internacional, o que contribuiu para a redefinição da noção de soberania, uma vez que os Estados não podiam mais eximir-se do cumprimento de normas internacionais de direitos humanos, que passaram a ser incorporadas aos ordenamentos internos com vistas ao alcance de objetivos comuns (MARTINI e ALVES, 2017).

Feitas essas considerações, importa mencionar que o presente artigo tem como objetivo tratar acerca da concepção contemporânea dos direitos humanos e as dificuldades de sua implementação no contexto de um mundo globalizado, marcado por constantes relações de luta por espaço de poder que se alinham ao paradigma neoliberal.

Para tanto, o estudo divide-se em três partes. A primeira parte cuidará dos elementos teóricos, descritivos e normativos, que compõem o conteúdo da dignidade da pessoa humana enquanto valor fonte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A segunda parte discorrerá, pontualmente, sobre a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, consagrada a partir da Declaração Universal de 1948. Por fim, dado o contexto de um mundo global, a última parte abordará as divergências que se suscitam em torno da concepção contemporânea dos Direitos Humanos, que acabam por dificultar sua observância, bem como as possíveis soluções que se apresentam diante desse cenário.

2 ELEMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A despeito do fato da dignidade humana ter sido objeto de construções teóricas filosóficas por autores clássicos, a relevância sobre o tema ganhou novos contornos após o término da Segunda Guerra Mundial, na medida em que se passou a levar em consideração a própria experiência humana no processo de afirmação da dignidade. Acerca disso, importa registrar que o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana remonta ao advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, como reação ao desprezo conferido ao ser humano durante o regime nazista.

Nesse contexto, Hannah Arendt sustenta a ideia de que o significado de pessoa humana está atrelado ao episódio histórico que negou aos judeus alemães o direito de terem direitos, de modo que a dignidade da pessoa humana não deve ser vista como um pleonasmo, pois a pessoa humana é aquela que tem o direito de ter direitos e de ter garantida a sua personalidade jurídica como ser humano (ARENDT, 1997).

No dizer de Ingo W. Sarlet, a dignidade configura-se em "um elemento integrante […] da natureza da pessoa humana [...] que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente" (SARLET, 2009, p. 101).

Já para Robert Alexy, conceituar o termo *dignidade humana* configura-se em tarefa altamente complexa, uma vez que a expressão conjuga tanto aspectos descritivos quanto aspectos normativos (ALEXY, 2015). Dessa forma, cumpre, inicialmente, resgatar a ideia clássica acerca da dignidade humana a partir da formulação de Kant, tida como a mais proeminente no que concerne ao elemento descritivo do seu

conteúdo.

Assim, para Imannuel Kant, o fundamento da dignidade humana é a autonomia do ser humano, que se manifesta quando este é capaz de autodeterminar-se e agir em conformidade com essa máxima como se ela fosse uma lei universal, qualidade que se atribui somente aos seres racionais. Em sentido contrário, os seres irracionais possuiriam apenas valor relativo, dado que, por serem vistos como coisas, poderiam ser tratados como instrumentos e não como fins em si mesmos (KANT, 1986).

Por conseguinte, a ideia de dignidade estabelece que todo ser racional, por ser um fim em si mesmo, não estaria sujeito ao arbítrio da vontade alheia, o que impediria sua redução à condição de mero objeto (KANT, 1986). Em alusão a essa concepção, oportuna é a reflexão de Ernesto Benda, que rechaça veementemente qualquer possibilidade que permita reduzir o ser humano à condição de objeto, tal como ocorreu na Alemanha do Terceiro Reich (BENDA, 2001).

Diante disso, vale louvar a concepção kantiana acerca da dignidade, especialmente no que concerne à vedação da instrumentalização do ser humano. Contudo, a crítica a essa concepção fica a cargo da dependência ao critério da racionalidade, que desconsidera, por exemplo, a necessidade de proteção especial de que dependeriam os deficientes intelectuais.

Prosseguindo na análise conceitual da *dignidade da pessoa humana*, ainda no que diz respeito aos aspectos descritivos de seu conteúdo, Robert Alexy propõe que o conceito de dignidade relaciona-se com o conceito de pessoa, que, por sua vez, compreende uma estrutura *duplo-triádica,* ou seja, para ser pessoa, "deve-se atender a três condições por dois turnos seguidos" (ALEXY, 2015, p. 24).

Nesse sentido, a primeira condição seria a inteligência; a segunda, o sentimento; e, a terceira, a autoconsciência, que é definida pela reflexividade, sendo que esta distingue-se, ainda, em três modalidades, a saber: a cognitiva, a volitiva e a normativa. Daí é que advém a estrutura *duplo-triádica* do conceito de pessoa, já que o terceiro elemento da primeira tríade, a autoconsciência, também se subdivide em outros três elementos (ALEXY, 2015).

Especificamente no que toca às características das modalidades de reflexividade, registre-se que a primeira delas, a cognitiva, concentra-se naquilo que se entende por autoconhecimento, cujo elemento basilar é a certeza fática do nascimento e da morte de toda pessoa. A reflexividade volitiva, por seu turno, diz respeito à capacidade da pessoa de dirigir o próprio comportamento e, dessa forma, a si mesmo, de acordo com a sua vontade. Já a reflexividade normativa está relacionada com a autoavaliação, no sentido de identificar a correção ou não de uma conduta, bem como se a vida que se leva corresponde a uma boa vida (ALEXY, 2015).

Dessa forma, uma vez que o indivíduo possua, em conjunto, inteligência, sentimento e reflexividade nas suas formas cognitiva, volitiva e normativa, ele será considerado pessoa, o que também significa dizer que ele possuirá dignidade, pois o conceito de pessoa, conforme mencionado, relaciona-se com o elemento descritivo da dignidade humana. Assim, toda pessoa, simplesmente por ser pessoa, seria digna.

Não obstante, há que se atentar, ainda, para a dimensão normativa da dignidade, que relaciona o conceito de dignidade humana com o conceito de direitos e deveres, tendo em vista que o reconhecimento, por si só, da ideia de que toda pessoa é digna não assegura, de forma explícita, que isso será respeitado pelos demais. O aspecto normativo do conceito da dignidade estabelece, portanto, que todo ser humano tem, concomitantemente, tanto o direito de ser levado a sério como pessoa quanto o dever de levar a sério todos os outros seres humanos como pessoas (ALEXY, 2015).

3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

A análise dos direitos humanos sob o enfoque da Declaração Universal de 1948 permite acrescentar que foi a partir de então que emergiu a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos (PIOVESAN, 2006).

Não obstante, destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, sem que lhe fosse atribuída caráter vinculante, mas de mera recomendação. Desse modo, como o texto da Declaração foi aos poucos perdendo força em razão de sua natureza jurídica, os Estados passaram a não mais cumprir o seu texto. Visando a "salvar" o texto da Declaração Universal de 1948, foram produzidos dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[2].

Apesar dessa separação, não há que se falar em divisão de direitos humanos, pois os dois tratados são frutos da mesma resolução (nº. 2.200-A, de 16 de dezembro de 1966), sendo que entraram em vigor internacional no mesmo ano, em 1976. Além disso, em 1968, a Conferência Internacional de Teerã[3] deixou claro, em sua carta, que os direitos humanos são indivisíveis.

O conjunto da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos Pactos Internacionais (Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) formam o que se considera a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Assim, a partir desse conjunto normativo, houve um processo de universalização dos direitos humanos, permitindo a instauração de um sistema internacional de proteção. Tal sistema é formado por tratados internacionais de proteção que buscam o alinhamento ético contemporâneo no sentido de estabelecer o consenso internacional a respeito de temas cruciais dos direitos humanos com vistas a salvaguardar aquilo que eticamente deve ser irredutível.

Isso posto, cumpre destacar a imprecisão terminológica que existe na doutrina para referir-se ao tema dos Direitos Humanos, sendo que, comumente, a expressão *direitos humanos* é utilizada em alusão a direitos consagrados sobre a matéria em tratados internacionais, ao passo que a expressão direitos fundamentais aplicar-se-ia aos direitos de mesma natureza positivados pelo Direito Constitucional de determinado Estado.

Nesse sentido é o entendimento de Ingo W. Sarlet, que separa o termo "direitos humanos" dos "direitos fundamentais", entendendo o primeiro a partir de uma matriz internacional, e o segundo baseado nas Constituições. No entanto, o mesmo autor, ao defender a equiparação entre os direitos compreendidos nos termos referidos, independente da origem (interna ou internacional), pugna pela "construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos" (SARLET, 2009, p. 124).

Para Luigi Ferrajoli, os *direitos humanos* apresentam-se como uma classe advinda do cruzamento entre duas grandes divisões dos *direitos fundamentais*, quais sejam, os direitos de personalidade e os direitos de cidadania. Além disso, o autor também se refere aos direitos reconhecidos em tratados internacionais de direitos humanos como direitos fundamentais do direito internacional (FERRAJOLI, 2011).

Tomando por base o diálogo recíproco que se efetua entre o Direito Internacional e o Direito interno no que se refere à temática dos direitos humanos, André de Carvalho Ramos utiliza os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* como sinônimos, exatamente para reforçar a ideia de que não haveria distinção entre esses direitos quanto à origem, uma vez que seriam direitos de todos (RAMOS, 2012).

Manoel G. Ferreira Filho entende o termo *direitos fundamentais* como abreviação de outra expressão, qual seja, *direitos humanos fundamentais*, do que se depreende que ambos poderiam ser utilizados indistintamente (FERREIRA FILHO, 2011).

A partir da imprecisão terminológica presente entre os doutrinadores, identifica-se que os termos referidos apresentam, essencialmente, o mesmo conteúdo, podendo, quando muito, diferirem quanto ao

[2] A produção de dois tratados deve-se ao fato de que depois da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou dividido em dois blocos, o americano e o soviético. O bloco americano queria que fossem elaborados dois tratados, um de direitos civis e políticos e outro de direitos econômicos, sociais e culturais. O bloco soviético, por outro lado, sustentava que um tratado seria suficiente. Prevaleceu a tese do bloco americano.

[3] A Conferência Internacional de Teerã foi a primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos e representou a mudança do estágio de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (Pactos de 1966) para o estágio de implementação desses instrumentos. *Cf.* CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. *In:* PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). *Direitos humanos no século XXI.* [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998, p.19.

plano de consagração dos direitos a que fazem alusão (interno ou internacional). Destarte, o emprego dos termos direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos não parece apresentar incongruência.

Para além do que foi mencionado, e ainda antes de destacar os aspectos que justificam a atual conjuntura do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é mister trazer uma definição do que se pode entender por *direitos humanos*, ainda que a tarefa esbarre em grande dificuldade. Acerca disso, destaca-se que, tradicionalmente, os direitos humanos são "definidos como direitos inerentes a todo e qualquer indivíduo humano, em razão de sua intrínseca e inalienável natureza humana", o que justifica o argumento de que seriam direitos universais (YAMATO, 2014).

Segundo Konrad Hesse, os direitos humanos podem ser definidos como um "conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade" (HESSE, 1986, apud BONAVIDES, 1993, p. 472).

Antonio E. Pérez Luño considera os direitos humanos como o conjunto de faculdades que, de acordo com o contexto histórico, pugna por concretizar exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas, a fim de que estas sejam positivadas tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no plano do direito internacional (PÉREZ LUÑO, 1995).

No dizer de Flávia Piovesan, os direitos humanos são reivindicações morais que nascem quando devem e podem nascer e que representam um construído axiológico que emerge a partir de um espaço representativo de luta e ação social (PIOVESAN, 2006).

Na mesma toada, Joaquín Herrera Flores entende que os direitos humanos não se confundem com meras declarações textuais nem representam o produto de uma única cultura, uma vez que resultam de processos dinâmicos que permitem a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana (HERRERA FLORES, 2007).

Ademais disso, cumpre destacar a proposição de Celso Lafer acerca do pensamento de Hannah Arendt no que concerne aos *direitos humanos*, do que se pode depreender que tais direitos não seriam um *dado*, mas sim um *construído,* uma invenção humana ligada à organização da comunidade política (LAFER, 1988).

Registre-se que as definições aqui expostas não possuem o condão de esgotamento do tema, mas de apenas revelar a grande dificuldade existente de enquadrar os *direitos humanos* em um conceito geral e abstrato, uma vez que, por reivindicarem valores morais necessários a uma vida digna, não podem apresentar um conceito estático e acabado. Vale dizer, ainda, que o reconhecimento dos direitos humanos decorre de uma lenta e contínua evolução histórica, marcada por alterações de interpretação e pela ampliação do conteúdo desses mesmos direitos.

4 A IMPLEMENTAÇÃO DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS EM UM MUNDO GLOBALIZADO.

Conforme já exposto, o conjunto normativo que constitui a Carta Internacional dos Direitos Humanos tem sido utilizado para justificar a propagação do discurso de universalização dos direitos humanos. Ocorre que, tendo em vista o conceito vago que se atribuí à definição desses direitos, há quem não consiga identificar que eles, de fato, existam, pois careceriam de força intelectual consistente, sem contar no apelo sentimental a que recorrem (SEN, 2011).

Mesmo que se reconheça que os indivíduos possuam direitos apenas por pertencerem à espécie humana, quem teria legitimidade para estabelecer que direitos seriam esses a ponto de, com base nessa definição, impor sua visão em um mundo tão diferente culturalmente?

Não é por acaso que Martti Koskenniemi sugere que o discurso da universalização dos direitos humanos, assim como outros temas do Direito Internacional, pode servir, em grande medida, como estratégia hegemônica por parte de Estados poderosos que procuram impor sua agenda política e jurídica

no mundo, uma vez que os supostos valores universais difundidos no âmbito das relações internacionais não seriam verdadeiramente universais. O fato de determinado Estado ser reconhecido como ente democrático e atento a questões globais relevantes em nada afasta a assertiva proposta, já que condutas dessa natureza demonstram a preocupação em ocupar uma posição de controle diante da nova configuração de forças que se faz presente na atualidade (KOSKENNIEMI, 2011).

Tal situação evidencia-se, ainda com maior clareza, quando se analisa a história dos direitos humanos logo após a Segunda Guerra Mundial, período no qual as políticas dos direitos humanos serviram, em geral, aos interesses econômicos e políticos de Estados hegemônicos (SANTOS, 1997).

Ademais, em que pese o fato do contexto internacional atual exercer forte pressão para que os Estados ratifiquem tratados de direitos humanos, é preciso considerar que, muitas vezes, a ratificação desses tratados não passa de uma política de fachada adotada por governos que, na prática, continuam a violar os direitos humanos. Dessa forma, o ato de ratificação de tratados, devido ao seu custo relativamente baixo, confere uma suposta legitimidade a governos que se utilizam disso para encobrir condutas que em nada estão alinhadas com a proteção dos direitos dos cidadãos (PINTO, 2014).

Em contrapartida, vale registrar que os movimentos sociais têm recorrido aos direitos humanos como uma estratégia de resistência aos direitos privados alinhados com padrões estabelecidos pelo pensamento neoliberal, o que se enquadra na definição trazida por Boaventura de Sousa Santos como um dos modelos da *globalização contra hegemônica*. Para o autor, há basicamente dois tipos de globalização, a hegemônica e a contra hegemônica, sendo que cada um deles comporta duas espécies, que se visualizam com base no seguinte quadro (SANTOS, 2002):

Quadro 2: Síntese do pensamento de Boaventura de Sousa Santos acerca dos tipos de Globalização e suas espécies

Globalização Hegemônica	a) **Localismo globalizado**: fenômeno pelo qual determinada prática local passa a ser adotada globalmente. Como exemplos, podem ser citadas a transformação da língua inglesa em língua franca e a globalização do fast-food norte americano. b) **Globalismo localizado**: impactos locais decorrentes das práticas imperativas reivindicadas pelos localismos globalizados. A título de ilustração, cite-se a destruição dos recursos naturais para pagamento da dívida externa e a exploração turística do patrimônio histórico.
Globalização Contra Hegemônica	a) **Cosmopolitismo:** organização transnacional de resistência composta por Estados periféricos ou grupos sociais que sofrem as consequências das trocas desiguais produzidas pelo sistema mundial. A resistência tem por foco a luta contra a exclusão. Nesse contexto, destacam-se, dentre outras, as atividades das organizações transnacionais de direitos humanos. b) **Patrimônio comum da Humanidade: c**oncentra-se na luta pela proteção de recursos e ambientes essenciais à sobrevivência da humanidade, cuja preservação pressupõe uma atuação em nível global. Refere-se, de modo geral, a lutas ambientais.

Fonte: autoria própria, a partir do pensamento de Boaventura de Sousa Santos

Depreende-se, dessa forma, que os movimentos sociais organizados em nível global com vistas à proteção dos direitos humanos inserem-se, perfeitamente, no modelo de *globalização contra hegemônica* denominado *cosmopolitismo*. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de encontrar soluções globais para problemas que, embora manifestados localmente, não passam de *globalismos localizados*.

A globalização dominante (hegemônica) não parece estar preocupada em encontrar soluções globais para os impactos locais que dela decorrem. Na realidade, o que se verifica é exatamente o oposto, já que o discurso de que todas as localidades devem suportar os efeitos do "triunfo global da modernidade" prepondera (BAUMAN, 2005, p. 13).

Não obstante, em que pese o fato da globalização ter de ser suportada por todas as localidades, o que implica a redução do alcance da soberania estatal, a definição de Estado atrelada à autoridade de sua

ordem legal ainda domina o campo das relações internacionais, o que significa dizer que a produção da lei internacional, tal qual ocorre com a lei interna, decorre da atuação direta dos Estados. Diante disso, cumpre advertir que os Estados ocupam posições de poder em níveis desiguais e que, dessa forma, a lei também tende a reforçar esse cenário de desigualdade (STERN, 2000).

Além disso, convém abordar que a discussão acerca da hipotética existência de valores universais pressupõe que se reconheça, em primeiro lugar, que há uma comunidade internacional e, em segundo lugar, que ela é capaz de organizar-se em condições análogas ao que ocorre internamente com os Estados, ou seja, baseada em um sistema jurídico estruturado a partir de normas vinculantes emanadas verticalmente. Para que isso seja possível, é preciso que o alcance do conceito de soberania desenvolvido em conformidade com o modelo do Estado-Nação de Westfália seja revisto, de forma que as leis sejam editadas a partir de uma engajada cooperação entre os Estados, o que está longe de ser uma tarefa tão simples.

Enquanto a lei nacional é fruto da prática unilateral de determinado Estado identificado como ente político soberano, a lei internacional necessita abordar questões que vão além dos Estados quando considerados de forma isolada, o que exige a abertura a um diálogo multilateral. A velha dicotomia entre a soberania interna e a anarquia internacional cede espaço para condutas cooperativas que dão amostras acerca da existência de uma comunidade internacional.

Nesse diapasão, Niklas Luhmann acrescenta que é possível identificar a existência de uma sociedade em nível mundial a partir do reconhecimento de que essa mesma sociedade possui um sistema jurídico focado, principalmente, em questões atinentes às violações dos direitos humanos. Desse modo, em que pesem as eventuais discordâncias acerca da definição dos direitos humanos, a atenção desse sistema internacional concentra-se em rechaçar violações a direitos que seriam inequívocos e evidentes (LUHMANN, 2016).

Ainda que a definição dos direitos humanos possa carecer de força intelectual substantiva, conforme mencionado anteriormente, não se verifica maiores dificuldades acerca da instituição dos direitos humanos de primeira dimensão, já que, em geral, sua implementação requer apenas que o governo não interfira na vida dos indivíduos. As maiores divergências ficam a cargo do reconhecimento e da exequibilidade dos chamados direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à educação etc.), tidos como direitos humanos de segunda geração ou dimensão, uma vez que, diferentemente dos direitos e liberdades individuais, reivindicam uma atuação positiva do Estado para que sejam concretizados.

A par disso, consigna-se que as divergências acerca do reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos tão somente reproduzem a atual realidade de um mundo marcado pelo domínio do sistema capitalista, que contribuiu, entre outros fatores, para a propagação da ideologia neoliberal, representada, aqui, pelos ensinamentos de Karl Popper e Friedrich A. Hayek. Para o primeiro, não se pode admitir que qualquer valor social ou aspecto histórico prepondere sobre o individualismo. O indivíduo seria um fim em si mesmo, de modo que a liberdade do indivíduo deve ser entendida como fundamento de toda a sociedade contemporânea, o que não estaria a legitimar qualquer interferência estatal em nome da efetiva igualdade (POPPER, 1967). Nessa mesma esteira, Friedrich A. Hayek, ao defender a liberdade do indivíduo, considera atrasada toda e qualquer forma de justiça social, além de não reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais (HAYEK, 1978).

Em face desses argumentos, poder-se-ia afirmar que os direitos sociais desconsideram a liberdade e a capacidade do indivíduo, visto que este, por ser um fim em si mesmo, alcançaria o sucesso senão por outra razão que não fosse o seu próprio mérito. Tais considerações, contudo, não procedem.

O indivíduo não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas sim inserido em um contexto social, cultural e histórico que marca toda a sua vida em sociedade. De igual sorte, a liberdade não pode ser considerada como valor supremo de uma sociedade, pois em nome dela muitas injustiças são concretizadas. A ideia de que os homens são livres e atingem o sucesso apenas por sua liberdade de agir estabelece distinções tidas como naturais para tentar explicar a marginalização das minorias, sem levar em consideração que é justamente por conta do contexto histórico, social e cultural que isso ocorre.

Há que se advertir, ainda, que a ideologia neoliberal avança sem considerar a lição da história, que revelou a incapacidade do livre mercado de solucionar os problemas que antecederam a grande depressão

econômica que culminou na quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929. Acrescente-se a isso que a construção do Estado de bem-estar social, a partir da qual o Estado passou a intervir na vida social e econômica, foi imprescindível para a própria sobrevivência do capitalismo (AZEVEDO, 2000).

Outro episódio recente que corrobora a insensatez do neoliberalismo foi a crise econômica de 2008, que se apresentou como a maior crise do mercado financeiro mundial desde a recessão de 1929 e que teve como estopim a quebra do Lehman Brothers, um dos bancos mais tradicionais dos Estados Unidos, cuja carteira de ativos estava ancorada em empréstimos hipotecários de elevado risco. Embora a falência do banco possa ser atribuída à conduta irresponsável e gananciosa de seus gestores, destaca-se também o cenário de desregulamentação estatal que pairava sobre o mercado norte-americano em pontos específicos. O próprio ex-presidente Barack Obama, durante a campanha eleitoral de seu primeiro mandato, fez questão de associar a ganância de Wall Street com a irresponsabilidade de Washington (em alusão às falhas regulatórias) como fatos geradores da crise[4].

Episódios dessa natureza ratificam a iniquidade que vige em um sistema capitalista baseado apenas na ideia do livre mercado, uma vez que a conta a ser paga em grandes crises financeiras é dividida com toda a sociedade, sendo a parcela mais pobre da população também a mais prejudicada nessas situações. Isso fica evidente quando inúmeros trabalhadores perdem os seus empregos por conta da instabilidade econômica que se manifesta em períodos de recessão, enquanto os integrantes dos altos quadros executivos dos grandes bancos, como se verificou no caso do Lehman Brothers[5], permanecem com suas fortunas intactas, sem contar que a ideia de Estado mínimo, tão defendida pelo paradigma neoliberal, não vale muito quando são as próprias instituições financeiras que pedem socorro aos cofres públicos antes de terem sua falência decretada.

Conforme sugere Agostinho Marques Neto, o modelo neoliberal procura romper com a tradição de acumulação de direitos, tanto no plano individual quanto coletivo, a ponto de representar uma tendência de retrocesso ao período anterior ao da proclamação de direitos, no qual as leis limitavam-se a prescrever obrigações e disciplinar as sanções para os casos de transgressão. Para o autor, o neoliberalismo desenvolve-se a partir de agentes econômicos, de modo que a suposta igualdade formal entre os indivíduos, que marcava o ideário do liberalismo clássico, dá lugar à livre (desigual) competição do mercado que procura substituir-se à própria lei, o que acarreta, na prática, a exclusão social (MARQUES NETO, 2010).

Por conseguinte, pode-se dizer que o modelo neoliberal desconsidera a concepção moderna dos direitos, que encontra fundamento na ideia de impossibilidade de retrocesso no que se refere às conquistas constitucionais consagradas (AZEVEDO, 2000).

Oportuno, ainda, é o registro de que a justificativa para a defesa da imposição do modelo neoliberal advém da ideia de que essa seria a única via possível no contexto da globalização, por configurar-se como efeito inevitável a ser suportado por todos indivíduos e Estados. Daí decorre que o neoliberalismo posiciona-se em sentido contrário à visão contemporânea da democracia.

Nesse ponto, cite-se que, para além da ideia antiga e formal de que a democracia relaciona-se apenas às eleições e ao voto secreto, a filosofia política ampliou a compreensão da democracia ao acrescentar a perspectiva do governo por meio do debate (SEN, 2011). Dessa forma, adotar uma visão totalitária quanto à imposição do modelo neoliberal tolhe o debate público sobre o tema, em uma clara manifestação antidemocrática, principalmente quando se leva em conta que a globalização abrange uma variedade de temas que não dizem respeito somente a aspectos econômicos.

A despeito dessa constatação, cumpre ressaltar que a ideologia neoliberal tem convivido em perfeita harmonia com a antiga visão democrática que considera legítima tão somente a atuação dos atuais atores políticos que, no mais das vezes, defendem interesses privados. Como consequência, o atual sistema democrático representativo tem sido incapaz de expressar, de forma efetiva, a vontade da maioria da população (BARROSO, 2016).

---

[4] Nesse sentido, ver TRABALHO Interno. Direção: Charles H. Ferguson. Produção: Charles H. Ferguson e Audrey Marrs. Narração: Matt Damon. [S.l.]: Sony Pictures Classics, 2010. 1 Documentário (108 min). Título Original: Inside Job.

[5] Idem.

Não obstante, há que se destacar que a complexidade de uma sociedade globalizada tem permitido a propagação de um número crescente de concorrentes não estatais que procura universalizar suas preferências sobre aspectos que antes pertenciam exclusivamente à política estatal, cuja adequação passa pelo debate acerca da implementação de uma governança global (KOSKENNIEMI, 2011). Aqui, cumpre registrar que fatos dessa natureza permitem que o antigo objetivo de manutenção da ordem, que sempre imperou na sociedade internacional, passe, a partir da ampliação dos atores envolvidos, a disputar espaço com "a necessidade da construção de instituições permeáveis às reivindicações por justiça" (ESTEVES, 2003, p.82), a fim de conferir legitimidade ao debate.

Dado que, com a existência de problemas de origens globais, os Estados possuem cada vez menos condições de intervir, isoladamente, de maneira efetiva na resolução dessas demandas, há quem sustente o desenvolvimento de uma atuação estatal que seja "capaz de descentralizar funciones, transferir responsabilidades y alargar, en lugar de restringir, el universo de los actores participantes (BUSQUETS e CARNEIRO, 2016, p. 266)".

Reconhece-se, dessa forma, que o Estado não possui mais, de maneira exclusiva, o monopólio da definição e da promoção do bem público, sendo que a definição de uma governança mundial pressupõe, ao menos, que o processo decisório conte com a plena participação de atores não estatais (MILANI e SOLINÍS, 2002), o que também engloba a produção normativa.

Nesse sentido, é preciso considerar que o direito estatal não pode mais ser visto como o único modo de regulação jurídica social. A origem tradicional *monocentrista*, que diz respeito à produção normativa que se origina apenas do Estado, abre espaço para a produção de uma regulação jurídica que advém de múltiplos locais, fenômeno que se reconhece como *policentricidade*. Nas palavras de André-Jean Arnaud, tal fenômeno "foi cunhado para combater mais precisamente a ideia de que todo direito emana do Estado e que o Estado é o único produtor legítimo de normas jurídicas" (ARNAUD, 2007, P. 146).

Ainda que, na prática, seja difícil identificar quem seriam os atores não estatais legitimados a participar do processo decisório acerca da definição dos direitos humanos, deixar essa tarefa a cargo exclusivo dos Estados, que ocupam diferentes posições de poder, vai na contramão da visão contemporânea de uma governança global democrática.

A possível solução para dirimir eventuais discordâncias que possam se manifestar no âmbito do debate público sobre aspectos que envolvem o tema dos direitos humanos, o que se mostra perfeitamente natural, deve se concentrar em rechaçar violações a direitos humanos inequívocos, em alusão ao que Roberto Yamato identificou como a "construção negativa dos direitos humanos", a partir da tipificação dos crimes contra a humanidade no contexto do pós Segunda Guerra Mundial (YAMATO, 2014, p. 20). Noutros termos, se não é possível alcançar o consenso acerca de quais direitos devam ser promovidos, que se chegue, ao menos, ao consenso daquilo que deva ser minimamente respeitado.

5 CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não só reconheceu, de forma expressa, a dignidade da pessoa humana enquanto fonte da nova ordem jurídica internacional como fez emergir a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, que pugna pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Nesse sentido, considerando que toda pessoa, simplesmente por pessoa, seria digna, o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa a proteger o aspecto normativo do conceito da dignidade, que estabelece que todo ser humano tem, concomitantemente, tanto o direito de ser levado a sério como pessoa quanto o dever de levar a sério todos os outros seres humanos como pessoas, o que justificaria a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

Contudo, tendo em vista a complexidade de um mundo globalizado, há que se reconhecer as

inúmeras dificuldades que se apresentam diante do objetivo de implementação da visão contemporânea dos direitos humanos. Cite-se, por exemplo, que a prática dominante das relações internacionais, na qual se insere as decisões concernentes ao tema dos direitos humanos, continua centrada na atuação de Estados que ocupam diferentes posições de poder e que, dessa forma, podem se valer de diferentes estratégias para defender tão somente os seus próprios interesses.

Diante disso, vale dizer que adotar uma visão focada apenas nos interesses dos Estados não só distancia-se da perspectiva contemporânea da democracia relacionada ao governo por meio do debate público, como também desconsidera que, dada a complexidade atual da sociedade, os Estados não possuem mais condições de resolver, de forma isolada, todos os problemas de origens globais.

O problema que advém daí é que a ideologia neoliberal beneficia-se justamente do reconhecimento de que o Estado é incapaz de regular todos os aspectos de uma economia globalizada, marcada pelo domínio do sistema capitalista, o que justificaria a imposição dessa ideologia como a única via. Tal assertiva não prospera, uma vez que rechaça o debate público de forma antidemocrática e desconsidera que a globalização abrange uma variedade de temas que vai além dos aspectos econômicos.

Nesse contexto, é urgente defender a implementação de uma governança global democrática a partir da abertura à participação de atores não estatais no processo decisório de temais cruciais como o dos Direitos Humanos, a fim de que os indivíduos, que são os que mais sofrem com a globalização dominante (hegemônica), também sejam ouvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A ***dignidade humana*** e a análise da proporcionalidade. ***In: Dignidade humana***, ***direitos sociais*** e não-positivismo inclusivo. ***ALEXY***, Robert et al. (Orgs.). Florianópolis: Qualis 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales *In* GARGARELLA, Roberto; ORTEGA Roberto Niembro (coords.). **Constitucionalismo progressista:** retos y perspectivas. Querétaro: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernest;MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Orgs.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUSQUETS, José Miguel et al. Trayendo el neo-institucionalismo al primer plano: una oportunidad para una mayor relación entre la ciencia politicay el derecho. **Conpedi law review**, Uruguai, v. 2, n. 4, jul/dez 2016, p. 259-274.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século *In* PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998.

ESTEVES, Paulo Luiz. Governança global: ordem e justiça na sociedade internacional. *In:* **Instituições internacionais:** comércio, segurança e integração. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HAYEK, Friedrich A. **Derecho, legislación y liberdade**: normas y orden. Madrid: Union, 1978, v. 1.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La reivencíon de los derechos humanos**. Sevilla: Atrapasueños, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1986.

KOSKENNIEMI, Martti. **The politics of internacional law.** Oxford: Hart Publishing, 2011.

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

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedad**e. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito *In* CARVALHO, Salo de, HERRERA FLORES, Joaquín, SANCHEZ RÚBIO, David (Orgs). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

MARTINI, Sandra Regina; ALVES, P. S. Análise da estrutura de integração jurídica europeia: possíveis contribuições para tutela dos direitos humanos na américa do sul *In:* **Revista Paradigma**, v. 26, p. 231-248, 2017.

MILANI, Carlos e SOLINÍS, Germán. Pensar a democracia na governança mundial: algumas pistas para o futuro *In* MILIANI, Carlos et al (Org.). **Democracia e governança mundial**: que regulações para o século xxi? Porto Alegre: Ufrgs, 2002.

PEREZ LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO, Maria do Céu (Coord). A ONU e a proteção dos direitos humanos. *In:* **As nações unidas e os desafios da governação global.** Lisboa: Letras Itinerantes, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos *In:* **Revista USP**, São Paulo, n.69, março/maio 2006.

POPPER, Karl. **La sociedad abierta y sus enemigos**. Buenos Aires: Pardós, 1967, v. II.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Por uma concepção multicultual de direitos humanos *In:* **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, nº 48, junho, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STERN, Brigitte. How to Regulate Globalization? *In:* BYERS, Michael. **The role of law in internacional politics**: essays in internacional relations and internacional law. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TRABALHO Interno. Direção: Charles H. Ferguson. Produção: Charles H. Ferguson e Audrey Marrs. Narração: Matt Damon. [S.l.]: Sony Pictures Classics, 2010. 1 Documentário (108 min). Título Original: Inside Job.

YAMATO, Roberto Vilchez. Relendo a construção (negativa) dos direitos humanos internacionais *In* **Carta internacion**al, vol. 9, n. 2, jul.-dez. 2014, p. 3-30.

GT16: GESTÃO DE BENS CULTURAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: ESTUDOS DA REALIDADE E DAS DIFICULDADES

MEMÓRIA SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CULTURA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE PESQUISAS INTERDISCIPLINARES SOBRE A GESTÃO DE BENS CULTURAIS

Dra. Margarete Panerai Araujo[1]

Me. Simone Luz Ferreira Constante[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo comparativo entre pesquisas interdisciplinares produzidas em três programas de pós-graduação brasileiros voltados aos estudos do campo da memória social. Busca-se compreender como os conceitos de memória social e políticas públicas de cultura vêm sendo relacionados no que tange à problemática da gestão de bens culturais. Como aporte teórico para a discussão do conceito de memória social são utilizamos os autores Jacques Le Goff (1990), Pierre Nora (1993), Maurice Halbwachs (2006) e Joel Candau (2011). O método é qualitativo e exploratório, através da técnica do levantamento bibliográfico. Dentre as conclusões deste estudo podem ser destacadas as políticas públicas de cultura como instrumentos para a busca da garantia de direitos dos cidadãos ao reconhecimento de suas práticas, saberes, tradições e crenças, bem como para lhe conferir direito à voz e à memória de diferentes grupos sociais.

Palavras chaves: Memória Social. Políticas Públicas de Cultura. Bens Culturais.

1 INTRODUÇÃO

O campo da memória social se torna cada vez mais fértil como espaço de produção de conhecimentos interdisciplinar. Um trajeto possível a partir das pontes que o estabelecem, cujos caminhos são oriundos de diversas áreas do conhecimento como a sociologia, antropologia, filosofia e a história. Um espaço de saber e poder que nos possibilita trabalhar de forma transgressora, desorganizar as pastas disciplinares na estante epistemológica, contrapor referências, relativizar domínios, transversalizar conteúdos e objetos de pesquisa, inovar o conhecimento a partir de hibridações e justaposições entre diferentes campos. Não obstante, não é um campo isento de conflitos e tensões, justamente por estar situado na fronteira entre diferentes saberes e práticas, assume como desafio problematizar um conceito com múltiplos significados.

Dentre tantas perspectivas e abordagens possíveis, três centros de pesquisa no Brasil vêm se dedicando a aprofundar os estudos e dar visibilidade ao campo da memória social, ainda bastante recente no que se refere à produção científica. Situados nas regiões Sudeste e Sul do país, estão os Programas de Pós-Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural da Universidade Federal de Pelotas e o Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais da Universidade LaSalle.

O objetivo deste artigo é colocar em diálogo pesquisas interdisciplinares produzidas nestes três programas de pós-graduação brasileiros, com o intuito de apresentar um estudo teórico que discuta os conceitos de memória social e políticas públicas de cultura, com especial enfoque na problemática da gestão de bens culturais. A abordagem deste tema e o enfoque no cruzamento dos campos da memória social e da cultura justificam-se por suas importantes contribuições para os estudos sobre as construções identitárias e

[1] Pós Doutora em Administração Pública e de Empresas em Políticas e Estratégias pela FGV/EBAPE/RJ (2013); e Pós- Doutora em Comunicação Social, Cidadania e Região pelas Cátedras UNESCO e Gestão de Cidades na UMESP (2010); Doutorado em Comunicação Social pela PUCRS (2004); É professora e pesquisadora da linha de pesquisa em Memória e Gestão Cultural, vinculada ao PPG em Memória Social e Bens Culturais UNILASALLE, E-mail: mpanerai@terra.com.br

[2] Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais no UniLaSalle; Mestra em Educação pela ULBRA (2017); Especialista em Gestão Cultural pelo SENAC (2013); Bacharel em Comunicação Social - Habilitação em Relações Públicas pela UFRGS (2010); e Tecnóloga em Produção Audiovisual - Cinema e Vídeo pela PUCRS (2009). E-mail: simone.constante@gmail.com

a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade.

Como metodologia para selecionar as pesquisas acadêmicas que seriam discutidas neste trabalho, utilizamos um método exploratório e qualitativo, através do levantamento bibliográfico. Ao buscar os websites institucionais das instituições de ensino mencionadas e seus respectivos programas de mestrado e doutorado, utilizamos como filtro de busca três expressões - memória social, cultura e políticas públicas. Foram selecionados três trabalhos que relacionam os conceitos de memória social e políticas públicas de cultura.

O primeiro trabalho é a dissertação intitulada "A construção da memória social como política pública: o caso do Centro Cultural Bom Jardim", em Fortaleza, Ceará (2012), defendida por Gyl Moura, no Programa de Pós-Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. O segundo é a dissertação "Teatro Esperança de Jaguarão (RS): memória, história e patrimonialização" (2016), defendida por Carlos José de Azevedo Machado, no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural da Universidade Federal de Pelotas. O terceiro e último é a dissertação "A memória organizacional dos projetos e atividades culturais da Ufrgs entre 2009 e 2015" (2017), defendida por Anália Kniest Dornelles, no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais da Universidade LaSalle.

Estes três recentes trabalhos utilizaram estudos de caso para construir suas problemáticas, com diferentes abordagens, mas aproximadas no que tange aos referenciais teóricos. Como aporte teórico para a análise dos entrecruzamentos destas pesquisas, recorremos aos autores Jacques Le Goff (1990), Pierre Nora (1993), Maurice Halbwachs (2006) e Joel Candau (2011). A organização da segunda parte deste artigo, voltada às análises dos trabalhos acima mencionados, está subdividida nas seguintes categorias - A memória como construção coletiva; A dimensão política da memória; e Memória social como política pública.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Embora tenham se utilizado de diversos pensadores e disciplinas para desenvolver seus temas de pesquisa, no que tange ao embasamento do conceito de memória social o autor mais citado entre os trabalhos analisados foi o sociólogo francês Maurice Halbwachs. Seus argumentos foram centrais nos três trabalhos, especialmente a obra "A Memória Coletiva" (2006). Na sequência, o segundo autor mais citado foi o historiador francês Pierre Nora, com seu texto "Entre memória e história: a problemática dos lugares" (1993). Outros autores que são colocados em diálogo são Jacques Le Goff (1990) e Joel Candau (2011).

Tratado como fenômeno social, o conceito de memória se apresenta nestes estudos de forma relacional e não homogênea. Indubitavelmente, múltiplos são os seus significados, tornando-se impossível fixar este conceito. Situada no cruzamento entre passado, presente e futuro, a memória se encontra na fronteira entre diferentes temporalidades e espacialidades. De certa forma, busca uma permanência reatualizada ou mesmo ressignificada no presente.

No quadro teórico a seguir, buscamos sintetizar os principais conceitos de memória defendidos por estes quatro autores:

Tabela. Comparação teórica do campo da Memória Social, segundo as referências de cada autor.

Autor	Conceito
Maurice Halbwachs (2006)	Define a memória individual como produto dos grupos sociais aos quais um indivíduo pertence. Cada memória individual seria um ponto de vista sobre a memória coletiva e só se tornaria possível em uma relação social. Os grupos produzem a memória do seu próprio passado coletivo e a manutenção deste sentimento de identidade é o que os identifica e distingue dos demais. A memória é múltipla, coletiva, histórica, plural e, portanto, social. Aquilo que os indivíduos lembram e julgam subjetivo é determinado socialmente. A memória, em seu "estado puro", não existe.
Joel Candau (2011)	Define a memória individual como o ponto de partida, uma vez que é no indivíduo e não na sociedade que as memórias são criadas. Considera como um enunciado que pessoas de um mesmo grupo produzem a respeito de uma suposta memória comum a todos. Estes sujeitos compartilham o trabalho de produção de significações (crenças, saberes, práticas, representações, etc). A memória é a sustentação da identidade. Classificada por seus aspectos protomemoriais (memória social incorporada e expressa através dos hábitos, gestos e procedimentos), memoriais (alto nível, de evocação ou recordação voluntária) e metamemoriais (diz respeito à construção identitária, a representação que fazemos das próprias lembranças).
Pierre Nora (1993)	A memória é considerada viva e dinâmica, embora inconsciente de si mesma. Quando pensada como narrativa tem o papel de ser organizadora, definidora e portadora de uma herança que dá sentido e forma aos grupos sociais. O jogo entre a memória e a história se dá através da "vontade de memória", de manter algo vivo. Constantemente revivida, é como se não existisse mais em si, em uma relação de esquecimentos e lembranças. Os "lugares de memória" são locais que funcionam como suportes de memória, através dos quais somos capazes de guardar lembranças e recuperá-las quando necessário, além de vincular referências que se tornam importantes. A construção da memória coletiva se torna possível através destes espaços em que a memória pode ser revivida ou recriada, sendo capaz de identificar os grupos sociais.
Jacques Le Goff (1990)	Considera a memória coletiva aquela estabelecida entre os povos com tradição de cultura oral, ao passo que a memória social seria dos povos dotados da prática da escrita. A construção da história se torna possível a partir da memória social, de modo que seus testemunhos sejam os documentos escritos. Neste sentido, o suporte material possibilita a ampliação e transformação da memória coletiva em social. Os fenômenos da memória são resultados de sistemas dinâmicos de organização e existem na medida em que são mantidos e reconstituídos. A aprendizagem é fundamental na fase de aquisição de memória, como propriedade de conservação de certas informações. Em razão da memória é possível atualizar impressões ou informações passadas.

Fonte: produzido pelas autoras a partir das teorias de cada autor.

3 CAMINHOS METODOLÓGICOS

Este artigo foi construído a partir de caminhos qualitativos de investigação, através do uso de método exploratório e da técnica do levantamento bibliográfico. Como já mencionado, realizamos uma busca de dissertações e teses nos websites institucionais do Programas de Pós-Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural da Universidade Federal de Pelotas, bem como do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais da Universidade LaSalle. O filtro utilizado para a seleção dos trabalhos foi composto por três expressões, quais sejam memória social, cultura e políticas públicas.

Ao selecionar os três trabalhos que seriam analisados, identificamos que também utilizaram métodos qualitativos de pesquisa, especialmente a técnica da entrevista. Dentre os autores há a defesa da polifonia das narrativas como uma forma de garantir o exercício do direito à voz aos cidadãos. No que se refere à esfera do intangível e do patrimônio cultural imaterial, as experiências problematizadas nestas pesquisas vêm possibilitando fazer ver o invisível, falar o indizível, tocar os corações e mudar as consciências. Discorreremos sobre cada uma das pesquisas nas seções a seguir, com o intuito de comparar as diferentes construções teórico-metodológicas e discutir os conceitos de memória social e políticas públicas de cultura.

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DE DADOS

3.1 A MEMÓRIA COMO CONSTRUÇÃO COLETIVA

É importante iniciar esta reflexão destacando a abrangência e a atualidade desses estudos, tanto no aspecto metodológico, quanto temporal. Ao longo do primeiro trabalho, Moura (2012) afirma que a memória social é usada como um recurso sociopolítico por parte do Estado e da população, como um *front* de conflitos e disputas de interesses. Nesta pesquisa, o autor investigou a recente construção da memória social como política pública no Brasil, através da análise do projeto *Cadeira na Calçada,* gerenciado pelo Centro Cultural Bom Jardim, situado na cidade de Fortaleza, no Ceará. Entendida como espaço de poder, a memória se materializa no esforço das coletividades para não se perder no esquecimento. No caso dos participantes deste projeto, a memória é ressignificada a cada encontro ao final da tarde, em que dispõem cadeiras em frente às suas casas e estabelecem um espaço de sociabilidade para compartilhar histórias e vivências desta comunidade.

O ato de colocar as cadeiras na calçada e conversarem sobre o passado e o presente do bairro Bom Jardim possibilitou aos moradores desta comunidade uma espacialidade de memória. Além disso, propiciou uma interação direta com representantes do Estado e a reivindicação de transformações da ordem social naquela localidade. Neste sentido, pode-se inferir que o projeto deu espaço e condições para o exercício político no presente, baseado em lembranças e vivências do passado.

Baseando-se na argumentação de Halbwachs (2006), Moura (2012) defende que as lembranças são trazidas individualmente pelos moradores, mas a rememoração se efetiva através das vivências no âmbito do grupo social a que pertencem. Este imaginário compartilhado é também o que permite preencher determinadas lacunas da memória, devido à seletividade da mesma. Sendo assim, o que engendra estas memórias e os faz lembrar destas vivências é, portanto, a marca que os outros lhes deixaram ao longo da vida. Ao acompanhar estes encontros e realizar algumas entrevistas, o pesquisador destaca o uso da memória social como uma categoria enlaçada às interações entre atores sociais e um recurso político de legitimidade, justiça social, instrumento de coesão e manutenção das identidades.

O segundo trabalho analisado teve como foco a construção identitária de outra comunidade, desta vez a cidade de Jaguarão, no Rio Grande do Sul, em que Machado (2016) defende o argumento de que o Teatro Esperança se constitui como um lugar de memória e de história para a população. Ao refletir sobre os processos de patrimonialização em Jaguarão, o autor discute conceitos relacionados à memória e à história. A dissertação apresenta em sua construção metodológica uma pesquisa documental e bibliográfica sobre o histórico deste Teatro, a partir de uma abordagem qualitativa.

Baseado no pensamento de Pierre Norra (1993), o autor classifica o Teatro Esperança como um genuíno lugar de memória, pois muitos moradores de Jaguarão o tem como um quadro sociotransmissor[3] das lembranças, constituindo as relações entre a história e a memória deste bem cultural. O Teatro adquiriu, ao longo dos anos, a função de alicerçar memórias coletivas carregadas de sentidos, através de sua materialidade e dos grupos que ajudaram a construí-lo e mantê-lo.

Machado (2016) reforça esta ideia, buscando apoio na teorização de Candau (2011), de que existem quadros dos quais os indivíduos se utilizam para fixar e reencontrar suas lembranças, chamados sociotransmissores. Por estar inserido em grupos sociais diferentes, cada indivíduo se utiliza de diversos elementos para contar sua história e construir suas memórias. O Teatro Esperança, neste caso, como patrimônio da cidade torna-se um excelente sociotransmissor da sensibilidade patrimonial.

Ao citar o historiador francês Jacques Le Goff (1990), Machado (2016) reafirma que a memória se constitui como forma de preservação e retenção do tempo, salvando-o do esquecimento e da perda. Esta relação dinâmica serve de suporte para a manutenção das identidades individuais e coletivas. Contudo, sabe-se que dentro de um mesmo grupo social, há indivíduos que desejam lembrar e comunicar, assim como há outros que preferem silenciar ou esquecer o passado. Em todo grupo social, se estabelecem permanentes e heterogêneas relações de poder, havendo sempre disputas em relação aos discursos e signos da memória. O grupo de referência pode seguir integrando os indivíduos que se identificam com determinada expressão de memória, ao mesmo tempo em que há parte do grupo que pode vir a se desintegrar, o que explicita os possíveis conflitos sobre o passado que lhes é comum. Embora pensem que suas memórias sejam únicas e coerentes para a compreensão de mundo, "a representação das coisas evocadas pela memória individual não é mais do que uma forma de tomarmos consciência da representação coletiva relacionada às mesmas coisas" (HALBWACHS, 2006, p. 61).

Moura (2012) recorre à socióloga argentina Elizabeth Jelin (2002) para afirmar que nestas relações de poder que envolvem a memória há sempre saberes e emoções envolvendo lembranças e esquecimentos, atos e gestos, narrativas e silêncios, buracos e fraturas. As disputas estabelecidas no presente são referentes ao passado, que vai sendo arquitetado por cada narrativa, de modo a dispensar um compromisso com uma suposta verdade absoluta ou uma tentativa de reconstituir integralmente o passado. Nos depoimentos coletados ao longo das entrevistas, o pesquisador relata que as conversas do projeto *Cadeira na Calçada* eram bastante informais e não havia preocupação com a oficialidade ou a veracidade do que era dito, tanto no que se refere aos moradores do bairro Bom Jardim, quanto das autoridades públicas e servidores do Centro Cultural.

No tocante aos espaços como lugares de memória, Machado (2016) recorre à Pesavento (2002) para argumentar que são os usos que fazemos deles e a relevância que lhes atribuímos ao fazer parte da memória coletiva de um grupo que possibilita a "presentificação de uma ausência no tempo, que só se dá pela força do pensamento – capaz de trazer de volta aquilo que teve lugar no passado" (PESAVENTO, 2002, p. 26). A memória de um passado comum que faz com que o grupo se sinta parte daquele lugar, daquele espaço que envolve a história de todos que com ele se interajam. Como lugar de memória e patrimônio cultural, o Teatro Esperança traz consigo o poder de desencadear ressignificações. A preservação se faz através de narrativas, as quais fazem com que a história seja perpetuada através de gerações.

Nesta mesma compreensão de que a memória é uma construção coletiva, o terceiro trabalho analisado por Dornelles (2017) defende que os testemunhos servem para recordar, completar ou enfraquecer as informações que já dispomos sobre algum evento. Seu tema de pesquisa englobou a memória organizacional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialmente através de seu programa de difusão cultural, a fim de constatar se os eventos e ações culturais promovidas ou patrocinadas pela instituição estavam respaldadas nos documentos que regem sua atuação acadêmica e administrativa.

Sua premissa de que a memória coletiva constitui parte integrante e necessária para a construção,

[3] Para Candau (2011), os indivíduos reforçam o compartilhamento da memória a partir de sociotransmissores, o que inclui objetos, imagens, monumentos e outros que estabelecem um imaginário comum e provocam emoções compartilhadas. Neste processo de construção social de interesses compartilhados, os objetos patrimoniais podem ser bons sociotransmissores da sensibilidade patrimonial. Ao reconhecer o bem patrimonializado, há um esforço de transmissão e um trabalho de memorização.

desenvolvimento e legitimação da memória organizacional das instituições, lhe deu condições de concluir que a UFRGS se utiliza dos conhecimentos criados por seus trabalhadores para traduzir sua cultura e identidade para o restante da sociedade em que está inserida. Constituindo-se como um de seus patrimônios, a memória organizacional da UFRGS é responsável pela captura, organização e divulgação deste conjunto de conhecimentos.

Em consonância com este entendimento de memória coletiva enfatizado nos três trabalhos, concluímos que os indivíduos dependem dos grupos sociais aos quais pertencem para lembrar de seu passado. Embora disponhamos de uma memória individual, formada por um conjunto de lembranças de algo já visto ou vivido, sempre contamos com os chamados grupos de referência, formado por pessoas próximas entre si, a partir das quais construímos e compartilhamos socialmente a memória por meio de narrativas que contamos e recontamos, reafirmando-as enquanto lembranças.

Estes grupos de referência possuem quadros sociais da memória como elementos que estruturam sua forma de agir, englobando suas tradições, saberes, valores, crenças, rituais e outros aspectos intangíveis que o identificam. A partir do momento em que o indivíduo tem atribuída como sua a memória do grupo com o qual se relaciona, tal como a escola, a família, grupos de amigos, local de trabalho ou grupo religioso, se transmite uma espécie de herança, uma vez que estes trazem consigo informações que são anteriores ao indivíduo que ali está inserido.

Moura (2012) ressalta que, no caso do bairro Bom Jardim, muitas vezes os quadros sociais relacionados às memórias são anteriores à chegada de alguns moradores daquele local. Este bairro acolheu famílias e pessoas de diferentes regiões do interior do Ceará, de diferentes classes, gêneros e faixas etárias. Há sempre alguma materialidade em que estas memórias aparecem inscritas, como uma arquitetura, um lugar, uma forma. Além disso, memórias também são inscritas em sensibilidades, como pensamentos, emoções ou imaginários dos indivíduos.

Desta forma, a antecedência dos quadros sociais da memória nos confirma que as memórias não se constroem de um vazio. Em um contínuo processo, a memória será sempre construída através dos grupos sociais, ainda que dependa do trabalho individual do sujeito. Localizando-se sempre no presente, ao reviver lembranças os grupos vão preenchendo lacunas com novos significados, tornando este ato sempre dinâmico, plural e potente.

3.2 A DIMENSÃO POLÍTICA DA MEMÓRIA

Machado (2016) buscou demonstrar como o Teatro Esperança se tornou um lugar de memória para a cidade de Jaguarão, sobretudo a partir do tombamento deste prédio como patrimônio material. Seu estudo detalha as memórias e a história deste bem cultural, dando ênfase ao uso do patrimônio como dimensão política da memória, servindo como instrumento para a história.

Esta mesma dimensão política da memória é explicitada na pesquisa desenvolvida por Moura (2012) quando este conclui que os encontros de final de tarde no bairro Bom Jardim contribuíram diretamente para o ativismo político de seus moradores. Como espaço de sociabilidade e exercício de direito político, o projeto *Cadeira na Calçada* contava com muita espontaneidade na exposição de memórias pessoais e da coletividade, contribuindo significativamente para o empenho coletivo na resolução de problemas que afligiam a população do bairro.

Sempre acompanhados por representantes do Estado, estes encontros geravam tensões e conflitos que explicitavam a dissonância entre o que o poder público previa e as demandas que surgiam das narrativas dos moradores. Segundo o autor, tais referências ao passado sempre traziam temas e questões que afetavam a comunidade no presente, não restringindo-se à nostalgia. Neste movimento, a memória social no *Cadeira na Calçada* apresenta-se como uma espacialidade em que a política é absorvida, aproximando sociedade civil e poder público. Nestes cruzamentos de ideias e lembranças, havia sempre espaço para o "entre" - entre o individual e o coletivo, entre a população e o Estado, entre a casa e a rua. Simbolicamente, as cadeiras nas calçadas representavam a construção de um lugar para relações e contradições, abrindo possibilidades

para o exercício da política como intervenção que potencializa a cidadania local. O autor afirma que a memória social ativou e potencializou um espaço político, ao passo que fortaleceu laços de sociabilidade e solidariedade nesta comunidade.

No terceiro trabalho, Dornelles (2017) reflete sobre o crescimento e desenvolvimento econômico, social e educacional da UFRGS, ao assumir a cultura como eixo de seu plano estratégico de extensão universitária, proporcionando avanços sociais e formas de participação política para sua comunidade. A autora argumenta ainda que a política de difusão cultural praticada pela universidade possibilitou a criação e ampliação de públicos, a potencialização da capacidade criativa e crítica da sociedade e a efetivação dos princípios da diversidade cultural, formadores de uma sociedade mais humana e solidária. Deste modo, a construção da política cultural da instituição fez com que ações de produção e difusão cultural concretizassem processos de interação social e revitalização dos espaços de cidadania.

3.3 MEMÓRIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA

No âmbito das políticas públicas, o que nos chamou a atenção nestes trabalhos foi a relação estabelecida entre o exercício dos direitos culturais e o direito à memória. Podemos usar como exemplo a informação de que, nos últimos anos, vêm surgindo no Brasil muitos projetos em torno da preservação e difusão de expressões culturais e memórias das periferias, articulando cultura e memória como recursos sociopolíticos de construção identitária, tanto para os grupos sociais como para o Estado. A pesquisa de Moura (2012) explicitou um pouco das tensões que envolvem esta interação no caso do Centro Cultural Bom Jardim e seu programa de memória social *Cadeira na Calçada.* Neste processo, o pesquisador destacou a necessidade de assumir uma conduta ética e política ao reunir tais grupos para ouvir suas narrativas, devendo reconhecer sua pesquisa como uma interferência além da escuta e interpretação do passado, com vistas às dimensões presente e futura. Outra ressalva feita pelo pesquisador é que, frequentemente, o investimento público na área cultural em regiões periféricas tem como propósito a transformação social, como se fosse possível a cultura dar conta da resolução de problemas bem mais complexos e transversais, como a garantia de emprego e renda, melhorias na educação pública ou extinção da violência urbana.

Dornelles (2017) também tratou do exercício ao direito cultural quando analisa as políticas institucionais da UFRGS. Com o aporte teórico de Chauí (2008), explicou que as instituições estatais têm como dever conceber a cultura como um direito dos cidadãos, assegurando-lhes o acesso e meios de criação, produção e fruição das obras culturais e, sobretudo, o direito de participar das decisões sobre as políticas culturais.

Em consonância com este pensamento, Moura (2012) identifica que, ao propor o diálogo com a comunidade do seu entorno, o Centro Cultural Bom Jardim (CCBJ) deseja conhecer os sentimentos desta população, de modo que a gestão compartilhada de seus programas culturais fortaleça os laços de sociabilidade e solidariedade no cotidiano deste bairro. Os gestores consideram a comunidade como uma parceira para pensar a programação cultural. Quanto às relações entre cultura e memória, também recorre à Chauí (2006, p. 125) para evidenciar "a memória como direito do cidadão, portanto como ação de todos os sujeitos sociais e não como uma produção oficial da história". Assim, dentre as conclusões de seu trabalho está a emergência dos processos de construção de memória de grupos minoritários ou em estado de vulnerabilidade social através de políticas públicas de cultura em muitas regiões de periferias.

Através da análise do projeto *Cadeira na Calçada* conseguiu evidenciar a transversalidade da cultura e da memória social, perpassando outras áreas e trabalhando-as como recursos para as mesmas. Programas como estes do CCBJ admitem a pluralidade dos atores relacionados às políticas públicas de cultura, através de interações entre a sociedade civil, a esfera pública, o mercado, entidades internacionais, etc. Os grupos sociais envolvidos passam a ampliar sua noção de cultura, a partir do momento em que suas identidades e memórias são consideradas patrimônio cultural imaterial de sua comunidade e do país. Para além dos domínios da patrimonialização e das linguagens artísticas, outras manifestações culturais passam a ter valor para este grupo de referência, permitindo-lhe o exercício da cidadania cultural.

No caso da pesquisa de Machado (2016), o patrimônio se constituiu como mediador e instrumento

para a preservação da memória, efetivando-se como política pública de cultura. Considerado uma construção social, o patrimônio dialoga com a ideia de prática de memória, obedecendo a um projeto de afirmação de si mesma. Entretanto, o autor destaca que o patrimônio não é, em si, a memória propriamente dita. O patrimônio precisa ser percebido como tal pelos cidadãos da comunidade em que está inserido. Para que lhe seja conferido um significado, é preciso que sejam identificadas determinadas memórias de um ou mais grupos. Significa a rememoração ou a lembrança da própria ação humana em diferentes tempos e lugares, pelo fato de que as pessoas possuem fortes relações com algumas partes de sua cidade e as imagens oriundas destas relações estão impregnadas de memórias e significações.

4 CONCLUSÕES

Ao refletirmos sobre as problemáticas de pesquisa e as estratégias teórico-metodológicas utilizadas por estes três estudiosos do campo da memória social, é possível constatar que as capacidades culturais dos sujeitos são manifestadas por suas construções identitárias e preservadas através de suas memórias. Ao longo de suas trajetórias, as experiências vividas, os imaginários construídos e os momentos significativos são armazenados pelos indivíduos e transformados em informações que, diante de estímulos, são compartilhadas com os grupos sociais.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Cidadã, contribuiu significativamente para que as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, e demais manifestações artísticas e culturais fossem reconhecidas como portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, sendo assim considerados patrimônio cultural do país. Face a isto, muitas iniciativas se disseminam no âmbito das políticas públicas de cultura, para fins de registro e reconhecimento de práticas, saberes, tradições e crenças, visando garantir o direito à voz e à memória de diferentes grupos sociais. E são estas possibilidades de reavivar suas lembranças, através de estímulos sociais, que permite o reforço de suas memórias coletivas.

A multiplicidade de grupos que formam uma sociedade e se unem em laços de sociabilidade lhes possibilita a organização de elementos simbólicos em comum, caracterizando os já mencionados quadros sociais da memória. Embora as memórias construídas sejam sempre negociadas e disputadas entre os sujeitos de um grupo de referência, a criação de oportunidades de aproximação destes grupos serve como sementes de rememoração, potencializando suas lembranças e garantindo a manutenção das memórias coletivas. Como ação do poder público e de outros agentes sociais, entendemos que as políticas públicas de cultura são exemplos destas oportunidades de aproximação, retardando o esvaecimento destas memórias ao longo do tempo ou conforme o grupo de referência vai se distanciando.

Deste modo, programas como o *Cadeira na Calçada* do CCBJ, ações como o restauro do prédio e preservação das memórias relacionadas ao Teatro Esperança, bem como as políticas de extensão cultural da UFRGS, demonstraram-se potentes e produtivas para a garantia do direito à memória e dos direitos culturais das comunidades e instituições estudadas. As três iniciativas oferecem meios de transmissão das heranças culturais e manutenção da memória social, o que possibilita a reapropriação produtiva das lembranças dos grupos sociais.

Por fim, queremos destacar que estas pesquisas deram visibilidade a estas iniciativas a partir de uma vontade política dos pesquisadores, apoiados por seus orientadores e programas de mestrado e doutorado a que pertencem. Ao fazerem estes relatos e analisarem criticamente seus objetos de pesquisa, tornaram-se também responsáveis pela presentificação do passado, uma vez que a memória é sempre uma construção que se faz no tempo presente das experiências de um tempo já vivido. Carregados de intencionalidades, consideramos que todos os trabalhos contribuíram fortemente para o desenvolvimento do campo da memória social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDAU, Joel. *Memória e Identidade.* São Paulo, Contexto, 2011.

CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. *Crítica y Emancipación*: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, v. 1, n.1, p. 53-76, jun. 2008.

DORNELLES, Anália. *Memória Organizacional dos projetos e atividades culturais da UFRGS entre 2009 e 2015*. 2017. Dissertação (Mestrado em Memória Social e Bens Culturais) - Centro Universitário La Salle - Canoas.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva.* São Paulo: Centauro, 2006.

JELIN, Elizabeth. *Los trabajos de la memoria.* Madrid: Siglo XXI, Social Science Research Council, 2002.

LE GOFF, Jacques. *História e memória.* São Paulo: Editora da Unicamp, 1990.

MACHADO, Carlos. *Teatro Esperança de Jaguarão (RS): memória, história e patrimonialização.* 2016. 155 f. Dissertação (Mestrado em Memória Social e Patrimônio Cultural) - Universidade Federal de Pelotas – Pelotas.

MOURA, Gyl Giffony Araujo. *A construção da memória social como política pública: o caso do Centro Cultural Bom Jardim, em Fortaleza, Ceará*. 2012. 179 f. Dissertação (Mestrado em Memória Social) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro.

NORA, Pierre. "Entre Memória e História: A problemática dos lugares". Tradução: Yara Aun Khoury. In: *Projeto História, Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História*. PUC SP, nº 10. Dez. 1993.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. *Memória, história e cidade: lugares no tempo, momentos no espaço.* ArtCultura, Uberlândia, vol. 4, n. 4, p. 26, 2002.

CAPITAL SOCIAL E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Dra. Margarete Panerai Araujo[1]

Me. Kellen Lazzari[2]

RESUMO: Vemos tantos prédios históricos, tombados ou não, em condições precárias e nos questionamos o porquê da dificuldade de preservar nosso patrimônio cultural da dificuldade de conseguir verba para recuperação e manutenção dos bens culturais e o porquê dos entraves que a população de determinadas cidades colocam no momento da realização do tombamento de alguns bens selecionados pelos órgãos de preservação. Será que a falta de participação e de interesse da sociedade na preservação do patrimônio cultural deve-se à precariedade e muitas vezes à falta total de capital social da maioria do povo brasileiro? Essa é a questão que queremos responder por meio de uma pesquisa bibliográfica, com teóricos como Bourdieu, Hermet, Putnam, Hall.

Palavras-chaves: Capital Social. Patrimônio Cultural. Economia da Cultura.

1 INTRODUÇÃO

Os órgãos de preservação são divididos em três instâncias, a federal por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), a estadual onde o responsável é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado (IPHAE) e a instância municipal, mas nem todos os municípios possuem. No município de Porto Alegre esse órgão é chamado de Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural (EPAHC).

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do RS (IPHAE) já teve outros nomes e pertenceu a outra Secretaria de Estado, que não a da Cultura. Tudo começou em 1954, quando foi criada a Divisão de Cultura do Estado do Rio Grande do Sul, ligada à Secretaria da Educação, cujo objetivo era a defesa do patrimônio arquitetônico e cultural do Estado, além de estudos e difusão do folclore. Em 1964 foi criada, junto a essa Divisão, a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul, responsável pela política de preservação dos bens patrimoniais e culturais do Estado, e em 1979, esse órgão passou a se chamar Coordenadoria do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, (CPHAE). Para, então, em 1990 após a criação da Secretaria de Estado da Cultura e com a publicação da portaria n° 11/90, que alterou a denominação das coordenadorias, transformando-as em institutos, surgir o que hoje chamamos de IPHAE.

Segundo a página virtual do IPHAE, chegou-se no mês de abril de 2017 a um número de 153 bens tombados, incluindo-se os tombamentos ambientais (como a Mata Atlântica e quatro parques) e os bens móveis da Biblioteca Pública de Porto Alegre. Além dos tombamentos, o IPHAE é responsável pela identificação, cadastramento, fiscalização e promoção de ações de preservação do Patrimônio Cultural do Estado. Realiza convênios e parcerias junto aos municípios, com a intenção de inventariar os bens edificados de valor cultural, elabora pareceres para os projetos relativos à preservação do patrimônio cultural que buscam a Lei do Incentivo à Cultura (LIC); contribui na busca de parcerias públicas e/ou privadas para que a Secretaria da Cultura estabeleça convênios com as mesmas e pareceres referentes aos valores culturais dos bens do Estado para o Ministério Público Estadual e Federal.

[1] Pós Doutora em Administração Pública e de Empresas em Políticas e Estratégias pela FGV/EBAPE/RJ (2013); e Pós- Doutora em Comunicação Social, Cidadania e Região pelas Cátedras UNESCO e Gestão de Cidades na UMESP (2010); Doutorado em Comunicação Social pela PUCRS (2004); É professora e pesquisadora da linha de pesquisa em Memória e Gestão Cultural, vinculada ao PPG em Memória Social e Bens Culturais UNILASALLE, E-mail: mpanerai@terra.com.br

[2] Especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS, Mestre e Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais na Universidade La Salle, Canoas/RS, onde desenvolve a pesquisa: Políticas Públicas e Memória: um estudo argumentativo referente a gênero e violência a partir do *Site* do Governo do RS (2013-2016).

Desenvolve, ainda, projetos de pesquisa nas áreas de História, Urbanismo, Tecnologia das Construções e Educação Patrimonial. O IPHAE busca também o fortalecimento da autoestima das comunidades e o desenvolvimento da consciência de suas histórias, mantendo suas identidades e valores culturais. O corpo técnico do IPHAE é composto por arquitetos, arquitetos e urbanistas, historiadores, agente administrativa, técnica em assuntos culturais, geógrafa, arquivista e estagiários.

Ao entrevistar o arquiteto Eduardo Hanh, ex-diretor do IPHAE, e ex-superintendente do IPHAN – Rio Grande do Sul, tivemos uma noção da dificuldade que o Instituto encontra para realizar o seu trabalho, tanto para tombar alguns bens, quanto para preservá-los. Informou-nos que é comum encontrar resistência das comunidades para realizar os tombamentos necessários, que, geralmente, é obrigado a participar de audiências públicas para explicar às pessoas sobre a importância da preservação dos bens e, ainda assim, nem sempre é compreendido pela população.

O arquiteto esclareceu algumas questões a respeito do funcionamento do Instituto, como por exemplo, de onde sai o dinheiro para a preservação do patrimônio público do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que o orçamento que provem da Secretaria da Cultura é muito pequeno. Informou que a maior parte da verba vem das leis de incentivo à cultura, do Fundo de Direitos Difusos (FDD), por meio do Ministério da Justiça e dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), realizados pelo Ministério Público Estadual.

O Fundo de Direitos Difusos, criado em 1985 pela Lei nº 7.347, possui natureza contábil, cuja administração é feita pelo o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Tem como objetivo a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um acordo ou compromisso assumido por pessoa física ou jurídica que tenha praticado ato lesivo a direito difuso ou coletivo, como o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural, histórico ou paisagístico (GAVIÃO FILHO, 2011).

Ex-diretor do IPHAE, e ex-superintendente do IPHAN – Rio Grande do Sul, salientou que o funcionamento do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) é diferente, pois o orçamento disponibilizado pelo governo federal é maior, logo trabalham por meio da lei de licitação. Que o governo federal por meio do IPHAN está com o projeto de restauração que é o PAC das Cidades Históricas (Programa de Aceleração das Cidades Históricas) no qual o governo federal repassa os recursos financeiros aos municípios e estes realizam as licitações para as obras selecionadas, previamente, pelo IPHAN, em núcleos históricos que apresentam bens tombados pelo Instituto.

Citou como exemplo do seu trabalho, no IPHAE, o caso da Capela do Bom Pastor, localizada dentro da Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre. No qual fez contato com arquitetos, restauradores, empresa de produção cultural, enfim profissionais de diversas áreas que tivessem interesse de fazer parte do projeto de restauração da capela, sem esquecer, é claro, que para esse projeto foi necessária autorização dos responsáveis, Secretaria da Cultura, pois a Capela é tombada pelo IPHAE, e da Superintendência dos Serviços Penitenciário (SUSEPE), pois é a proprietária do imóvel. Cada profissional realizou um projeto e orçamento, dentro de sua área de atuação, e tudo foi passado para uma produtora cultural a fim de organizar a documentação e entrar com um projeto cultural no fundo de direitos difusos e também submetê-lo à Lei Rouanet.

Após as informações prestadas pelo ex-superintendente do IPHAN, surgiu a indagação sobre o porquê da dificuldade em preservar nosso patrimônio cultural, da dificuldade de conseguir verba para recuperação e manutenção dos bens culturais e o porquê dos entraves que as populações de determinadas cidades colocam no momento da realização do tombamento de alguns bens selecionados pelos órgãos de preservação. A primeira resposta que nos veio como provável causa, talvez, seja a falta de informação do povo brasileiro, a precariedade e muitas vezes a falta total de capital social. Então, com base em uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, com teóricos como Bourdieu, Hermet, Putnam, Hall, tentamos responder e entender essa dificuldade em preservar o patrimônio cultural brasileiro.

2 PATRIMÔNIO CULTURAL E CULTURA

Talvez, se a sociedade compreende-se que o patrimônio cultural de cada cidade, região faz parte da identidade de cada cidadão, como diz Canclini (1997, p. 59) ao conceituar que patrimônio "expressa a solidariedade que une aqueles que compartilham um conjunto de bens e práticas que os identificam", teríamos um engajamento maior da população na preservação do patrimônio cultural. "Preserva-lo então, pode ser uma medida eficaz para garantir que a sociedade tenha a oportunidade de conhecer sua própria história e de outros, por meio do patrimônio material, imaterial, arquitetônico ou edificado, arqueológico, artístico, religioso e da humanidade" (ROCHA, 2012, p. 2)

Para que o patrimônio seja assegurado é necessário que as pessoas compreendam a necessidade de preservá-lo, mas para isso temos que investir no capital social, em cultura. Pois em sociedades, como a brasileira, onde as desigualdades são grandes

> pode ocasionar, nos grupos que não têm identidade com o elemento elevado à condição de patrimônio, certo desprezo em sua conservação. (...) É inteligível que as classes populares, envolvidas na penúria das moradias e na urgência de sobreviver, se sintam pouco implicadas com a conservação dos bens, sobretudo se não são seus (ZANIRATO, 2009, pp. 139 e 140).

A Constituição Federal Brasileira (CF/88) define Patrimônio Cultural no seu artigo 216:

> Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - as formas de expressão;
>
> II - os modos de criar, fazer e viver;
>
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Salientamos que segundo Pereiro (2006) patrimônio cultural é diferente de patrimônio e de cultura. Para o autor:

> patrimônio é uma noção que define todos os recursos que se herdam, bens mobiliários e imobiliários, capitais, etc (...) e cultura pode ser estudada e conhecida, mas não toda pode ser patrimonializada, porque senão estaríamos condenados a viver irremediavelmente igual que os nossos antepassados. (...)Podemos afirmar que o património cultural é uma expressão da cultura dos grupos humanos que recupera memórias, ritualiza sociabilidades, selecciona bens culturais e transmite legados para o futuro. (PEREIRO, 2006, pp. 23 a 25).

Patrimônio cultural tem um sentido voltado para a coletividade, o público, e patrimônio tem um sentido restrito, familiar, voltado para o lado privado e particular. O patrimônio cultural é algo permanente, ao contrário da cultura que está em constante mutação (PEREIRO, 2006).

O patrimônio cultural é dividido entre patrimônio material e imaterial. O patrimônio material representa os bens que consideramos visíveis e concretos. O imaterial representa os bens perceptíveis, vividos, que podem ser transmitidos e que são intangíveis. O patrimônio cultural[3] não se restringe apenas a imóveis oficiais isolados, igrejas ou palácios, mas na sua concepção contemporânea se estende a imóveis particulares, trechos urbanos e até ambientes naturais de importância paisagística, passando por imagens, mobiliário, utensílios e outros bens móveis. Cultura não tem um conceito fechado,

> por cultura se entende muita coisa (...) cultura está associada a estudo, educação, formação escolar (...). Por vezes se fala de cultura para se referir unicamente às manifestações artísticas, como o

[3] Disponível em: http://www.iphan.gov.br/montarPaginaSecao.do?id=20&sigla=PatrimonioCultural&retorno=paginaIphan. Acesso em: 20.jun.2013.

> teatro, a música, a pintura, a escultura. Outras vezes, ao se falar na cultura da época ela é quase identificada com os meios de comunicação de massa, tais como o rádio, o cinema, a televisão (...) (SANTOS, 1987, p. 19).

Portanto, podemos dizer que cultura é um conjunto de conhecimentos adquiridos na família e/ou fora dela. Pode ser manifestação artística, crença religiosa, costumes, hábitos, expressão de uma sociedade, povo, grupo, indivíduo; informação transmitida de uma geração a outra por ferramentas como textos, falas, imitações, etc. Cultura é a relação do homem com esses diferentes tipos de conhecimento e costuma ser compreendida como a totalidade de expressões, práticas e produções humanas.

"A cultura aparece como um dos fatores que entram na economia do conhecimento da mesma maneira que a educação ou a pesquisa científica" (TOLIA, 2007, p. 97). O desenvolvimento e a cultura são estreitamente ligados, com diz Hermet (2002, p. 113) e ao falarmos em desenvolvimento não temos como não nos referirmos ao capital social e a cultura.

3 CAPITAL SOCIAL E PATRIMONIALIZAÇÃO

Por capital social entendemos como as vantagens que as pessoas e seus grupos utilizam para ampliar os seus acessos a recursos materiais e imateriais, no sentido de buscar novas relações com outros atores, garantir sua reprodução econômica e social e provocar determinadas mudanças nas relações de poder com o mercado, com o Estado e com o resto da sociedade (BEBBINGTON, 1999).

Para um melhor entendimento do conceito de capital social é necessário que saibamos a definição de capital humano e cultural. Rattner (2003) diz que capital humano é fruto das ações dos indivíduos em busca do aprendizado e aperfeiçoamento, contrário a essa ideia de individualismo do capital humano, o capital social estimula a coesão da família, da comunidade e da sociedade. A cultura constitui campo de ação onde a sociedade gera seus valores e os passa de geração a geração.

O capital social e o capital humano (caracterizado pelo nível de educação e saúde) são importantes para a superação da tendência inerente do mercado de supremacia dos interesses econômicos sobre os interesses "humanos", da qualidade de vida, e eles podem ser incrementados pela cultura e educação potencializando, assim, comportamentos participativos e cidadãos (RATTNER, 2003). Portanto esses dois capitais são fatores importantes no desenvolvimento econômico e social de uma cidade.

Para explicar como a cultura numa sociedade dividida em classes se transforma em uma espécie de moeda, onde as classes dominantes a utilizam para acentuar as diferenças, Bourdieu (1999) criou a metáfora do capital cultural. Onde a classe dominante vai impor sua cultura às classes dominadas, de forma incontestável.

Bourdieu (1999) vê o capital cultural como uma 'perpetuação' de um sistema de valores sociais, determinados pela união de conhecimentos, informações e atitudes que traçam a diferença de rendimentos acadêmicos frente à escola. Dessa forma, o capital social, sob a ótica econômica, conta com fatores de outros capitais, o que vai proporcionar o fortalecimento das relações sociais e ampliar o envolvimento dos cidadãos nas questões políticas referentes ao bem público e ao desenvolvimento de cidades e regiões.

Diante disso pode-se utilizar o conceito de Putnam que trabalha o capital social como um instrumento institucional para melhorar as condições de eficácia dos governos dentro de uma comunidade, "o capital social diz respeito à característica da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas" (PUTNAM, 2002, p. 177).

Como podemos ver, o capital social tem papel importante para se pensar o desenvolvimento regional e nesse contexto a relação entre o Estado e a comunidade toma a forma de complementaridade através das políticas públicas e da relação destas num âmbito local. Quando colocamos que o crescimento econômico não é mais o centro do desenvolvimento surge à importância da participação da comunidade local e de suas relações para assumir um determinado projeto.

Portanto, o interesse pelas questões públicas e a devoção às causas públicas como o cuidado com os espaços públicos, os bens comuns e a preservação do patrimônio histórico de uma cidade são formas de exercer a cidadania e de desenvolvimento. Hermet (2002, p. 18) diz que "desenvolver" não significa despejar cimento, instalar canos de água ou levantar a qualquer custo curvas estatísticas, sem pensar, antes, durante e depois de suas intervenções, nas reações muito diversas das pessoas atingidas por essas intervenções e nos benefícios que esperam ou não das mesmas. Devemos pensar na escolha de projetos, de propostas que priorizem o desenvolvimento tanto econômico, como o social, ambiental e cultural.

Segundo Putnam (2002), a patrimonialização serve para fomentar o desenvolvimento por meio da valorização, revitalização de uma determinada cultura e do seu patrimônio cultural. Entendendo que patrimônio cultural é a trajetória das políticas públicas de proteção ao mesmo e a relação entre a patrimonialização, os bens culturais e a apropriação dos mesmos e sua relação com o consumo. Para Silva (2011), a patrimonialização deve ser usada como fator de desenvolvimento social para priorizar o lado cultural em detrimento do econômico,

> visando tratar os excluídos com alguns privilégios, trabalhando sua rede de relações sociais, assim a exclusão será minimizada ao se pensar a pessoa em rede e não somente o indivíduo atomizado. Visto que a forma de inserção dos excluídos é via cultura e nas alternativas governamentais voltadas para este fim. A cultura é a mola propulsora para que a comunidade local tome posse da sua identidade, se reconheça nela, e através dela se organize socialmente. Com a valorização da cultura torna-se possível o funcionamento de toda a engrenagem social local. (SILVA, 2011, p. 112).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O § 1º, do artigo 216 da Constituição Federal nos diz que: "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação", mas para isso precisamos capacitar o povo, como fala Zanirato:

> a capacitação dos sujeitos à participação na política patrimonial requer conhecimentos múltiplos, porque essa política envolve a produção do espaço citadino e implica iniciativas que não raras vezes esbarram num contexto adverso, envolto em interesses imobiliários e em ideais de progresso, que se expressam em discursos nos quais o "novo" e o "moderno" aparecem como sinônimos de beleza e superioridade. (...) Portanto, a existência da normativa é importante, mas não suficiente para a conservação, agora se apresenta a necessidade de despertar a sensibilidade para a importância de salvar esse legado, conservá-lo e transmiti-lo às gerações futuras (2009, p. 146).

Para Jacques (2008), a patrimonialização tem como objetivo a utilização da cultura para fomentar a revitalização urbana, quando diz que a revitalização "(...) tão em voga hoje, parece fazer parte de um processo bem mais vasto de utilização da cultura como instrumento de desenvolvimento econômico" (JACQUES, 2008, p. 32).

Nesse sentido temos que apostar no capital social como fator de desenvolvimento econômico e de proteção do patrimônio cultural. Para isso precisamos de uma sociedade organizada e com níveis de confiança nas políticas públicas e fundamentalmente precisamos de educação patrimonial, a fim de capacitar as pessoas para que possam participar de discussões e decisões referentes a preservação do patrimônio de suas cidades de forma mais consciente. Então, a partir desse momento, com uma população que tem educação e cultura, será mais fácil conseguirmos os tão escassos recursos financeiros, já que dessa forma saberão valorizar o patrimônio cultural que possuem e lutarão pela sua preservação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEBBINGTON, Anthony. Capitals and capabilities: a framework for analysing peasant viability rural livelihoods and poverty in the andes. London: IIED/DFID, 1999.

BOURDIEU, Pierre. Escritos de Educação / Maria Alice e Afrânio Catani (org) – Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, 2º edição. pp. 71-79.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22.fev.2018.

CANCLINI, Nestor Garcia. El patrimonio cultural de México y la construcción imaginaria de lo nacional. In: FLORESCANO, Enrique (coord.) El patrimonio nacional de México. México: FCE, CONACULTA, pp. 57-86, 1997, p. 59.

CERQUEIRA, Eduardo Tramontina Valente. Escritos de Educação por Pierre Bourdieu. Revista ACOALFAplp: Acolhendo a Alfabetização nos Países de Língua Portuguesa, São Paulo, ano 2, n. 4, 2008. Disponível em: http://www.acoalfaplp.org. Publicado em março de 2008. Acessado em 05.09.2012.

CUCHE, D. A noção de cultura nas ciências sociais. Bauru: Edusc, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Saiba o que é um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (Tac)*. Disponível em: http://www.fmp.com.br/blog/index.php/saiba-o-que-e-um-termo-de-ajustamento-de-conduta/. Acesso em: 22.fev.2018.

HALL, S. [1992]. A identidade cultural na pós-modernidade. 8. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HERMET, Guy. Cultura e desenvolvimento. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.

IPHAE. *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado*. Disponível em http://www.iphae.rs.gov.br/Main.php?do=HistoricoAc&item=25. Acesso em: 22.fev.2018.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: http://www.iphan.gov.br/montarPaginaSecao.do?id=20&sigla=PatrimonioCultural&retorno=paginaIphan. Acesso em: 23.fev.2018.

JACQUES, Paola B. Patrimônio cultural urbano: espetáculo contemporâneo? Revista de Urbanismo e Arquitetura, América do Norte, 6, dez. 2008. Disponível em: http://www.portalseer.ufba.br/index.php/rua/article/view/3229/2347. Acesso em: 22. jun. 2013.

PEREIRO, XENARDO. Patrimônio cultural: o casamento entre patrimônio e cultura, In: ADRA n.º 2. **Revista dos sócios do Museu do Povo Galego**, 2006. pp. 23-41. Disponível em: http://home.utad.pt/~xperez/ficheiros/publicacoes/patrimonio_cultural/Patrimonio_Cultural.pdf. Acesso em: 20.jun.2013.

PUTNAM, Robert D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2002.

RATTNER, Henrique. Prioridade construir o capital social. Disponível:

http://www.abdl.org.br/article/articleview/608/1/97/. Acesso: 20.jun.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Estado da Cultura. Disponível em: http://www.cultura.rs.gov.br/v2/instituicoes-sedac/instituto-17/. Acesso em: 22.fev.2018.

ROCHA, Thaíse **Sá Freire**. Refletindo sobre memória, identidade e patrimônio: as contribuições do programa de Educação Patrimonial do MAEA-UFJF. XVII Encontro Regional ANPUH – MG, 24 a 27 de julho de 2012. Disponível em: http://www.encontro2012.mg.anpuh.org/resources/anais/24/1340766055_ARQUIVO_Artigo-Anpuh.pdf. Acesso em: 06.ago.2014.

SANTOS, José Luiz dos. O Que é Cultura? Coleção Primeiros Passos, 6ª edição. São Paulo: editora brasiliense s.a, 1987, p. 19. Disponível em: HTTP://fundamentos1.files.wordpress.com/2009/09/santos-o-que-e-cultura.pdf. Acesso em: 09.09.2012.

SILVA, Sandra. Siqueira da. A patrimonialização da cultura como forma de desenvolvimento: considerações sobre as teorias do desenvolvimento e o patrimônio cultural. Revista Aurora, ano V, n. 7, p.106-113, jan. 2011. Disponível em:

http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/9silva106a113.pdf Acesso em: 12. jun. 2013.

TOLIA, Paul. Cultura e economia: problemas, hipóteses, pistas. Tradução Celso M. Pacionik. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2007.

ZANIRATO, Silvia Helena. Usos Sociais do Patrimônio Cultural e Natur*al*. In: UNESP – FCLAs – CEDAP, v. 5, n.1, p. 137-152 - out. 2009. Disponível em: http://pem.assis.unesp.br/index.php/pem/article/view/145/521. Acesso em: 22.jun.2013

VILA FLORES: EXPERIÊNCIA COLABORATIVA PARA O DESENVOLVIMENTO NO 4º. DISTRITO DE PORTO ALEGRE

Judite Sanson de Bem[1]

Renata B. Dellamea Ferraz[2]

RESUMO: O prédio residencial conhecido como "Condomínio Vila Flores"é um espaço potencial para ofertar práticas culturais voltadas à economia criativa. A partir de 2013, através da Associação Vila Flores, responsável pela gestão do empreendimento, criou-se uma associação com vistas a potencialição do espaço tecendo ações criativas e inovadoras por meio de decisões colaborativas e compartilhadas. Nesse sentido, o presente artigo objetiva identificar de que forma o Vila Flores, através de seus eixos norteadores, age para promover o desenvolvimento do 4º. Distrito. Para tal, primeiramente far-se-á uma revisão dos conceitos sobre desenvolvimento local, com enfoque no capital humano e cultural. Posteriormente, através a consulta das informações e dos materiais disponíveis no site da Associação, serão trabalhados os dados no sentido caracterizar suas ações. Os resultados apontam para um modelo mais democrático de gestão, promoção de atividades culturais e educacionais diversificadas e fortalecimeto de parcerias externas.

Palavras-chave: Vila Flores. Desenvolvimento. 4º Distrito. Porto Alegre.

ABSTRACT: The residential building known as "Vila Flores Condominium" is a potential space to offer cultural practices focused on the creative economy. Starting in 2013, through Vila Flores Association, responsible for the management of the project, an association was created with a view to the potential of space by weaving creative and innovative actions through collaborative and shared decisions. In this sense, the present article aims to identify how Vila Flores, through its guiding axes, acts to promote the development of the 4th. District. To do so, we will first review the concepts of local development, focusing on human and cultural capital. Subsequently, through the consultation of the information and materials available on the Association website, the data will be worked to characterize their actions. The results point to a more democratic model of management, promotion of diversified cultural and educational activities and strengthening of external partnerships.

Keywords: Vila Flores. Development. 4th District. Porto Alegre.

1 INTRODUÇÃO

O 4º. Distrito de Porto Alegre, conhecido como um espaço compreendido entre cinco bairros em Porto Alegre, principalmente, os bairros Floresta, Navegantes, São Geraldo, Humaitá e Farrapos. Nos tempos áureos foi sede de empresas de grande porte, como a FIATECI, Cervejaria Brahma, Renner, ou recreativas como a Sociedade Bailante Recreativa Gondoleiros, entre outros. Gradativamente, por falta de espaço ou outros motivos, estas empresas foram se deslocando para outras regiões ou mesmo municípios vizinhos a Porto Alegre, o que acarretou em profundas transformações neste espaço.

Assim, de um espaço industrial e comercial da capital, com o passar do tempo, foi sendo abandonado pela maior parte das atividades produtivas e, consequentemente, pela população.

Pouco tem sido feito, pelo setor público, para efetivamente potencializar este espaço degradado e ações individuais, realizadas pela sociedade civil tem se mostrado mais efetivas. A reorganização da produção e

[1] Profa. Dra. PPGMSBC, Universidade Lasalle, judite.bem@unilasalle.edu.br

[2] Doutoranda PPGMSBC, Universidade Lasalle, llamea@terra.com.br

formas sociais mais integradas e sistêmicas tem emergidos elementos para trazer à tona um novo ciclo de prosperidade.

Alguns teóricos sustentam, como PUTNAM (1996), que o processo de desenvolvimento, seja ele local ou global, se explica elencando o capital social como atributo essencial, que coloca a capacidade de inovar, juntamente com a capacidade de se adaptar e regular. Além disso, outros elementos são igualmente importantes como ações coletivas, participativas, sustentáveis, bem como valores culturais, confiança, solidariedade e integração.

Desta forma, locais como o Vila Flores, com processos de decisões mais coletivos, localizado no 4º. Distrito se apresentam como um projeto colaborativo e inovador das relações sociais, justificando, assim, um estudo mais detalhado de sua atuação.

Para atender ao objetivo proposto, o presente estudo se enquadra como aplicado, descritivo, bibliográfico, estudo de caso e quantitativo. A coleta dos dados das ações do Vila Flores foi feita a partir da obtenção dos arquivos disponíveis da sua página na internet, de 2013 a 2017, onde foi possível classificar as ações conforme os eixos norteadores da gestão da Associação.

2 DESENVOLVIMENTO LOCAL: CONCEITOS TEÓRICOS INICIAIS

Entendido, inicialmente, como sinônimo de crescimento, progresso e aumento da riqueza, e ainda, como um processo de ampliação contínua da capacidade de agregação de valor sobre a produção e sua capacidade de absorção (FILHO, 2001), o significado do termo desenvolvimento econômico vem se redefinindo desde os anos 1980. Hoje sua abordagem traz elementos como sustentabilidade, território, participação cidadã e valores culturais. PIRES et. al.(2006) reforçam que o desenvolvimento nos anos 1990, trouxe um caráter mais institucionalizado e sistêmico, á medida que enfocam que a sociedade deve organizar a produção social e criar espaços participativos que conduziram a uma mudança integrada e permanente no bem-estar da população. Assim, muda-se a abordagem do desenvolvimento: ao invés de uma visaõ voltada apenas sobre o desempenho e competências técnicas das regiões admite que é o o capital social gerado e mantido no terrritório seu esteio maior.

Entende-se capital social como as redes de relações, normas de comportamento, valores, confiança, obrigações e canais de informação permitindo tomada de ações mais colaborativas. (PUTNAM, 1996). Ou ainda, capital social traduzido no trabalho em conjunto relacionado à "capacidade de uma determinada região construir redes de reciprocidade e solidariedade cívicas organizadas, focadas não na competição, mas na cooperação entre indivíduos, grupos e instituições das diferentes esferas da sociedade." (ANDION, 2003, p. 1045). Capital social entendido como meio facilitador do compartilhamento de informações e conhecimentos, bem como para meio para reduzir custos, promover o espirito cooperativo, relações de confiança, referências sócio-culturais e objetivos comuns, além de melhorar a coordenação e coerência nas ações e, ainda como meio para promover,

> [...] maior estabilidade organizacional devido a processos de tomada de decisões coletivos; maior conhecimento mútuo, ampliando a previsibilidade sobre o comportamento dos agentes, reduzindo a possibilidade de comportamentos oportunistas e propiciando um maior compromisso em relação ao grupo. (ALBAGLI; MACIEL, 2002, p. 12)

Nesse formato, dimensões humanas como ações coletivas, participativas e populares; e valorização dos elementos sociais, históricos e culturais predominantes nas regiões foram moldando o processo. (PIMENTA, 2014) Espaços participativos começaram a representar então, uma oportunidade para o debate e tomada das decisões coletivas estreitassem os laços de confiança. Confiança proveniente da ampliação da participação dos atores no processo decisório distribuindo melhor os recursos e a implementação de políticas, resultando em negociações mais apropriadas. (COELHO e FAVARETO, 2008)

3 A EXPERIÊNCIA DO CONDOMÍNIO CULTURAL VILA FLORES COMO BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO DA REGIÃO DE ABRANGÊNCIA

3.1 CARACTERIZAÇÃO NORTEADORA DO VILA FLORES

Localizado no 4º. Distrito, o Condomínio Vila Flores é um espaço atuante no processo de desenvolvimento local. Dados do IBGE atestam que o bairro no qual se insere, Bairro Floresta, apresenta indicadores econômicos, sociais, ambientais e de infra-estrutura que permitem vislumbrar um potencial significativo na região. Com relação ao perfil dos residentes, o bairro tem um baixo indice de analfabetismo de 1,24%, uma população jovem de 19,55% e idosa de 21,92%, e rendimento médio de 5.96 salários mínimos. Quanto à infra-estrutura, a energia elétrica cobre 99,85% do domicílios; a iluminação pública 100%; a pavimentação 97,33%; a água potável 99,32% e esgoto 99,64%. E, ainda, a arborização compreende 97,67% do bairro e o destino do lixo atinge 99,85% do total dos domicílios (residenciais/industriais).(PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 2010) Ou seja, o território tem condições humanas e materiais para retomar um novo ciclo de desenvolvimento.

Com esse objetivo, em 2010, a comunidade local, artistas e coletivos da cidade, uniram-se com os proprietários do Condomínio Vila Flores visando readequar seu uso para a criação de um espaço cultural, onde práticas colaborativas relacionadas à economia criativa pudessem revitalizar o 4º. Distrito. (WALLIG E SIELSKI, 2013) Com a aceitação desse projeto por parte de seus proprietários, o condomínio de 2.332m², datado da década de 1920, (Figura 1 e 2), composto por dois prédios interligados, cedeu seu espaço para locação de empreendedores criativos e inovadores.

Figura 1. Centro Cultural Vila Flores, vista do prédio na lateral

Fonte: as autoras

Figura 2. Vista interna do pátio

Fonte: as autoras

Para melhorar a gestão do condomínio, em 2013, foi criada uma associação responsável por sua gestão e pela articulação junto ao poder público, iniciativa privada e comunidade local, Associação Cultural Vila Flores, comprometida em construir ações que buscassem o desenvolvimento local, através de tomadas de decisões colaborativas e compartilhadas. Conforme as regras de gestão, o conjunto abrigaria artistas, empreendedores criativos e profissionais de diversas áreas como arquitetura, engenharia, design,

comunicação, tecnologia, vestuário, teatro, artes entre outros, contribuindo para formar uma identidade própria. Conforme o estatuto, o caráter da Associação voltaria para o setor cultural, recreativo, técnico, educacional ambiental e científico, objetivando desenvolver atividades que servissem de exemplo para toda a sociedade.

Existem quatro eixos norteadores das ações do Condomínio, conforme o quadro 1.

Quadro 1. Eixos norteadores das ações do Condomínio Vila Flores

Norteadores	Descrição
Arte e Cultura	Artes Visuais, Artes Cênicas, Audiovisual, Música, entre outros.
Educação	Cursos, oficinas, seminários e encontros para troca de conhecimentos e experiências.
Empreendedorismo	Incentivo aos produtores locais e iniciativas que fazem a conexão entre negócios criativos, sociais e colaborativos.
Arquitetura e Urbanismo	Fomento ao debate sobre questões urbanas e promoção de atividades para a concretização de projetos cujo objetivo é a melhoria da vida na cidade.

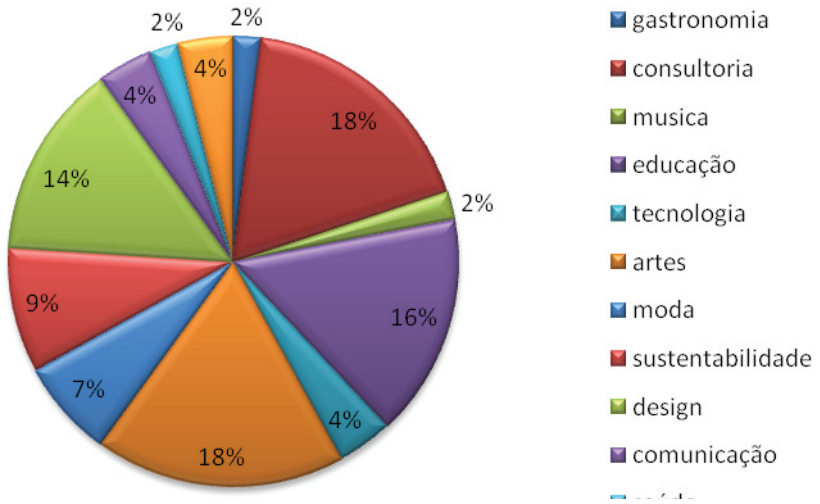
Fonte: Vila Flores< https://vilaflores.wordpress.com>

Baseando-se nesses eixos, todos os residentes participam ativamente das atividades culturais, desde a discussão e concepção inicial da ideia até apresentação da atividade em si, ou seja, o envolvimento dos residentes ultrapassa a oferta do serviço ou comércio de seus produtos. (ASSOCIAÇÃO VILA FLORES, 2014)

3.2 PRÁTICAS SOCIAIS DO CONDOMÍNIO VILA FLORES

Como os gestores e residentes do Vila Flores impactam no processo de desenvolvimento da região? Com relação às áreas de atuação dos 46 residentes, antigos e novos, pode-se perceber, conforme o Gráfico 1, que as áreas de consultoria e artes possuem grande representatividade sobre o total, cada uma com 18% de participação, seguida da educação com 16%; design com 14%; sustentabilidade com 9% e moda 7%.

Gráfico 1. Percentual das áreas de atuação dos Residentes Vila Flores - 2017



Fonte: autoras

Ou seja, praticamente todas as áreas dos residentes estão voltadas para a economia criativa, como

forma de incentivar a recondução do processo produtiva na região.

Como a Tabela 1 pode-se ver, dos quatro eixos temáticos, a dominância das ações se concentraram, ao longo de 2013 a 2017, na Arte e Cultura e Educação. Iniciativas no eixo do Empreendedorismo, veio em terceiro lugar enquanto que Arquitetura e Urbanismo apareceu como último foco das ações, em todos os anos analisados.

Tabela 1. Ações oferecidas conforme eixos norteadores, 2013-2017

Eixos	%				
	2013	2014	2015	2016	2017
Arte e Cultura	**50%**	**28%**	**28%**	**21%**	**42%**
Educação	**50%**	**56%**	**60%**	**67%**	**39%**
Empreendedorismo	0	13%	8%	8%	11%
Arquitetura e Urbanismo	0	3%	4%	4%	8%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: autoras

Com relação às modalidades das atividades que o Vila Flores proporcionou à comunidade, a Tabela 2 evidencia que em 2013 houve uma concentração das ações em Cursos/Oficinas/Aulas e Filmes com 29% cada um. No entanto ao longo do tempo, até 2017 estas duas modalidades reduziram suas participações. Já em 2014 houve um crescimento da modalidade de Bate-papo/Palestras/Workshops com 30%, seguida Cursos/Oficinas/Aulas com 20%. Em 2015 volta a dominar Cursos/Oficinas/Aulas com 33% e as Festas/Encontros/Grupos de Estudo dividiram posição com Bate-papo/Palestras/Workshops, cada um com 19% de participação. Assim, até o ano de 2017 há oscilações entre as modalidades. O exemplo mais sintomático é a modalidade filmes, que um percentual de 29% em 2014 passa para 8% em 2017, uma variação negativa de 72,4%

Tabela 2. Ações oferecidas conforme eixos norteadores, 2013-2017

Atividades	**%**				
	2013	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
Exposições	14%	3%	5%	11%	**15%**
Teatro / Música / Dança	14%	**20%**	12%	10%	**18%**
Filmes	**29%**	3%	4%	3%	8%
Cursos / Oficinas / Aulas	**29%**	**24%**	**33%**	**28%**	**13%**
Festas / Encontros / Grupos de estudos	0%	3%	**19%**	**17%**	10%
Bate-papo / Palestras / Workshops	14%	**30%**	**19%**	14%	**23%**
Visitas	0%	10%	3%	10%	4%
Empreendedorismo	0%	7%	5%	7%	9%
total	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: autoras

Vê-se que o Vila Flores constrói sua trajetória, empreendendo diferentes atividades culturais. Com a tomada de decisões construída de forma colaborativa e compartilhada, as ações oferecidas são variadas, ou seja, são as comunidades voltadas à colaboração, participação e trabalho conjunto que se se constituem em entidades mais preparadas para criarem e inovarem, como aponta FILHO (2001)

4 CONCLUSÃO

A partir dessa breve reflexão foi possível compreender a forma como o Vila Flores vem atuando no território do 4º. Distrito. Partindo da compreensão teórica sobre desenvolvimento local, é possível identificar que o modelo de gestão definido pelo espaço, mediante a participação, cooperação, formação de redes, compartilhamento de informação e conhecimento são fatores importantes na condução das atividades culturais oferecidas para a comunidade vai ao encontro das novas pecepções de desenvolvimento local à medida que o capital social e o capital cultural estão presentes na construção de sua identidade. Os eixos norteadores de suas ações e a diversidade de eventos ofertados, demonstram o comprometimento da Associação Vila Flores em reconduzir economicamente a região. O processo de tomada de decisões mais participativas entre seus residentes e a construção de ações que atendam as demandas culturais da comunidade e seu entorno, ficam evidenciadas na análise.

REFERENCIAS

ALBAGLI, Sarita. Território e Territorialidade. Apud: Braga, Christiano; Morelli, Gustavo; Lages, Vinícius N. **Territórios em Movimento:** cultura e identidade como estratégia de inserção competitiva. Brasília, Sebrae, 2004.

ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lúcia. **Capital social e empreendedorismo local** Rede de pesquisas em sistemas produtivos e inovadores locais. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/redisist. Acesso em: 13 de maio de 2017.

ANDION, Carolina. Análise de redes e desenvolvimento local sustentável. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro 37(5):1033-54, Set./Out. 2003. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6512/5096. Acesso em 23 de abril de 2018.

ASSOCIAÇÃO VILA FLORES. **Projeto Vila Flores:** uma experiência aberta. Porto Alegre, 2016.

COELHO, Vera Schattan; FAVARETO, Arilson. Dilemas da participação e desenvolvimento territorial. **Revista de Desenvolvimento Econômico.** Salvador, Ano X, nº 18, dez/2008. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/view/1034/812> Acesso em: 20 de abril de 2017.

FILHO, *Jorge Renato de Souza Verschoor.* Participação e cooperação: elementos *para* uma nova política de desenvolvimento regional. **Ensaios Fee**, Porto Alegre, v. 22, n. 1, p. 86-114, 2001. Disponível em: https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/1988. Acesso em: 20 de abril de 2017.

FILHO, Jair do Amaral. A endogeneização no desenvolvimento econômico regional e local. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. n. 23, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/78. Acesso em: 20 de abril de 2017.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. Tendências do desenvolvimento: elementos para reflexão sobre as dimensões sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. Taubaté, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 44-66, set. 2014. Disponível em: <http://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/1471/394. Acesso em: 3 de janeiro de 2017.

PIRES, Elson L. S.; MULLER, Geraldo; VERDI, Adriana Renata. Instituições, Territórios e Desenvolvimento Local: delineamento preliminar dos aspectos teóricos e morfológicos. **Revista Geografia**, Rio Claro, v. 31, n. 3, p. 437-454, set./dez. 2006. Disponível em: http://cursos.unipampa.edu.br/cursos/pgdrf/files/2010/10/sem_elson.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2017.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. **Indicadores Bairro Floresta**. Disponível em: < http://portoalegreemanalise.procempa.com.br/?regiao=26_0_0> Acesso em: 10 de março de 2017.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia:** a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

VILA FLORES. Vila Flores, Educação, Cultura e negócios. Disponível em: https://vilaflores.wordpress.com/about/. Acesso em: 25 de abril de 2017.

WALLIG, Antonia; SIELSKI, Lucas. **Projeto Vila Flores. Práticas artísticas colaborativas pela revitalização de processos criativos no meio urbano.** Encontro Nacional ANPAP, 15 a 20 de Outubro de 2013. Belém, Pará.

"QUANDO DIZ PRA FAZER O RELATÓRIO QUANDO PODE, ELE NÃO FAZ, NÃO VAI FAZER": IMPLICAÇÕES PARA A MEMÓRIA ORGANIZACIONAL DE UMA INCUBADORA DE COOPERATIVAS

José Francisco Ribeiro Lemos [1]

Maria de Lourdes Borges[2]

RESUMO: O objetivo deste artigo é o de analisar algumas implicações de ações em relação à sistematização dos dados para a memória organizacional de uma incubadora tecnológica de cooperativas populares do Rio Grande do Sul. Foi realizado um estudo de caso contendo 4 entrevistas semiestruturadas, as quais foram transcritas e depois receberam o tratamento analítico de categorizações. Os resultados indicaram que a falta de organização para a sistematização do planejamento, ação e avaliação das ações de incubação de cooperativas e associações populares teve sérias implicações para a memória organizacional da instituição analisada, com consequências para a própria continuidade.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o de analisar algumas implicações de ações em relação à sistematização dos dados para a memória organizacional de uma incubadora tecnológica de cooperativas populares do Rio Grande do Sul. A incubadora analisada teve início no ano 2000 a partir de ações realizadas dentro de uma Universidade Federal e foi se estruturando com o apoio do departamento de extensão. Os projetos em que os colaboradores da incubadora estavam engajados desde o ano 2000 foram vários. Sabe-se que essa incubadora realizou trabalhos relevantes junto à comunidade do Estado em que se situa. Questiona-se então sobre a sua trajetória, sobre os dados arquivados, sobre a sistematização destes dados.

Nesse sentido, o suporte teórico da memória organizacional pode ajudar a compreender o contexto desta incubadora. Uma sistematização da memória organizacional pode esclarecer questões sobre a organização e também sobre o ambiente de atuação da organização, além de outros ganhos. O armazenamento de informações, que incluem histórias e lembranças, entre outros elementos, podem ser recuperadas para fins de divulgação da memória organizacional em uma organização. Para que a empresa ou organização possa tomar decisões importantes em sua trajetória presente e futura ela pode se beneficiar ao se embasar em sua memória organizacional (WALSH; UNGSON ,1991).

Portanto, para atingir ao objetivo de analisar algumas implicações de ações em relação à sistematização dos dados para a memória organizacional de uma incubadora tecnológica de cooperativas populares do Rio Grande do Sul, inicialmente será apresentado embasamento teórico sobre memória organizacional. Em seguida será explicitado o percurso metodológico, a análise e finalmente são apresentadas as considerações finais.

2 MEMÓRIA ORGANIZACIONAL E ECONOMIA SOLIDÁRIA

A memória organizacional serve para que as organizações, instituições e coletivos possam tomar melhores decisões, uma vez que estarão embasando-se em sua trajetória, em seus acertos e erros do passado com vistas a um futuro mais assertivo (WALSH; UNGSON, 1991). Neste ponto de vista, relatórios, e-mails e atas de reunião, por exemplo, passam a ser recipientes de armazenamento de informações. Eles podem vir a

[1] Mestrando junto ao PPG em Memória Social e Bens Culturais, UNILASALLE e técnico administrativa na UFRGS. E-mail: francisco.lemos@ufrgs.br@ufrgs.br

[2] Docente permanente do PPG em Memória Social e Bens Culturais, UNILASALLE. Doutora em Administração e Líder do Grupo de Pesquisa Tecnologia Social, Inovação e Desenvolvimento (GP Tessido). E-mail: maria.borges@unilasalle.edu.br

se tornar procedimentos, que poderão promover o atingimento dos objetivos da organização. Nesse contexto, como evitar que os saberes dos trabalhadores se percam? Além disso, a memória organizacional serve como base de pesquisa para buscar experiências passadas a fim de melhor fluir o trânsito de informações dentro da empresa (ROWLINSON et al. 2010).

Rowlinson et al. (2009) compreendem que é importante buscar, aprender e entender porque o passado possui relevância para a construção da jornada presente e futura da organização. Para Rowlinson et al. (2009), são os integrantes que irão construir e nortear a identidade da organização e a sua memória organizacional (MARCHI; BORGES, 2017).

Para Walsh e Ungson (1991), um fator determinante para o sucesso das organizações é a tomada de decisões, que para os autores, deve estar apoiada na memória organizacional. Assim, por meio da memória organizacional é possível construir um ambiente externo mais competitivo através de decisões mais assertivas. Nas próprias palavras de Walsh e Ungson (1991, p.61, tradução nossa) "A memória organizacional se refere a informações armazenadas a da história de uma organização, que pode ser recuperada para sustentar decisões presentes. Essa informação é armazenada como uma consequência de decisões implementadas [...], pelas recordações individuais, e através de interpretações compartilhadas". Além disso, no processo de compreender o fluxo da informação dentro das empresas, o conhecimento retido nas organizações permite identificar três imperativos de memória (WALSH, UNGSON 1991).

Segundo Walsh e Ungson (1991), os imperativos de memória organizacional são: aquisição, retenção e recuperação, os quais são descritos a seguir: (i) a **aquisição** da informação refere-se aos processos internos de uma organização que fomentam à aquisição, armazenamento e recuperação das informações; (ii) a **retenção** da informação refere-se aos locais (físicos, digitais ou outros) da memória organizacional, ou seja, à estrutura de retenção (iii) a **recuperação** da informação refere-se à compreensão dos caminhos que a informação percorre quando da necessidade de seu uso e que poderá influenciar nos resultados e no desempenho da organização para depois recuperá-la.

Dentro do escopo da economia solidária a memória organizacional tem sido pouco estudada. Ao falarmos de economia solidária no Brasil, Paul Singer (1936-2018) foi o primeiro difusor de ideias e filosofia sobre este tema. Ele foi Titular da Secretaria Nacional da Economia Solidária essa Secretaria foi criada no governo Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2003 e passou a funcionar já no primeiro semestre, permanecendo ativa durante 13 anos.

Para ele, o processo distinto de produção, distribuição e consumo é uma maneira de organizar as atividades econômicas, recebendo assim o nome de economia solidária. A característica marcante na economia solidária é que não existem as figuras do patrão e empregado, pois todos são donos e administram em conjunto o empreendimento. (SINGER, 2011).

Paul Singer em seu o livro "Sem Patrão: Fábricas e Empresas Recuperadas por seus Trabalhadores", aborda a crise econômica argentina de 2001 sobre o viés da ES. Para ele, relacionar essa experiência com as do Brasil não procede, pois a economia solidária no Brasil remonta aos anos 1980. Além disso, o pioneiro dessa atividade cooperativa foi o continente Europeu na Inglaterra, no século XIX na experiência do movimento em que os mineiros adquiriram as minas de carvão para evitar seu fechamento. (SINGER, 2011).

A economia solidária atua nos seguintes setores da economia: agricultura, agricultura familiar, pequenas propriedades e cooperativas. É uma questão de sobrevivência para os trabalhadores se associarem em cooperativas para combater o oligopólio dos que tem que comprar insumos e o oligopólio dos que vão industrializar o produto produzido por eles. A economia solidária também tem representantes nos setores como os extrativistas, as quebradeiras de coco, garimpeiros, pescadores artesanais, seringueiros, artesanato: costura, cozinheiras, alimentos e brinquedos. (SINGER, 2011).

3 O CONTEXTO DAS ITCPS E O PERCURSO METODOLÓGICO DESTE ARTIGO

As ITCPs foram criadas em 1999. O cooperativismo e a autogestão foram os objetivos propostos para a propagação das ITCPs e o desenvolvimento da ES. Foram várias ITCPs, geralmente construídas em

universidades, gerando a Rede de ITCPs. O produto da rede é a transferência de tecnologias sociais e de conhecimento nas incubadoras. (BORGES et al., 2014).

Outra linha da economia solidária pode ser vista no processo de criação de uma incubadora. Ela visa fomentar ações para o desenvolvimento e sugestões que viabilizem o pleno desenvolvimento dos coletivos atendidos (FRANÇA FILHO; CUNHA, 2009). As ações de uma incubadora não se limitam só em empreender no campo da ES, atuam na esfera pública das relações sociais, articulação das políticas públicas, no coletivo e educação para a auto-gestão dos seus membros, produção e comercialização do que é produzido.

O papel da ITCP tem importância vital para os coletivos, pois visa capacitar o cooperado, legalizar o empreendimento, gerar trabalho e renda através das políticas públicas, além disso fomentar a responsabilidade ambiental. (FRANÇA FILHO; CUNHA, 2009).

A metodologia utilizada nesta pesquisa é do tipo qualitativa. Para Minayo (2002) uma pesquisa qualitativa é direcionada para as ciências sociais, na qual o sujeito irá responder questões mais particulares englobando suas crenças, aspirações, valores. Sendo assim não podendo ser quantificada e sim apreciada.

Foi realizado um estudo de caso, uma vez que ele irá possibilitar a compreensão dos fenômenos individuais, organizacionais, sociais e políticos, tornando-se dessa maneira uma ferramenta para as áreas de psicologia, sociologia, ciências políticas, administração, trabalho social, planejamento entre outras (YIN, 2001, 2003).

Foi realizado um estudo de caso em uma incubadora tecnológica de cooperativas populares do RS. Foram realizadas 4 entrevistas semiestruturadas, as quais foram transcritas e depois receberam o tratamento analítico de categorizações. As entrevistas foram realizadas com participantes da incubadora, mas a entrevista com o coordenador da ITCP analisada merece destaque, sendo que ele é considerado um informante chave desta pesquisa. As entrevistas foram gravadas e depois transcritas integralmente. As entrevistas gravadas com consentimento prévio.

4 ANÁLISE DOS DADOS

O desenvolvimento da ITCP analisada começou em 2001 por meio de pequenas ações voltadas à organização de projetos sociais que buscavam a melhoria das condições de vida de grupos em situação de desigualdade sócio econômica. Ao procurar informações, artigos, dissertações e outros trabalhos sobre a ITCP no ambiente da rede de computadores (internet), muito poucas informações foram encontradas.

Ao analisar as entrevistas fica claro que as evidências empíricas das poucas informações disponíveis na rede mundial de computadores derivavam de uma falta de sistematizações dos dados de dentro da própria incubadora com o passar dos anos. Isso pode ser visto na fala do coordenador:

> O que faltou nesses, sei lá, nos13 anos, alguém que desse suporte administrativo. Então, assim, eu tenho lá [na incubadora] computadores lotados de coisas, mas que não têm a menor lógica, porque eu nunca consegui montar. Por isso que eu disse pra ela [sobre as entrevistas sobre memória organizacional]: "Cara, não vai dar certo, tu não acha nada" [risos do entrevistado e entrevistador]. É uma loucura!" (Coordenador Incubadora. 2017).

Observa-se na fala do coordenador uma certa surpresa sobre o interesse pelo estudo da memória organizacional na incubadora em que coordenou por 13 anos. Isso porque ele tem a percepção de uma desorganização dos dados quando diz que "tu não acha nada" e ainda de uma maneira indireta entende ser uma consequência do seu próprio perfil.

> Talvez eu também tenha de admitir também, que não é meu perfil. Antes de eu trabalhar com extensão [...] nunca trabalhei necessariamente na burocracia. Mas eu lembro, aqui, onde eu fiquei dez anos aqui nessa faculdade, tinha uma chefe minha, aquela artista: [...] "Mas, Gilmar, tu não tem jeito pra esse negócio administrativo. Tu não acha nada no teu arquivo, tu é muito bagunçado, entendeu? Tu tem que fazer extensão". Aí ela me botou no Vídeo [...] e me achei. Depois fui acabar na extensão. (Coordenador Incubadora. 2017).

Neste trecho da entrevista, aparecem aspectos de estilos, pois para o entrevistado (e quem sabe para sua ex-chefe) perfis que tem sucesso na extensão não são bons organizadores, sistematizadores e quem sabe compiladores. Para além de uma generalização de perfis, observa-se que este estilo do entrevistado, além do fato de sua queixa de certa solidão na Incubadora, pode ter ajudado a ocasionar uma falta de registro e sistematização da trajetória da ITCP. Esse aspecto aparece na fala do entrevistado:

> Então, assim, é, eu tenho esse problema. Nós não temos uma memória sistematizada. Agora, a gente tem trabalho. A gente tem 13 anos... (Coordenador Incubadora. 2017). (Coordenador Incubadora. 2017).
>
> Além de eu não ser nem um pouco com dom ou vocação, habilidade, pra essa coisa mais de sistematizar – também, não tinha tempo, porque eu faço o trabalho de campo, controlo os bolsistas, etc. Hã, o [professor pesquisador], também, ele não preferia esse tipo de coisa. Então, era a fome com a vontade de comer. E, se torna mole demais, com a relação com os estudantes. Eu ficava o chato que queria os relatórios e o [professor] era aquele negócio: "É, faz quando pode". O cara não faz! Não faz. Quando diz que faz quando pode, ele não vai fazer. Vai embora, termina a bolsa.

Nesse sentido, mesmo que o coordenador tivesse uma percepção da necessidade de sistematizar as informações das ações realizadas pela incubadora, ele percebia que o professor pesquisador que trabalhava com ele não ajudava a cobrar da equipe para a sistematização, fazer os relatórios. Neste sentido, observa-se que um problema de gestão e controle pode ter contribuído para a falta de sistematização das ações da incubadora.

Este trecho mostra uma percepção do entrevistado sobre a existência de várias informações, mas que não estão sistematizadas e que acabam não fazendo sentido, porém o mesmo percebe a importância do trabalho sobre a memória, tal como aparece na sua fala: "a gente, exatamente, ia tentar fazer um tipo de trabalho, fazer uma memória da incubadora. Começar a catar, lá, as coisas", referindo-se às demandas de pesquisa deste trabalho e convida o entrevistador (primeiro autor deste artigo) a garimpar as informações.

Muitas lembranças foram compartilhadas entre os membros que fizeram parte em algum momento nos 13 anos da ITCP, os quais contribuíram para a construção dos acontecimentos vividos (ROWLINSON, 2009; TEDESCO, 2002). Ocorre que, para que a memória organizacional possa cumprir seu papel de fomentar a continuação e sucesso de organizações, ela precisa ter possibilidade de ser retida e depois recuperada, como argumentam Walsh e Ungson (1991).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de analisar algumas implicações de ações em relação à sistematização dos dados para a memória organizacional de uma incubadora tecnológica de cooperativas populares do Rio Grande do Sul. Os resultados das análises mostram que os processos internos da incubadora analisada que se referiram à aquisição das informações e dos conhecimentos ocorreram durante 13 anos, porém no aspecto de armazenamento, onde se pode incluir os elementos de conhecimento também, houveram falhas, uma vez que existem anotações, cadernos esparsos, fichas, pastas e documentos digitais extraviados e desordenados ou mesmo perdidos que constituem atualmente as informações que se tem disponíveis para a sistematização da trajetória da ITCP e que poderá ser organizada de maneira que faça sentido para a sua memória organizacional.

Assim sendo, os locais físicos e digitais em que as informações podem ser acessadas, da maneira como se encontram, apresentam dificuldade para a retenção e recuperação da memória organizacional (WALSH; UNGSON, 1991), resultando em um problema para a aprendizagem organizacional da incubadora e que pode afetar inclusive a sua própria continuidade.

REFERÊNCIAS

FRANÇA FILHO, Genauto C. ; LAVILLE, Jean-Louis. **A Economia Solidária: uma abordagem internacional**. Porto Alegre: UFRGS, 2004. Disponível em http://www.jeanlouislaville.fr/wp-content/uploads/2014/07/Economia-solidaria.pdf.

MARCHI, A. S. ; BORGES, M. L. . Memória, cultura e aprendizagem organizacional: mudar para que?. In: BORGES, M.L.; TELLES, T.C.K.. (Org.). **Memória e Gestão Cultural**: aspectos conceituais, competências e casos práticos. 1ed. Canoas: Unilasalle, 2017, v. 1, p. 123-144.

ROWLINSON, Michael et.al. Social Remembering and Organizational Memory. **Organizational Studies,** v. 31, n. 1, p. 69-87, 2009.

SINGER, Paul. Economia Solidaria com Paul Singer 1_3. TV Senado. 2011. **Youtube**. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=Wt4PjlDFUtU>

WALSH, J.P.; UNGSON, G.R.. Organizational Memory. **The Academy of Management Review**, v. 23, n. 4, 1991.

YIN. Robert K, **Estudo de caso: planejamento e métodos** Porto Alegre tradução Daniel Grassi 2ª. Edição editora Bookman. 2001.

Obs.: Agradecemos ao CNPq pelo apoio.

UMA VISÃO SOBRE A ESCOLARIDADE NA INDÚSTRIA CRIATIVA NA REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE NO ANO 2014

Moisés Waismann[1]

Denise Porn[2]

RESUMO: A relação entre educação e trabalho é um tema que tem gerado muita produção cientifica. O objetivo da comunicação é verificar como esta distribuída a escolarização nos vínculos da Indústria Criativa. No primeiro momento preocupa-se em compreender conceitualmente a cadeia da Indústria Criativa. Trata-se de uma pesquisa documental que se utiliza de métodos de procedimento estatísticos para a análise e interpretação dos dados. A análise será realizada com dados disponíveis na Relação Anual de Informações Sociais, produzido pelo Ministério do Trabalho e Emprego para a Região Metropolitana de Porto Alegre e os seus 34 municípios, no ano de 2014. Previamente aceita-se a hipótese que existem trabalhadores com nível de escolarização alta.

Palavras-chave: Trabalho. Educação. Indústria Criativa.

1 INTRODUÇÃO

A partir da identificação de que a criatividade é um importante insumo na produção, voltou-se o olhar para o sistema produtivo e identificou-se um rol de organizações que utilizam a criatividade como fator de produção e partir deste entendimento surgem as Indústrias Criativas. Esta é composta por um arranjo de setores fundamentados pela cultura e pela criatividade. Para a Fundação de Desenvolvimento Administrativo do munícipio de São Paulo (FUNDAP, 2011) a Indústria Criativa se organiza em dez os segmentos: Arquitetura e Design, Artes Performáticas, Artes Visuais, Plásticas e Escrita, Audiovisual, Edição e Impressão, Ensino e Cultura, Informática, Patrimônio, Pesquisa e Desenvolvimento e Publicidade e Propaganda.

Um fator que desenvolve a criatividade é a educação. É por meio da educação que se absorve a memória cultural da humanidade e a partir deste pode-se criar, inventar, propor, pensar diferente e outras possibilidades, usos e utilidade para este saber acumulado. Desta forma propõe-se a existência de uma articulação entre educação e criatividade.

Desta forma, esta comunicação propõe-se a verificar, nos segmentos da Indústria Criativa, localizados na Região Metropolitana de Porto Alegre composta por 34 municípios, qual a distribuição dos trabalhadores por nível de escolaridade no ano de 2014.

2 REVISÃO DE LITERATURA

A cultura é uma parte da esfera da vida social das sociedades, permeando desde o vestuário aos meios de comunicação ao "[...] o desenho dos espaços urbanos, escritórios, meios de transporte e comunicação [...], o comércio eletrônico, entre outros" (FLEW, 2002, p. 2). A criatividade não se limita as artes clássicas ou "nobres" ou às indústrias de mídia, mas cada vez mais em setores como o design, internet, novas mídias e, assim, resultando em vantagens competitivas das nações nos mercados globais. As indústrias criativas

[1] Doutor em Educação pela UNISINOS (2013). Professor e pesquisador da linha de pesquisa em Memória e Gestão Cultural vinculado ao Programa em Memória Social e Bens Culturais da Universidade La Salle, UNILASALLE, Canoas, RS. Coordenador do Observatório UNILASALLE; Trabalho, Gestão e Políticas Públicas). E-mail: moises.waismann@gmail.com

[2] Professora-pesquisadora da área de gestão e negócios e doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais da Universidade La Salle.

resultam, crescentemente, da P&D, permitindo "[...] uma maior flexibilidade na produção, tais como a produção de pequenos lotes, em vez de longos ciclos de produção". Está também ligada a uma reflexividade crescente do consumo (FLEW, 2002, p. 3).

O conceito Indústria Criativa teve origem nos anos de 1990 quando constatou-se que segmentos mais tradicionais da indústria estavam apresentando uma menor contribuição na criação de empregos e geração de renda. A Indústria Criativa pode ser caracterizada como aquela que tem o seu princípio na criatividade e na habilidade peculiar de cada indivíduo, sendo que, devido à propriedade intelectual, a Indústria Criativa pode ser considerada uma fonte de criação de empregos e de fomento econômico. (BEM e WAISMANN2014).

Para o Departamento de Cultura, Mídia e Esporte (DCMS, 1998) do governo britânico a Indústria Criativa constitui-se de empresas que em virtude do trabalho primordialmente intelectual são protegidas pela lei de direitos autorais. Podem ser consideradas parte desse setor aquelas que têm na sua essência a criatividade, e que através da exploração da propriedade intelectual podem fomentar a economia. Já a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2008) considera os integrantes da Indústria Criativa os produtos e serviços que utilizam como ponto de partida o capital intelectual, assim como toda a sua a cadeia produtiva e de distribuição. A Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO,) informa que as atividades com fins lucrativos que trabalham com bens culturais e intangíveis são partes integrantes da Indústria Criativa, como por exemplos: artes visuais e artesanato. Agora a Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN, 2012) caracteriza a Indústria Criativa através do núcleo (atividades do setor de serviços com a criatividade como insumo), atividades relacionadas (envolvem segmentos de provisão direta de bens e serviços ao núcleo) e de apoio (provisão de bens e serviços indireta ao núcleo), por fim, para este projeto, a Fundação de Desenvolvimento Administrativo do Município de São Paulo (FUNDAP, 2011) a Indústria Criativa é caracterizada por ser uma economia com base no conhecimento.

Assume-se com o conjunto das atividades produtivas que fazem parte dos segmentos da Indústria Criativa a metodologia da FUNDAP (2011). Esta utiliza a Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) para classificar as empresas em diferentes ramos. A FUNDAP incorpora os critérios do IBGE, da DCMS, da UNCTAD, da Unesco, da OIC e da Firjan. Segundo a FUNDAP (2011), são consideradas 44 atividades criativas, separadas em 10 grandes grupos, esses delimitados de acordo com as suas semelhanças.

3 PERCURSO METODOLÓGICO

Como recorte no campo empírico, que é dado pela Indústria Criativa, define-se a Região Metropolitana de Porto Alegre, com os seus 34 municípios. Trata-se de uma pesquisa documental que se utiliza de métodos de procedimento estatísticos para a análise e interpretação dos dados. A análise será realizada com dados disponíveis na Relação Anual de Informações Sociais, produzido pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O resultado busca verificar a existência de diferentes padrões de inserção dos trabalhadores, escolarização nos segmento produtivo das indústrias criativas, se aceita previamente que os vínculos com maior escolarização estão mais presente neste segmento produtivo.

Em pesquisa realizada no banco de dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), buscou-se informações acerca da quantidade de vínculos e sua escolaridade pertencentes a Indústria Criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre no ano de 2014. Estas informações estão dispostas na Tabela 1. O objetivo desta ilustração é facilitar a verificação do número de vínculos por grau de escolarização, nas dez classificações definida pela FUNDAP.

Tabela 1. Quantidade total e por escolaridades selecionadas, dos vínculos da indústria criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre, em 2014.

	Fundamental	Médio	Superior	Mestrado	Doutorado	Total[1]
Arquitetura e Design	565	2.130	313	-	-	4.503
Artes Performáticas	106	739	292	7	-	1.534
Artes Visuais, Plásticas e Escrita	89	1.165	116	1	-	1.718
Audiovisual	559	4.577	2.467	35	5	10.197
Edição e Impressão	763	3.977	2.073	25	1	9.446
Ensino e Cultura	100	1.212	1.271	29	3	3.477
Informática	1.927	6.948	10.458	183	43	26.489
Patrimônio	28	141	124	4	15	415
Pesquisa e Desenvolvimento	127	683	1.210	180	248	2.997
Publicidade e Propaganda	233	2.169	1.079	8	2	4.369
Total Geral	4.497	23.741	19.403	472	317	65.145

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de informações da Relação Anual de Informações Sociais, disponível em <http://portal.mte.gov.br/portal-pdet/>.
Nota[1]: O total inclui todas as escolaridades.

A tabela 1 mostra os níveis de escolaridade selecionados distribuída nos 10 segmentos da Indústria Criativa. Percebe-se que o segmento de Arquitetura e Design não apresentava trabalhadores com mestrado e/ou doutorado, e que os segmentos de Artes Performáticas e Artes Visuais, Plásticas e Escrita não possuíam trabalhadores com doutorado. Percebe-se que no ano 65 mil trabalhadores faziam parte desta atividade econômica. E estão concertados no segmento de Informática e aglutinados em torno do grau de ensino médio.

Na tabela 2 é evidenciada a distribuição, em percentual, da escolaridade pelos vínculos da indústria criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre, por escolaridade, em 2014. A ideia aqui e poder observar melhor esta disposição.

Tabela 2. Distribuição, em percentual, da escolaridade pelos vínculos da indústria criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre, por escolaridade, em 2014.

	Fundamental	Médio	Superior	Mestrado	Doutorado	Total[1]
Arquitetura e Design	12,5	47,3	7,0	-	-	100,0
Artes Performáticas	6,9	48,2	19,0	0,5	-	100,0
Artes Visuais, Plásticas e Escrita	5,2	67,8	6,8	0,1	-	100,0
Audiovisual	5,5	44,9	24,2	0,3	0,0	100,0
Edição e Impressão	8,1	42,1	21,9	0,3	0,0	100,0
Ensino e Cultura	2,9	34,9	36,6	0,8	0,1	100,0
Informática	7,3	26,2	39,5	0,7	0,2	100,0
Patrimônio	6,7	34,0	29,9	1,0	3,6	100,0
Pesquisa e Desenvolvimento	4,2	22,8	40,4	6,0	8,3	100,0
Publicidade e Propaganda	5,3	49,6	24,7	0,2	0,0	100,0
Total Geral	6,9	36,4	29,8	0,7	0,5	100,0

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de informações da Relação Anual de Informações Sociais, disponível em <http://portal.mte.gov.br/portal-pdet/>.
Nota[1]: O total inclui todas as escolaridades.

Observa-se na tabela que 36,4% de todos os trabalhadores possuem ensino médio e que 29,8% possuem o ensino superior. Os trabalhadores com ensino superior são maioria no segmento de Ensino e Cultura (36,6%) e Informática (39,5) e Pesquisa e Desenvolvimento (40,4). Na próxima ilustração é possível

ampliar a análise da distribuição dos vínculos pela escolaridade.

Na tabela 3 é evidenciada a distribuição, em percentual, dos vínculos da indústria criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre, por escolaridade, em 2014. A ideia aqui e poder perceber melhor este arranjo.

Tabela 3. Distribuição, em percentual, dos vínculos da indústria criativa da Região Metropolitana de Porto Alegre, por escolaridade, em 2014.

	Fundamental	Médio	Superior	Mestrado	Doutorado	Total[1]
Arquitetura e Design	12,6	9,0	1,6	-	-	6,9
Artes Performáticas	2,4	3,1	1,5	1,5	-	2,4
Artes Visuais, Plásticas e Escrita	2,0	4,9	0,6	0,2	-	2,6
Audiovisual	12,4	19,3	12,7	7,4	1,6	15,7
Edição e Impressão	17,0	16,8	10,7	5,3	0,3	14,5
Ensino e Cultura	2,2	5,1	6,6	6,1	0,9	5,3
Informática	42,9	29,3	53,9	38,8	13,6	40,7
Patrimônio	0,6	0,6	0,6	0,8	4,7	0,6
Pesquisa e Desenvolvimento	2,8	2,9	6,2	38,1	78,2	4,6
Publicidade e Propaganda	5,2	9,1	5,6	1,7	0,6	6,7
Total Geral	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de informações da Relação Anual de Informações Sociais, disponível em <http://portal.mte.gov.br/portal-pdet/>.
Nota[1]: O total inclui todas as escolaridades.

Nota-se que o segmento da Informática aglutina 40,7% de todos os trabalhadores. E junto com o Audiovisual (15,7%) e Edição e Impressão (14,5%) são os maiores segmentos na Região. Percebe-se também que o segmento de Informática possui o maior números de trabalhadores com nível de escolarização superior. E que com o segmento de Pesquisa e Desenvolvimento são os responsáveis pelo maior emprego de trabalhadores com mestrado e doutorado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta comunicação teve como intensão verificar como esta distribuída a escolarização nos vínculos da Indústria Criativa. A partir da percepção de que a criatividade é um importante insumo na produção, e que esta tem uma relação forte com a educação, isto que é por meio da educação que se absorve a memória cultural da humanidade e a partir deste pode-se criar, inventar, propor, pensar diferente e outras possibilidades, usos e utilidade para este saber acumulado.

Observou-se que existem diferentes padrões de inserção dos trabalhadores, e que esta atividade econômica ainda esta concentrada no ensino médio, porém com uma grande parcela já no ensino superior e ainda não é em todos os segmentos que se têm profissionais com mestrado e doutorado. Esta é uma pesquisa que ainda esta em andamento.

Referências

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. Rio de Janeiro, PNUD, IPEA,

Fundação João Pinheiro, 2013. Disponível em <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/idhm/> acessado em 30/11/2016.

BARROS, José Márcio e ZIVIANI, Paula. Equipamentos, meios e atividades culturais nos municípios brasileiros:

indicadores de diferenças, desigualdades e diversidade cultural. In

BEM, Judite Sanson de; GIACOMINI, Nelci M. Richter. **Avaliação das áreas homogêneas e dos impactos econômicos da cultura e das indústrias culturais**: estudo do Corede do Vale do rio dos sinos - Consinos no período de 2000 até 2011. Porto Alegre: CNPQ/UNILASALLE, 2012, 91p.(Relatório de Pesquisa – Impresso)

BEM, Judite Sanson; WAISMANN, Moisés. A indústria criativa e vínculos empregatícios no Estado do Rio Grande do Sul comportamento nos anos de 2010 e 2011. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 12, n. 1, jan./jul. 2014.

BERTINI, Alfredo. **Economia da cultura**. São Paulo: Ed. Saraiva 2008.

BRASIL. Ministério da Cultura. **Relatório de economia criativa 2010**: economia criativa uma opção de desenvolvimento. Brasília: Secretária da Economia Criativa/Minc; São Paulo: Itaú Cultural, 2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). **Relação Anual de Informações Sociais.** Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/portal-pdet/>. Acesso em julho de 2015.

CASARI, Priscila. **Segmentação no mercado de trabalho brasileiro**: diferenças entre o setor agropecuário e os setores não agropecuários, período de 2004 a 2009. 2012. 142 f. Tese (Doutorado em Ciências) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2012.

CERVO, Amado L. e BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DEPARTMENT OF CULTURE, MEDIA AND SPORT (DCMS). **Mapping the Creative Industries**. London: DCMS, 1998. Disponível em: http://www.culture.gov.uk/creative/creative_industries.html. Acesso em: 06.02.2016.

Doeringer, Peter B.; PIORE, Michael J. **Internal Labor Markets and Manpower Analysis**. Harvard Univ., Cambridge, 1970.

EDWARDS, Richard C.; GORDON, David M.; REICH, Michael. Dual Labor Markets: A Theory of Labor Market Segmentation. **American Economic Association**, v. 63, n. 1, maio 1973.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS CRIATIVAS DO RIO DE JANEIRO (FIRJAN) **Indústria Criativa- Mapeamento da Indústria Criativa no Brasil**. 2012. Disponível em: http://www.firjan.org.br/economiacriativa/download/Analise_completa.pdf Acesso: 30 de março de 2015

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS CRIATIVAS DO RIO DE JANEIRO (FIRJAN). **A Cadeia da Indústria Criativa no Brasil**. Estudos para o Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro, Sistema FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, Divisão de Estudos Econômicos, nº 2, maio de 2008.

FLEW, Terry. **Beyond ad hocery**: Defining Creative Industries. The Second International Conference on Cultural Policy Research, Te Papa, Wellington, New Zealand, 23-26 January 2002. Queensland University of Technology. Paper presented to Cultural Sites, Cultural Theory, Cultural Policy. Disponível em: http://eprints.qut.edu.au/256/1/Flew_beyond.pdf. Acesso em: fev. 2016.

FLICK, Uwe. **Desenho da pesquisa qualitativa**. Coleção Pesquisa Qualitativa (Coordenação de Uwe Flick) . Porto Alegre: Bookman, Artmed, 2009.

FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA DO RS. FEEDADOS. **Unidades Geográficas.** http://www.fee.rs.gov.br/feedados/consulta/unidades_geo_rmpa.asp. Acesso em 28.10.2013.

FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO (FUNDAP). **Economia Criativa na Cidade de São Paulo**: Diagnóstico e Potencialidade. 2011. Disponível em: <http://novo.fundap.sp.gov.br/arquivos/PDF/Livro_Economia_Criativa_NOVO.pdf>Acesso: 10 de abril de 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). **Perfil dos Municípios Brasileiros.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2012/default.shtm>. Acesso em: set. de 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). **Perfil dos Municípios Brasileiros Cultura 2006**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2006/>. Acesso em: set. de

2014.

LIMA, Ricardo. Mercado de trabalho: o capital humano e a teoria de segmentação. **Pesq. Plan. Econ.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, abr. 1980.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Maria Cristina Cacciamali de. Mercado de trabalho: abordagens duais. **Rev. adm. empres.**, São Paulo , v. 18, n. 1, p. 59-69, Mar. 1978 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901978000100006&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 18 Mar. 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901978000100006.

TOLILA, P. **Cultura e Economia**: problemas, hipóteses e pistas. São Paulo: Itaú cultura/Editora Iluminuras, 2007.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Creative Economy. Report 2008**. Geneva; New York: UNCTAD; UNDP, 2008, p. 9-16. Disponível em: http://unctad.org/es/Docs/ditc20082cer_en.pdf. Acesso em: jan. de 2014.

GT17: JUSTIÇA SOCIAL, EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS PERSPECTIVAS E ANTIGOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

DISCURSOS ACERCA DA RESERVA DAS COTAS: A OPINIÃO DOS GRADUANDOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFF ACERA DA RESERVA DE VAGAS

Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de pesquisa realizada acerca da implementação das ações afirmativas na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mais precisamente, o artigo se propõe a analisar as respostas abertas dos alunos de graduação deste curso, acerca de suas opiniões sobre a implementação da reserva de vagas para o ingresso no curso de Direito, buscando analisar as principais recorrências nas repostas.

O sistema de reserva de vagas por cotas para o ingresso no ensino superior em universidades federais foi implementado em seu modelo atual através da lei 12.711/2012, a chamada lei de cotas. Anteriormente a ela, algumas universidades federais já adotavam outros modelos de ações afirmativas para grupos minoritários, por critérios de renda ou raça e etnia. Na UFF, havia anteriormente um sistema de acréscimo de pontos na nota do vestibular para os autodeclarados pretos e pardos, sistema este que foi abandonado com a implementação da lei atual.

Pela lei atual, são reservados, "em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas" (BRASIL, 2012a). Deste percentual, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio). Ainda deste percentual, serão reservada vagas aos autodeclarados pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde a universidade estiver situada, de acordo com o censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os outros 50% de vagas do total serão destinados aos estudantes não cotistas, ou seja, aqueles que fazem o processo seletivo em ampla concorrência.

Desta maneira, a reserva é realizada atualmente em quatro modalidades, de acordo com o artigo 14 da Portaria nº 18, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação (BRASIL, 2012b), que regula a aplicação da lei de cotas. A primeira modalidade (chamada L1) engloba os candidatos com renda familiar bruta *per capita* igual ou inferior a 1,5 salário mínimo que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. A segunda modalidade (L2) engloba os candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. A terceira modalidade (L3) engloba os candidatos que, independentemente da renda, tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. E a quarta modalidade (L4) engloba os candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda, tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

De acordo com o art. 8º do Decreto 7.824/2012, a implementação de 50% de reserva de vagas se deu de maneira progressiva, sendo aplicada 12,5% de reserva de vagas a cada ano, até agosto de 2016, quando houve a integralização da reserva de vagas. Desta maneira, os períodos mais iniciais, apresentam maior quantidade de cotistas do que os períodos mais avançados (aqueles próximos de concluir o curso).

Na Faculdade de Direito, que é considerada por muitos um ambiente conservador e muitas vezes opressor[1], as mudanças trazidas pelo ingresso dos estudantes cotistas deixam suas evidências. Nos diversos dados coletados nesta pesquisa, podemos observar como que a comunidade acadêmica da UFF responde a estas mudanças, além de demonstrar uma série de dados que desmentem ou elucidam sensos comuns acerca das cotas raciais

[1] Estas impressões podem ser retiradas da própria pesquisa, onde entrevistados e participantes dos grupos focais que foram realizados manifestam esta percepção, apesar de não ser a temática abordada neste artigo.

A pesquisa foi realizada ao longo dos anos de 2015 e 2016, sob a coordenação do professor Delton Meirelles. Participaram da pesquisa, de início, alunos voluntários, e ao longo de 2016, durante os períodos de 2016.1 e 2016.2, alunos inscritos na disciplina "Grupo de pesquisa em Direitos Humanos, Governança e Poder".

Este artigo se propõe a analisar as respostas abertas do questionário respondido pelos graduandos da Faculdade de Direito, acerca da implementação da reserva de vagas nesta faculdade. Outros dados da pesquisa serão utilizados para ilustrar algumas questões aqui levantadas, mas não temos como objetivo trabalhar todos os dados levantados pela pesquisa, o que será feito em outras obras da presente obra, ou em trabalhos futuros.

A pesquisa se baseia em referenciais teórico-metodológicos da análise do discurso e sua vertente francesa, mais precisamente através das obras de Dominique Maingueneau (2008) e Patrick Charaudeau (2014), que baseiam seus trabalhos na obra de Michel Foucault. Para tanto, nos apropriamos principalmente dos conceitos de *formação discursiva* e *polêmica*, a serem desenvolvidos na metodologia, para pensarmos como se torna possível a criação dos diversos enunciados que compõem os discursos a favor e contra as cotas raciais, no espaço discursivo da Faculdade de Direito.

Desta maneira, são objetivos desta pesquisa: a) encontrar e classificar as recorrências nos argumentos contra e a favor das ações afirmativas presentes no questionário; b) entender como eles se constituem dentro do espaço discursivo da Faculdade de Direito; c) investigar como se constitui a polêmica acerca da reserva de vagas; d) entender como os alunos entendem os impactos da reserva de vagas na Faculdade de Direito.

2 METODOLOGIA

A pesquisa foi realizada entre os anos de 2015 e 2016 e contou com várias etapas. Uma primeira etapa, inicial, consistiu na coleta e tabulação objetiva de dados nos bancos públicos da UFF e de dados fornecidos pela Coordenação do curso de Direito da UFF, acerca de nota de corte dos ingressantes, por ação afirmativa e ampla concorrência, CR dos alunos, reprovação, abandono etc.

Em um segundo momento, foi realizada pesquisa através de questionários semi-abertos, distribuídos através de meio eletrônico, a serem respondidos pelos graduandos ingressantes por reserva de vagas, para os graduandos em geral, para os alunos de pós-graduação, para os professores e para os servidores técnico-administrativos, sendo entregues questionários diferentes para cada seguimento. Foram realizados também, em dois encontros, grupos focais com os alunos cotistas, onde, reunidos, se conversou sobre o sistema de cotas, sobre racismo, sobre a Faculdade de Direito e sua experiência nela.

A presente pesquisa se propõe a investigar nas respostas abertas dos questionários distribuídos aos graduandos os argumentos apresentados a favor e contra as cotas. O questionário possuía 12 perguntas, sendo uma delas aberta (de redação livre, a ser respondida pelo entrevistado), e 11 delas de resposta fechadas.

A pergunta de resposta aberta, objeto de análise deste estudo, era: "*Qual é a sua opinião sobre reserva de vagas para o Curso de Direito da UFF, em razão de políticas de ação afirmativa ("cotas")?*". As outras perguntas eram objetivas, com variadas respostas possíveis, acerca de conceitos pertinentes à temática[2].

[2] Após responder esta pergunta, seguiam-se as onze perguntas de resposta fechada: Todas as perguntas, com exceção das perguntas 4 e 8, consistiam em uma afirmação, à qual se questionava o nível de concordância ("concordo integralmente", "concordo parcialmente", "discordo parcialmente", "discordo integralmente" ou "não tenho opinião formada"). Eram elas: 2) *"Com relação à frase "a Universidade deveria considerar exclusivamente o mérito intelectual como critério de acesso aos cursos de graduação"*; 3) "*Com relação à frase "a Universidade deveria selecionar estudantes que representassem fielmente a diversidade econômica e étnica de nossa sociedade"*; 5) *"Com relação à frase "reservar vagas para estudantes de baixa renda diminui a qualidade do Curso de Direito"*; 6) *"Com relação à frase "reservar vagas para estudantes egressos de escolas pública (ensino médio) diminui a qualidade do Curso de Direito"*; 7) "*Com relação à frase "reservar vagas para estudantes indígenas, negros e pardos"*; 9)*"Com relação à reserva de vagas para bolsas no Curso de Graduação em Direito da UFF (monitoria, extensão, PIBIC etc.)"*; 10) "*Com relação a reserva de vagas para ingresso nos Cursos de Pósgraduação stricto sensu (mestrado e doutorado) vinculados à Faculdade de Direito da UFF"*; 11) *"Com relação a reserva de vagas nos concursos para professor efetivo do Curso de Direito da UFF: diminui a qualidade do Curso de Direito"*; e 12) *Com relação a reserva de vagas nos concursos para carreiras jurídicas (magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública,*

3 REFERENCIAIS TEÓRICO-METODOLÓGICOS

Para análise das respostas, nos apropriaremos de categorias da análise do discurso francesa, em especial aquelas desenvolvidas por Dominique MAINGUENEAU (2008) no livro *Gênese dos Discursos,* e por Patrick CHARAUDEAU (2014) no livro *Linguagem e Discurso: modos de organização.*

Ao falarmos de análise do discurso, precisamos pensar primeiro o que a categoria *discurso* quer dizer. Para tanto, partimos de como esta categoria é colocada por Michel Foucault, e como será trabalhada na escola francesa de análise do discurso. Para Michel Foucault, discurso é

> [...] um conjunto de enunciados na medida em que eles decorram da mesma formação discursiva... ele é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência (FOUCAULT, 1986, p. 135)

Por formação discursiva, podemos entender o conjunto de práticas e regras que tornam possíveis a geração dos enunciados tais quais eles se colocam em uma determinada época ou lugar, com características unitárias que juntam formam um discurso em comum. Nas palavras de Eni Orlandi:

> A noção de formação discursiva, ainda polêmica, é básica na Análise de Discurso, pois permite compreender o processo de produção dos sentidos, a sua relação com a ideologia e também dá ao analista a possibilidade de estabelecer regularidades no funcionamento do discurso.
>
> A formação discursiva se define como aquilo que numa formação ideológica dada – ou seja, a partir de uma posição dada em uma conjuntura sócio-histórica dada – determinada o que pode e deve ser dito. (FOUCAULT, 1986, p. 135)

Determinando *o que pode e deve ser dito,* a formação discursiva determina o sentido de palavras e enunciados num contexto dado, e mais do que isso, possibilita o surgimento daqueles enunciados e a gênese do discurso formado com eles. Por exemplo, é pouco provável (e de fato não aconteceu), que nos questionários analisados surgisse uma resposta como "sou contra a reserva de vagas baseada em critérios raciais porque somente brancos tem capacidade de frequentarem a universidade", uma vez que tal enunciado provavelmente não surgiria no contexto de uma Faculdade de Direito no Brasil no ano de 2016. Provavelmente, tal ideia se expressaria através de outros enunciados, ou mesmo não apareceria.

Em nossa análise, uma vez que as respostas dos questionários giram em torno de comentários breves, de poucas linhas até alguns parágrafos, contendo a opinião dos entrevistados acerca das ações afirmativas na Faculdade de Direito, poderíamos pensar a priori em duas formações discursivas distintas, a partir dos dois posicionamentos possíveis: ser contra ou a favor do sistema de reserva de vagas. Na prática, veremos que a separação destas duas formações é um pouco complexa, pela maneira com que elas compartilham algumas características, ainda mais por todos os entrevistados estarem inseridos em um contexto muito semelhante, sendo todos alunos de graduação da Faculdade de Direito. Ainda sim, veremos como é possível evidenciar produções de enunciados diferentes para os dois grupos.

Outro conceito relevante para a nossa análise é a ideia de *interdiscurso*. Os discursos se constituem em diálogo, explicito ou não, com os outros discursos existentes, sejam eles concordantes ou antagônicos. O interdiscurso é "uma articulação contraditória de formações discursivas que se referem a formações ideológicas antagônicas" (COURTINE *apud* CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2014, p. 286). Entender que os enunciados se constroem sempre em um interdiscurso é importante para entender a construção dos enunciados de nossa análise, pois as respostas analisadas apresentam diferentes visões sobre o mesmo tema, algumas defendendo a prática da reserva de vagas, outras atacando, mas sempre compartilhando uma

---

Advocacia Pública etc.)".

As duas perguntas que possuíam opções de respostas diferentes eram: 4*) "Em sua opinião, a reserva de vagas por política de ação afirmativa (pode marcar mais de uma opção)",* com as seguintes possibilidades de resposta: a) "*Não deveria existir"*; b) *"Deve incluir estudantes que cursaram ensino médio em escolas públicas"*; c) *"Deve incluir estudantes pobres."* d) "*Deve incluir estudantes por critérios étnicos (indígenas, negros e pardos)"* e) *"Não tenho opinião formada"; e 8) "Em sua opinião, qual seria um percentual justo de reserva de vagas, no Curso de Direito da UFF, para políticas de ação afirmativa?"*, com as seguintes possibilidades de resposta: a) "*0% (todos devem disputar em igualdade de condições)."; b) "1% a 10%."*; c) *"11% a 25%."*; d) "*26% a 50%."*; e) "*51% a 75%."*; f) *"76% a 90%."*; g) *"91% a 99%."; h) "100%". i) "Não tenho opinião formada."*

mesma rede de significados, como tentaremos demonstrar. É justamente isto que Maingueneau expõe ao dizer que

> Reconhecer este tipo de primado do interdiscurso é incitar a construir *um sistema no qual a definição da rede semântica que circunscreve a especificidade de um discurso coincide com a definição das relações deste discurso com seu Outro.* No nível das condições de possibilidade semânticas, haveria, pois, apenas um espaço de trocas e jamais de identidade fechada. Esse ponto de vista vai na direção contrária à adotada espontaneamente pelos enunciadores discursivos; estes, longe de admitir esse descentramento radical, reivindica, de fato, a autonomia de seu discurso. (MAINGUENEAU, 2008, p. 35-36)

Como colocado, mesmo que os enunciadores dos discurso não se identifiquem desta maneira, se relacionam com seu Outro, ou seja, com o discurso que o contrapõem. Isto fica bem evidente, e é essencial, em situações onde a *polêmica* se faz presente. O conceito de *polêmica* nos remete a discursos antagônicos, a "uma sucessão mais ou menos longa de textos que se opõe sobre uma "questão", um tema de debate ou uma rede de questões conexas". (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2014, p. 379).

A polêmica se caracteriza pela aparente incompatibilidade e total antagonismo entre os textos, o que os faz serem aparentemente incomunicáveis. Maingueneau, porém, demonstra que os discursos antagônicos constituídos na polêmica geram posicionamentos que remetem um ao outro, em um interdiscurso que nasce exatamente dessa controvérsia. Cada discurso se constrói ao criar imagens "positivas" e "negativas" em relação ao seu antagonista, que são o que constitui o próprio discurso. Nisto se constituem as controvérsias, que formam uma *interincompreensão*, uma não compreensão mútua:

> Uma maneira de explicar essas controvérsias sem solução é postular uma "interincompreensão" constitutiva, cada um dos posicionamentos se definindo por uma relação regrada com outros, cuja identidade é tacitamente conservada, o que ilustraria o primado do interdiscurso (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2014, p. 380)

É por esta interincompreensão que se formam os discursos antagônicos. No trabalho, tentaremos demonstrar como que em formações discursivas diferentes, os discursos a favor e contra as cotas se formam ao criarem imagens positivas e negativas do discurso antagônico, em conceitos que podem ou não ser compartilhados pelos dois.

4 ANÁLISE DOS QUESTIONÁRIOS

Como colocado, a análise será centrada na resposta aberta à pergunta *Qual é a sua opinião sobre reserva de vagas para o Curso de Direito da UFF, em razão de políticas de ação afirmativa ("cotas")?*"

Os questionários foram distribuídos pela internet, através do Facebook para os grupos de alunos da faculdade, e através de e-mail. Foram obtidas 320 respostas no total, sendo que 281 dela se mostravam favoráveis à reserva de vagas, 32 se mostraram contra e 7 delas não expressaram qualquer opinião de que fosse possível retirar um posicionamento. Das 281 respostas favoráveis às ações afirmativas, 58 delas apresentaram algum tipo de ressalva à reserva de vagas.

Analisaremos as respostas partir dos argumentos criados por elas. Para tanto, entendemos as respostas como um *modo de organização argumentativo*[3].

O modo de organização argumentativo se baseia em alguns fatores. Basicamente, pode-se dizer que é necessário que exista "uma *proposta sobre o mundo* que *provoque um questionamento,* em alguém quanto à sua *legitimidade (um questionamento quanto à legitimidade da proposta).*" (CHARAUDEAU, p. 2014, p. 205), além de um sujeito engajado em defender esta proposta e um sujeito-alvo a ser convencido dela.

[3] Entendemos o modo de organização argumentativo dentro da classificação feita por Patrick CHARAUDEAU (2014). Os modos de organização são maneiras de organizar o discurso através de suas finalidades, que podem ser a de *enunciar, descrever, contar* ou *argumentar,* correspondo aos modos de organização *enunciativo, descritivo, narrativo* ou *argumentativo.* Estes modos se misturam dentro de um mesmo texto, mas cada um pode, metodologicamente, ser identificado através de recursos semânticos próprios.

Além disso, toda argumentação parte de "uma *busca de racionalidade*" que tende a um ideal de verdade quanto à explicação de fenômenos do universo", além de "uma busca de influência que tende a um *ideal de persuasão,* o qual consiste em compartilhar com o outro (interlocutor ou destinatário) um certo *universo de discurso* até o ponto em que este último seja levado a ter as mesmas propostas" (CHARAUDEAU, p. 2014, p. 205).

Nos respostas analisadas, veremos que as argumentações tem como tema as ações afirmativas, elaborando diferentes *estratégias discursivas* para legitimarem um posicionamento de defesa ou repulsa a reserva de vagas.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS COTAS

Em artigo de 2013, a pesquisadora da PUC-Rio, Thula Rafaela de Oliveira Pires (PIRES, 2013), ao analisar a discussão judicial das ações afirmativas étnico-raciais no Brasil e a influência dos julgados norte-americanos neste debate, identificou que nos debates de nossa Suprema Corte dois argumentos são os que centralizam os debates: os argumentos de "reparação" e os argumentos de "diversidade". Nas palavras da autora:

> O argumento da diversidade admite a adoção de políticas de ações afirmativas como mecanismos de garantia da pluralidade em ambientes de ensino, trabalho, repartições pública, entre outros. É a possibilidade de conviver com as diferenças que avalizaria medidas em processos seletivos, por exemplo. Quando se fala em reparação, por sua vez, defende-se a correção da injustiça gerada pelo legado escravista através de ações públicas voltadas à promoção da igualdade dos negros (PIRES, 2013, p. 231)

A autora identifica ainda que na Suprema Corte americana, o argumento da diversidade encontra maior adesão do que o argumento da reparação, que quase não é mencionado, e é até mesmo rejeitado[4]. Já no Brasil, no Supremo Tribunal Federal, os dois argumentos parecem ter o mesmo peso, embora autora observe que "no senso comum o primeiro argumento encontre muito mais apoio que o segundo" (PIRES, 2013, p. 232).

Procuramos então classificar os argumentos dos questionários primeiramente entre essas duas categorias, os que se baseavam na "diversidade", ou seja, de alguma maneira argumentavam que cotas traziam uma maior diversidade para o ambiente universitário, ou para outros lugares da sociedade, como o mercado de trabalho, o que seria benéfico para todos; ou os que se baseavam na "reparação", ou seja, de alguma maneira defendiam que as cotas serviriam para uma reparação histórica e social para os grupos que por algum motivo foram excluídos, como negros e pobres.

Das 281 respostas favoráveis à reserva de vagas, 187 não se enquadraram em nenhum dos dois argumentos, ou pela simples falta de argumentação elaborada, se limitando a preencher o campo com afirmações como "sou a favor", "positiva" e "perfeito", ou baseavam sua argumentação em outros fatores. Enquanto 69 apresentaram respostas ligadas à reparação, apenas 25 apresentaram respostas ligadas à diversidade, o que corrobora a tese de Thula Pires de que, no senso comum, o argumento da reparação tem maior aderência do que o argumento da diversidade. Também indica uma maior penetração deste argumento no campo jurídico, uma vez que os entrevistados são estudantes de Direito.

4.1.1 ARGUMENTOS DE REPARAÇÃO.

O argumento da reparação histórica se estrutura, recorrentemente, de uma maneira. A maior parte

[4] Essa conclusão também pode ser extraída no estudo de Randall Kennedy, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, publicado no mesmo livro, sob o título "O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e a Ação Afirmativa: o caso do ensino superior" (KENNEDY, 2013). De fato, o mesmo pode ser extraído da simples leitura da recente decisão do caso Fisher vs. Texas University, último julgamento da Suprema Corte acerca das ações afirmativas raciais, disponível no seguinte link: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/>

das respostas se constitui em um modo de encadeamento que demonstra uma causalidade explicativa, onde a primeira asserção [A1] é uma afirmação ("Acho justo o sistema de cotas", "a reserva de vagas é necessária), e a segunda asserção é a explicação/justificação da primeira. Por exemplo:

> [A reserva de vagas é] Uma medida necessária para garantir a inclusão de minorias [A1] levando em consideração o extenso período histórica que elas foram marginalizadas e inibidas de qualquer possibilidade de inclusão em meios acadêmicos. [A2]

Na primeira asserção [A1], diz-se a reserva de vagas é uma medida necessária para garantir a inclusão de minorias. A segunda asserção realiza a explicação da segunda, definindo que ela é uma medida necessária para garantir a inclusão porque (*levando em consideração* que) estes grupos foram marginalizados por um extenso período histórico.

Este tipo de construção segue o padrão de uma explicação por silogismo. Ela parte de uma primeira assertiva ("é uma medida necessária para garantir a inclusão de minorias"), relacionando a uma segunda premissa, que é sua explicação ("*porque as minorias foram marginalizadas durante um longo período histórico e inibidas de qualquer possibilidade de inclusão*"). Delas, somos levados a uma terceira premissa, implícita: "*e porque a reserva de vagas tem a capacidade de corrigir esta marginalização e incluir as minorias nos meios acadêmicos*."

Os argumentos explicativos para a reparação histórica apresentam como justificativa principal a reparação de uma dívida histórica de grupos excluídos. De maneira mais recorrente, o grupo mais citado como excluído são os negros, aparecendo expressões como "*demanda histórica da população negra*", "*desigualdade histórica entre brancos e negros*", "*reparação histórica do povo negro*", "*reparo para a população negra*", "*pessoas negras*" e "*divida histórica que temos com os negros*". Em se segundo lugar, fala-se em grupos abstratos, como "classes marginalizadas", "minorias" e "grupos historicamente marginalizados". O terceiro grupo mais citado são os estudantes de escola pública. Os indígenas constituem o grupo menos citado, sendo citados apenas em conjunto com os negros.

Uma maneira como esta dívida histórica é demonstrada nas resposta é a baixa qualidade do ensino público, onde estudariam estes grupos marginalizados. Por exemplo, temos as seguintes afirmativas "*Acho justificável* [A1] *frente ao fraco ensino de base que atende a população carente* [A2]", *"Acho necessaria a existência da politica afirmativa de cotas* [A1] *devido a desigualdade presente no sistema educacional brasileiro* [A2]" e "*Eu acho muito justo* [A1] *pq possibilita q pessoas que não tiveram oportunidade de ter bons estudos no ensino médio possam entrar numa faculdade de qualidade* [A2]".

Neste tipo de argumentação, o que se está em jogo é o acesso à universidade. Se constrói sempre uma argumentação com a seguinte característica: É expressa a concordância com o sistema de cotas na primeira asserção [A1], utilizando-se como justificativa na segunda asserção [A2] o fraco ensino de base. Como asserção implícita, podemos tirar que a reserva de vagas é a medida necessária ou justa para corrigir o fraco sistema de bases.

Acontece que este tipo de argumentação muitas vezes vem acompanhada de uma ressalva: a cota é apresentada como uma medida paliativa que não resolve o problema real da educação, e por isso deve ser tomada como uma medida temporária:

> Concordo [A1]. Entretanto, não como medida-fim, mas como medida-meio [A2], sendo adotada como forma de acesso à educação de minorias [A3] enquanto o ensino público não alcançar um patamar próximo ao dos colégios particulares. [A4]

A primeira [A1] e a segunda asserção [A2] realizam como modo de encadeamento uma restrição, onde a segunda cria uma restrição para a concordância: a medida deve ser um meio, e não um fim. A terceira asserção [A3] explica que meio é este: uma forma de acesso à educação de minorias, enquanto a quarta é uma restrição às afirmações anteriores, que dá o tempo de duração do sistema de cotas: deve ser feito apenas enquanto o ensino público não chegar ao patamar próximo ao dos colégios particulares.

O outro argumento de reparação histórica, menos recorrente do que o que fala do sucateamento da educação pública, trata da dívida histórica com povo negro. Apesar de ser um argumento recorrente, apenas

duas delas citam diretamente o a passado escravocrata brasileiro:

> As cotas são forma de reparo para a população negra, uma vez que foram quase 400 anos de escravidão, 128 anos apenas de "abolição". Em que foram negados os direitos ao ensino, a terra e qualidade de vida, de alguma forma o Estado deve reparar a população negra já que o período escravocrata deixa suas marcas profundas até hoje: genocídio da juventude negra, os mais baixos salários, maior número de encarcerados, mulheres negras maiores vítimas de violência doméstica e violência obstétrica. As cotas são o mínimo de polica de reparo aos negros e negras.

E

> Super a favor! Precisamos inserir as pessoas negras na Universidade. Temos uma dívida histórica e um passado escravocrata vergonhoso. Essas pessoas nunca tiveram oportunidade. Agora, cada vez mais, estamos formando a população negra em nossas universidades. Ainda é pouco, mas creio que a desconstrução dessa cultura fortemente racista juntamente com políticas afirmativas deste gênero ajudem a reduzir as desigualdades historicamente impostas.

Pode-se notar que, diferentemente do argumento que se baseia apenas na debilidade do ensino público, o argumento que tem como base a dívida histórica por causa do passado escravocrata se baseia em aspectos muito mais diversos, como genocídio da juventude negra, baixos salários, encarceramento e violência e racismo. Desta maneira, aqueles que se baseiam neste argumento vêem nas cotas uma solução para problemas sociais mais profundos e amplos do que a simples equiparação no acesso a universidade. Outras respostas fazem referência direta ao racismo imposto historicamente, vendo nas cotas uma maneira de combatê-lo, ao combater as desigualdades sociais: "*Ainda é pouco, mas creio que a desconstrução dessa cultura fortemente racista juntamente com políticas afirmativas deste gênero ajudem a reduzir as desigualdades historicamente impostas.*" Outra resposta diz:

> [...] Sou completamente a favor da criação de diferenças que criem igualdades jurídicas, a fim de corrigir desigualdades materiais, do qual as cotas são o maior exemplo. O racismo não opera só no sentido financeiro, mas sim durante toda a formação para uma pessoa negra, de modo que sempre será mais difícil para ela, tanto socialmete com psicologicamente, concorrer com brancos e endinheirados. A cota é necessária em nossa sociedade, e julgo que os resultados tem sido positivos. [...]

Nesta, pode-se ver que é identificado que o racismo opera de diversas maneiras, e as cotas, ao permitirem mobilidade social, seriam uma maneira de combatê-lo.

Esta resposta também traz a ideia de justiça recorrente nas respostas. O graduando responde que é "*completamente a favor da criação de diferenças que criem igualdades jurídicas, a fim de corrigir desigualdades materiais, do qual as cotas são o maior exemplo*." Este tipo de argumentação, basicamente jurídica, tem como base um conceito de igualdade material, que aparece em diversas respostas. Outras respostas falam que as cotas são "*um modelo que possibilita tratar de forma igual os desiguais*", do "*ideal de justiça de Aristóteles*", do "*objetivo constitucional de redução de desigualdades, à vista do princípio da igualdade material*". Fala-se ainda em "*igualdade de oportunidades*" e da máxima de Ruy Barbosa "*desigualando os desiguais na medida de sua igualdade*".

Algumas respostas que tem como base a ideia de igualdade utilizam os conceitos de privilégio e de mérito. Uma delas diz que a reserva de vagas é "*Necessária até que efetivamente estudantes de diferentes grupos sociais possuam chances iguais de disputar a mesmas vagas. <u>As Cotas não são privilégios, são compensação</u>*."

Uma outra resposta diz que "*Todos sabem que a qualidade de ensino público é péssima, então <u>não há que se falar em meritocracia se as condições básicas não foram as mesmas</u> e, dessa forma, as cotas seriam uma maneira de tentar equalizar de alguma maneira.*".

Pode-se ver nestas respostas que as cotas são enxergadas como uma maneira de igualar as oportunidades, e portanto, uma maneira de igualar os méritos. Todas partem de uma noção de que, para se falar em oportunidade ou mérito, é preciso partir de bases iguais, e para isso que servem as cotas.

4.1.2 ARGUMENTOS DE DIVERSIDADE.

Os argumentos de diversidade são aqueles que tem como base a ideia de que a pluralidade do corpo discente por si só traz benefícios.

Um primeiro aspecto das respostas é a percepção de que o curso de Direito é tradicionalmente um curso elitista, vendo na reserva de vagas uma maneira de alterar este perfil: "*Acredito ser uma política extremamente importante, pois torna o acesso à universidade minimamente mais igualitário e ajuda em uma composição menos elitizada do curso.*" Nesta linha, a reserva de vagas promoveria uma "*inclusão em um curso tradicionalmente elitista.*". Sendo menos elitista, o curso se aproximaria da representação do que realmente é a sociedade brasileira, de modo que as salas se tornem mais representativas e diversas:

> Garante o acesso daqueles que para os quais as circunstâncias sociais obstaram a construção de uma educação básica de qualidade, é uma forma de tratamento diferenciado para o que difere do padrão elitista dos alunos das universidades estabelecido nas ultimas décadas, principalmente em cursos de grande demanda como o Direito, torna plural a sala de aula com indivíduos oriundos de diferentes estratos sociais e dessa forma aproxima o perfil dos estudantes da realidade brasileira que é notavelmente desigual.

A faculdade de Direito, neste cenário, é identificada como sendo formada por um tipo hegemônico de pessoa, sendo ela "*branca, de classe média/alta, que teve a oportunidade de frequentar colégios caros que forneceram a base necessária para que ingressassem no Ensino Superior com facilidade*".

Para estes alunos, a reserva de vagas é uma maneira de combater este perfil elitizado do curso, o que traria diversos benefícios. O principal benefício seria uma mudança no próprio perfil dos alunos. Os alunos cotistas seriam mais interessados em um aspecto social do Direito, e não teriam apenas interesses individuais e profissionais:

> Acho excelente. A política de cotas é, não apenas, importante para possibilitar que um público de classes sociais menos abastadas vislumbrem fazer um curso de direito numa universidade pública federal, como também, para que tenhamos um novo perfil de profissionais e técnicos do direito. Isso implica, possivelmente, numa construção futura de uma prática do direito mais consciente e talvez mais justa e mais humana.

Outro aluno já identifica esta mudança, enxergando nas turmas mais novas (com maior número de cotistas) um perfil diferente das turmas mais antigas:

> A favor. As cotas como método de correção de uma disparidade história social é eficaz e justa. É gritante a diferença entre os períodos: as turmas mais novas são muito mais plurais, abertas, diversas e interessadas em transformar a sociedade e o Direito; as turmas mais antigas tendem a ser engessadas e formar 'operadores do Direito', com agir técnico e desumano.

Nesta linha, a reserva de vagas seria benéfica também para todo o ambiente acadêmico, que por ser mais plural, seria mais inovador. Os cotistas seriam pessoas que trariam suas vivências diferenciadas para o ambiente universitário, de modo a contribuírem para uma produção acadêmica diferente:

> As políticas de ação afirmativa são essenciais no meio acadêmico, de maneira a dirimir ou, pelo menos, atenuar a disparidade entre a academia e a sociedade, em geral. Vejo como uma possibilidade de diversificar e enriquecer a sociedade acadêmica, com culturas, histórias e realidades amplas plurais.

Seguindo esta linha, a simples presença de estudantes de origens diferentes seria benéfica para a produção acadêmica da universidade como um todo, tanto porque estes estudantes poderiam produzir de maneira diferente, como também pelo fato de que a presença deles ajudaria aos colegas a terem uma experiência universitária diferenciada.

O outro fator positivo identificado no argumento da diversidade seria a luta contra o racismo, e a construção de uma sociedade mais inclusiva. Uma vez que as turmas seriam mais plurais, as pessoas estariam mais acostumadas com a diversidade racial, o que ajudaria no combate ao racismo. Os alunos manifestam nas respostas que percebem a diferença na composição das turmas, que passam a ter mais

negros, e identificam isto como sendo algo positivo.

4.2 RESSALVAS ÀS COTAS

Apesar de expressivamente as respostas serem favoráveis à reserva de vagas, um número grande respostas apresentou algum tipo de crítica à maneira como elas são implantadas. Das 281 respostas favoráveis, 58 delas apresentaram algum tipo de ressalva à reserva de vagas.

A primeira ressalva, já apresentada, consiste em ressaltar o caráter paliativo ou temporário das cotas, explicando que, apesar de ser a favor do sistema de reserva de vagas, entende que ele deve ser realizado junto com outras medidas, e deve acabar assim que estas reformas encontrarem resultados:

> Acredito que, infelizmente, as cotas são medidas meramente paliativas que não refletem a complexidade do problema da falta de acesso à educação de qualidade, bem como da desigualdade social. Entretanto, em um momento inicial de uma política de desenvolvimento social e inclusão das camadas mais baixas da sociedade em um sistema de ensino de qualidade, as cotas até podem ser convenientes, desde que, a longo prazo, sejam adotadas medidas que efetivamente visem o desenvolvimento da educação e garantam seu acesso por todos.

A ideia principal expressa é sempre a de que o problema principal a ser enfrentado é uma reforma que traga "*grandes melhorias na educação de base*", pois, a longo prazo, *"a educação pública de base e média deveria ser competitiva e completa o suficiente para que as políticas emergenciais de cotas acabassem por se tornarem desnecessárias."* Este tipo de argumentação tem sempre uma asserção implícita de que o único problema resolvido pelas cotas é o ingresso no ensino superior, e que as cotas por si só não resolvem nenhum outro tipo de problema social. Seria, por tanto, uma medida paliativa *"para atenderem às necessidades dos vestibulandos deste ano*", mas que deveriam ser acompanhadas de medidas de caráter mais permanente. Seriam, portanto, ligadas a uma reparação histórica imediata.

Este posicionamento se relaciona com um segundo, por diversas vezes recorrente, que não vê sentido nas cotas raciais, apenas nas sociais. Um número considerável de respostas marcava que, sendo o objetivo das cotas dar condições para que estudantes de escola pública de baixa qualidade acessassem o ensino superior, apenas o recorte pela escola pública, ou o recorte por renda, já cumpririam os objetivos das cotas:

> Acredito poder ser analisado de dois pontos de vista, quanto à cota racial. O primeiro, que seria uma retribuição pelo débito histórico que temos com eles, pela difícil inserção destes no mercado de trabalho. Porém, por outro lado, como a prova é estritamente objetiva, sem qualquer juízo de valor ou subjetivismo, acredito que seja uma forma mais de segregar do que de incluir, pois seria uma afirmação de que eles não teriam a capacidade de atingir a nota de corte. Se é por uma questão econômica, que sejam cotas sociais (econômicas) e não raciais. Acho que as cotas sociais são muito válidas, pois o ensino público na maioria das vezes é deplorável, porém deveriam ser vistas como medida paliativa para que logo sejam feitas melhorias na educação base

Na resposta acima, podemos ver como o graduando recusa a cota como uma maneira de fazer uma retribuição de um débito histórico[5]. Ele entende que o fato da prova ser objetiva exclui ela de ser usada desta maneira, e que a reserva de vagas seria uma maneira de segregar em vez de incluir, já que seria dizer que tais alunos não tem capacidade de alcançar a nota de corte.

Este tipo de argumentação se alinha com um discurso recorrente, que é o de enxergar o problema racial apenas como um problema social[6], e não como um problema autônomo. Dentro desta lógica, se

[5] Logicamente, este tipo de argumentação não coloca como variáveis a serem levadas em conta qualquer tipo de prejuízo que tais pessoas possam ter na hora de competir, causados pelo próprio débito histórico que ele identifica. A partir daí, é feito uma recusa da reserva por cotas raciais, defendendo-se apenas cotas sociais. Não é possível extrair pela resposta se a pessoa entende o funcionamento do atual sistema de cotas, que já atende somente pessoas de escolas públicas, com o recorte social e racial contidos dentro da reserva para escolas públicas.

[6] Este discurso é recorrente ao longo da história da discussão racial no Brasil. À titulo de exemplo, podemos ver como estão presente nos discursos do presidente Fernando Henrique Cardoso, que vê no combate à pobreza a superação dos problemas raciais brasileiros, não enxergando o racismo como um problema autônomo em si (ALMEIDA, 2014, p. 58)

resolvendo a disparidade social entre negros e brancos, os problemas raciais estariam solucionados.

Outras críticas giram em torno ao critério de seleção para os alunos cotistas. Diversas respostas entendem que deveria haver uma maneira de excluir da seleção os colégios públicos ditos "de elite", como os colégios federais:

> "Bastante ineficiente. Concordo plenamente com as cotas, mas não da maneira que vem sendo feita. Alunos de escolas públicas são os que frequentaram cefet, pedro II e afins. Não meu período não tem ninguém que tenha vindo de escolas municipais normais. Em relação" a cota racial não vejo problemas, percebo a presença em sala de aula."

Além disso, outras respostas propõem que existe uma tendência de alunos que teriam condições de pagar uma escola particular cursarem o ensino médio em escolas públicas apenas para concorrerem pela reserva de vagas:

> Acredito também que, ao invés de todo e qualquer aluno de escola pública poder ter acesso às vagas por cotas, deveriam ser selecionados somente os alunos que possuem renda inferior a 1,5 salário per capita. Infelizmente, muitos que possuem rendas altas estão saindo da rede privada e adentrando na rede pública para obter facilidade de acesso à Universidade Pública por meio de notas muito menores (fazendo cursinhos por fora). O objetivo da cota acaba por se perder...

Esta percepção vem acompanhada com uma serie de respostas que de alguma maneira identificam algum tipo de fraude nas cotas, o que terminaria por desvirtuar todo o sistema. A denúncia geral é de que brancos utilizariam a autodeclaração para ocuparem as vagas reservadas para negros, de modo que as cotas perderiam o sentido de ser:

> Concordo, apenas penso que se deva adotar critérios mais rígidos em relação às cotas raciais, visto que houveram algumas denúncias de fraude, pessoas brancas teriam se declarado negras e ingressado na faculdade burlando o sistema de cotas e a sua finalidade e sentido de ser.

Por fim, o último tipo de ressalva às cotas seria o entendimento de que elas não são o bastante, uma vez que os alunos cotistas continuariam a ter problemas para permanecer na Universidade:

> As cotas são necessárias, ao menos enquanto a educação pública de base não alcança o nível de qualidade devido. Dessa forma, sou favorável às cotas baseadas em renda e em condições socioeconômicas. Sobre as cotas raciais, entendo o seu papel relevante, em prol da representatividade, mas ainda reflito sobre a necessidade de cumulá-las com as cotas por renda, sem uma opinião fechada por enquanto. Em todos os cenários, os alunos cotistas oriundos de escolas públicas precisam de um suporte maior: seja acadêmico (por exemplo, não temos disciplinas de língua portuguesa, que poderia ser uma optativa, ou cultura brasileira, literatura, história - tampouco há reserva de vagas para o Direito em outras unidades da UFF), seja financeiro (bolsas de permanência).

Neste sentido, um número considerado de respostas observa que seria necessária uma política real de permanência e de auxílio para que tais alunos pudessem cursar regularmente a faculdade. Para algumas, seria também necessário um auxílio para suprir eventuais déficits acadêmicos que tais alunos possuam.

5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS COTAS: POLÊMICA DISCURSIVA ACERCA DA RESERVA DE VAGAS

Das respostas analisadas, 32 delas foram contrárias à reserva de vagas. Nelas, os graduandos expõem diversos motivos pelos quais são contrários às cotas. Tentaremos demonstrar agora quais são estes argumentos, e como eles se constituem em diálogo com os argumentos favoráveis as cotas.

Na parte anterior do artigo, vimos que mesmo os que trazem argumentos favoráveis as cotas às vezes trazem ressalvas a elas. Estas ressalvas muitas vezes coincidem com o que as pessoas que são contrárias as cotas encontram de motivo para serem contrários a elas. Um primeiro motivo recorrente é o de que o problema real é a educação básica, e uma vez que as cotas não alteram esta realidade, apenas serviriam de paliativo, ou serviriam como uma maneira do "governo" não atuar onde deveria atuar:

> Não concordo, pois acredito que ações afirmativas seriam apenas uma forma de mascarar o mal investimento no ensino básico e médio, sendo necessária uma reforma nessas áreas, a fim que seus alunos estejam preparados para o ingresso na faculdade.

Note-se que este tipo de resposta tem uma preocupação com o lugar de partida, o ensino básico. As respostas partem de ideias semelhantes às defendidas por aqueles favoráveis às cotas, mas destoam dela em pontos fundamentais. Por exemplo, a resposta seguir vê diversidade e igualdade como objetivos a serem alcançados, mas vê apenas na reforma de base uma solução para tais problemas. Para o autor da resposta, o déficit no ensino de base é de tal maneira profundo que os alunos oriundos deste ensino não tem condições de cursar a faculdade com pessoas que não são egressas de escola pública. Como não conseguem cursar em pé de igualdade, não deveriam nem mesmo serem aprovados:

> A reserva de vagas para o Curso de Direito da UFF em razão de políticas de ação afirmativa me parece medida inadequada para alcançar os fins a que se propõe. Fator principal: a reserva de vagas não supre eventuais lacunas na educação formal, lacunas estas que seriam o óbice à aprovação através das vagas disputadas em ampla concorrência. Conquanto a diversidade e a igualdade sejam objetivos louváveis, somente serão alcançados através do emprego de meios adequados a tais fins: fornecimento de educação formal BÁSICA de qualidade para todo cidadão, não se distinguindo cor, raça ou qualquer outro fator semelhante.
>
> O sistema de quotas (para o ensino superior, especificamente), do modo como é atualmente implementado, traz uma falsa impressão de pluralidade e igualdade. Eis o motivo: uma pessoa branca (em se tratando de cotas raciais) será estatisticamente mais propensa do que uma pessoa negra a ser contemplada por uma renda maior e, por consequência, será também estatisticamente mais propensa a ter uma educação fundamental com menos lacunas, o que, logicamente, lhe torna muito mais propensa a ser aprovada pelos parâmetros do atual sistema de avaliação (ENEM). Esta constatação é, inclusive, a premissa a partir da qual as atuais políticas de ações afirmativas partem, pois é evidente que, estatisticamente, uma pessoa negra (por fatores históricos e sociológicos que não cabe aqui abordar) encontrar-se-á muito mais frequentemente nos quadros de uma parcela da população que é desfavorecida em vários sentidos, incluindo aquele que diz respeito ao acesso a uma educação formal de BASE. A consequência disso, como se disse, é que, frequentemente, terá menos condições de ser aprovado pelos parâmetros do atual sistema de ingresso nas universidades, pois as lacunas em sua formação elementar serão muito maiores. Tudo isso, evidentemente, por conta de fatores que são completamente alheios à sua vontade, pois ninguém escolhe nascer ou pertencer a um grupo social desamparado. [...]
>
> A esta altura, fica mais claro o porquê de o sistema de cotas, da maneira que é implementada ATUALMENTE (e isso é importante repisar), não é suficiente para sanar os problemas relacionados à desigualdade, conquanto mascarem parcialmente o problema da diversidade. Motivo: o aluno que teve a oportunidade de acesso a uma base mais completa terá melhores condições (o que não implica a obrigatoriedade de que assim proceda, e por isso as exceções existirem) de aproveitar o conteúdo que lhe é ministrado durante o ensino superior do que aquele aluno que suporta diversas lacunas em sua formação, pois o aprendizado se estrutura de maneira progressiva [...] Resultado disso é uma maior propensão (mas, como eu disse, ninguém é obrigado a aproveitar as oportunidades que lhe são opostas) por parte do aluno do São Bento a ter um aproveitamento e desempenho melhores do conteúdo da faculdade do que o aluno que, em razão de sua situação de vulnerabilidade econômica e social, compareceu a colégios públicos mantidos pelo Estado do Rio de Janeiro, cuja baixa qualidade de ensino é fato notório. Resultado: ao ingressar no mercado de trabalho, ou no momento de enfrentar uma prova de concurso ou qualquer outra semelhante, será selecionado aquele que tem maior base de conhecimento e que, consequentemente, tenha melhores condições de desempenhar a função a que se candidata, especialmente se tratarmos das oportunidades de trabalho no sistema privado.
>
> Por fim, e como conclusão sucinta de tudo o exposto, entendo que um sistema de cotas seria muito mais proveitoso se aplicado no âmbito do ensino FUNDAMENTAL de ponta (monopolizado pela rede privada), adequando-se aos parâmetros de representatividade que se almeja alcançar com as ações afirmativas. A questão da representatividade será automaticamente resolvida a partir do momento em que os problemas relativos à disponibilidade de ensino de qualidade a todos forem solucionados. Entendo que a falta de representatividade não é um problema per si, e sim um

> sintoma, nem por isso, menos indesejável, mas, em todo caso, a melhor medicina é a preventiva, e não aquela que se preocupa em mascarar sintomas de um sistema febril.

Na resposta, a preocupação principal é a de que os ingressos por reserva de vagas não teriam condições de concorrer na vida acadêmica ou profissional com quem teve um ensino regular. Não há preocupação com qual é a solução para este tipo de aluno, apenas se argumenta que ele não deveria estar ocupando aquela vaga. A solução deveria vir apenas em longo prazo, refletindo apenas em gerações em futuras de alunos, já que a solução poderia ser apenas preventiva.

Note-se também que, como exposto no último parágrafo, "a falta de representatividade não é um problema per si" para o aluno, e sim apenas um sintoma da desigualdade. Neste sentido, pode-se observar uma polêmica quanto à identificação de problemas para aqueles que são favoráveis e contrários as cotas, polêmica essa que o autor da resposta sinaliza, em um diálogo com os discursos contrários a ele. Aqueles que são contrários as cotas manifestam diversas vezes que a representatividade não é um problema. O problema real, e por tanto, o valor real a ser defendido, seria o resultado final do processo educacional, que seria formar profissionais capacitados e produzir conhecimento, o que seria melhor alcançado por aqueles que tiveram uma educação básica de qualidade. Em outra resposta, lê-se: "*Como o propósito da faculdade é a produção acadêmica, penso que as ações afirmativas na faculdade são um desvio da busca pelo aluno melhor preparado para produzir.*" Esta visão tem implícito um determinado modelo de sociedade, onde o ensino superior tem uma função dentro de uma sociedade de mercado, onde o foco é a *produção*.

A polêmica quanto ao reconhecimento de problemas e valores a serem defendidos é recorrente. Além da polêmica em relação à representatividade como problema, temos uma polêmica quanto à identificação de um problema racial. Uma das respostas diz que *"Quando o assunto é vestibular, sou daltônico."* Isto é bem simbólico, uma vez que é quase ausente das respostas contrárias às ações afirmativas o problema racial, que realmente não são enxergados por tais pessoas. Fala-se em representatividade, como na resposta analisada, mas não se fala em raça ou racismo, como se este não fosse um problema existente ou tema necessário ao se falar de cotas.

Outro problema apresentado como central é a questão do *mérito.* Diversas respostas falam em mérito pessoal, ou justiça associada ao mérito. Uma delas, por exemplo, diz: *"Completamente contra. Cada um deve conseguir a vaga por mérito próprio. O governo tem que melhorar o ensino público e não distribuir vagas para suprir o ensino precário."* Outra resposta diz:

> O correto é que o Estado garanta igualdade de partida e não de chegada, sob pena de desvirtuar a meritocracia em detrimento de uma igualdade material sofismática. Não se desconhece que alunos que entram pelas cotas conseguem atingir ótimos resultados acadêmicos. Contudo, alunos desprovidos de inserção em cotas também poderiam obtê-los. No meu caso, entrei por transferência externa de faculdade particular. Não passei no vestibular à época por diversos problemas pessoais que me atrapalharam bastante o estudo no último ano de colégio (embora eu já fosse um grande aluno). Ademais, não tive condições financeiras de fazer um curso pré-vestibular no ano seguinte por questões de brigas familiares. Mas isso não me impediu de correr atrás. Não fiquei me vitimizando como algumas pessoas em invasão recente das salas de aulas na USP. Trabalhei e paguei do meu bolso uma universidade particular (o que me garantiria um estágio, ao invés de pagar curso) antes de conseguir entrar na UFF. Portanto, acredito que vale o esforço de cada um. Ninguém pode garantir que aquele que não teve oportunidades, se as tivesse, teria conseguido o mesmo sucesso de quem as teve. Até porque, o ingresso no ensino público é competitivo até para quem é proveniente de bons colégios. [...] Igualdade material não pode resultar naquilo que Norberto Bobbio (Direita e Esquerda, razões de uma distinção fundamental) denominava de IGUALITARISMO. É como me parece.

A noção de mérito defendida se relaciona com o que o autor da resposta chama de "vitimismo". Para o autor desta resposta, as ações afirmativas seriam uma maneira de as pessoas não se esforçarem para alcançar os resultados propostos. Da mesma maneira, elas tirariam as vagas de outras pessoas que também se esforçariam para conseguir aquela vaga.

Para os opositores da reserva de vagas, existe um ideal de justiça, de igualdade. Este seria um ideal de igualdade onde o que importa não é a igualdade material em si, mas uma igualdade onde o mérito tem lugar principal. As pessoas seriam diferentes por terem méritos diferentes, e elas devem ser equalizadas pelo

ensino de base, que deveria ser melhorado. Nas respostas, pode-se ver que explicita e implicitamente há um diálogo com o conceito de igualdade defendido por aqueles que apóiam as cotas, chamada na resposta acima de "*uma igualdade material sofismática*", que seria sofismática por *"desvirtuar a meritocracia*". É interessante que tenha usado esta expressão, porque justamente tentamos demonstrar que ambas os discursos (a favor e contra as cotas) possuem como base uma ideia de igualdade e mérito.

6 CONCLUSÕES

Neste artigo, analisamos as respostas acerca da opinião dos alunos quanto ao sistema de reserva de vagas implementados na Faculdade de Direito da UFF. Tentamos identificar os discursos favoráveis e contrários à reserva de vagas, levantando suas principais características, e vendo como eles dialogam entre si, gerando a polêmica acerca do sistema de cotas.

Identificamos dois discursos principais nas respostas, que consistem em formações discursivas distintas. Um discurso seria aquele favorável às cotas. Este discurso parte de uma formação discursiva que compartilha uma noção de justiça baseada em uma igualdade material. Para tais, as cotas representariam uma maneira de equalizar a oportunidade entre grupos que, por motivos históricos e sociais, possuiriam condições distintas. Neste sentido, o acesso a Universidade estaria ligada à oportunidade de reparar um débito histórico e possibilitar que os indivíduos destes grupos pudessem participar da sociedade de maneira mais igual. Esta seria a noção reivindicada, a partir de uma equalização feita pelas ações afirmativas. Além disso, a reserva de vagas ajudaria a pluralizar a sociedade, o que seria benéfico para todos, principalmente no que tange ao combate ao racismo e no que tange à produção de um conhecimento mais humano e diversificado.

O discurso contrário ás cotas parte de uma formação discursiva que tem como base a noção de mérito e a recusa por uma igualdade material. Nesta formação, as ações afirmativas constituiriam uma equalização no ponto de chegada, e não uma equalização no ponto de partida, de modo que isso subverteria a noção de mérito defendida por eles. O mérito seria conseguido apenas pelo esforço individual, e não deveria ser comparado com outras pessoas que tivessem auxílio do Estado ou de políticas públicas, mesmo que tivessem pontos de partida diferentes por causa do fraco ensino fundamental e médio. Neste sentido, apenas a reforma de base poderia reverter tal quadro, e apenas em longo prazo. Não são valores para essa formação a diversidade, que se constituiria como um falso problema, uma vez que nem mesmo a temática racial se apresenta como problema nas resposta. O problema racial seria unicamente causado pelo problema social, que uma vez resolvido, resolveria tudo.

A diferença fundamental, onde consiste a *interincompreensão* em que se baseia a polêmica destas formações discursivas antagônicas, são as ideias de igualdade e mérito, assim como os valores com os quais as cotas se relacionam. A ideia de mérito defendida pelos opositores das cotas é a ideia de mérito pelo esforço individual. Este é o valor defendido. A ideia de mérito defendida pelos defensores das cotas é aquele baseado em uma igualdade material, onde as ações afirmativas são uma maneira de igualar as oportunidades para que possam com o próprio mérito alcançar os resultados. O discurso de oposição às cotas não só não compartilha destes valores, como não vê nas cotas uma maneira de alcançar tal igualdade material. Enquanto o discurso de defesa das cotas vê nelas uma equalização na partida, e portanto, uma igualdade de oportunidades, o discurso de oposição às cotas vêem ela como uma equalização no ponto de chegada, e por isso uma "igualdade material sofismática", que subverteria a noção de mérito. Apesar disso, a noção de mérito e de igualdade é reivindicada pelos dois grupos, em uma *interimcompreensão* que gera a polêmica existente.

Outro ponto chave é a identificação de problemas. Enquanto os defensores das cotas vem na raça e no racismo questões centrais do debate, estando presentes em seus discursos tais categorias, além das idéias de reparação histórica e de diversidade, os opositores das cotas não assumem estes problemas como pontos de partida para a discussão.

Proponho aqui que o problema central no antagonismo destas formações discursivas são *conceitos em disputa*, que estão no centro da *polêmica* apresentada. Temos alguns conceitos em disputa relacionados

à identificação dos problemas, como por exemplo, as idéias de raça, racismo e exclusão, que são colocadas pelos defensores das cotas como centrais para o debate. Fazer estes conceitos estarem no centro da discussão, articulados com as idéias de reparação histórica e/ou diversidade, são umas das principais estratégias discursivas que norteiam a defesa das cotas. Neste ponto, a ausência destes conceitos, em especial os conceitos de raça e racismo, o seu silêncio[7], no discurso contrário as cotas, podem ser encarados também como uma estratégia discursiva central para a gênese destes discursos.

A outra questão chave é a disputa dos conceitos de mérito e igualdade. A *interimcompreensão* entre as duas formações discursivas antagônicas gira em torno de uma disputa da significação destes conceitos, onde diferentes significações para as idéias de mérito e igualdade garantem diferentes interpretações sobre as cotas. Assim, o espaço social de debate sobre o tema gira em torno em garantir o domínio da interpretação destes conceitos, e a falta de comunicação entre os dois discursos gira também em torno da não compreensão do que este conceito significa para a formação discursiva antagônica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (2012a). Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. *Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.*

BRASIL. (2012b). Ministério da Educação. 2012b. Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012. *Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei no 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto no 7.824, de 11 de outubro de 2012*. Disponível em: <http://www.coperves.ufsm.br/sisu/concursos/cachoeira_do_sul_sisu_2015/arquivos/cachoeira_do_sul_sisu_2015_portaria_mec_12_2012.pdf>. Acesso em 30 dez. 2016

BRASIL (2012c). Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. *Regulamenta a Lei no 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em 30 dez. 2016

CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e Discurso: modos de organização.* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

_____; MAINGUENEAU, Dominique. Dicionário de Análise do Discurso. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

KENNEDY, Randall. *O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e a Ação Afirmativa: o caso do ensino superior.* In: PAIVA, Angela Randolpho. Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África e França. Rio de Janeiro: Pallas, 2013. p. 150-209.

MAINGUENEAU, Dominique. *Gênese dos Discursos.* São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

ORLANDI, Eni P. *Análise de Discurso: princípios e procedimentos.* Campinas, SP:

Pontes, 2001

_____. *As formas do silêncio*: no movimento dos sentidos. Campinas, SP: Unicamp, 2007.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *A discussão judicial das ações afirmativas étnico-raciais no Brasil.* In: PAIVA, Angela Randolpho. Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África e França. Rio de Janeiro: Pallas, 2013. p. 210-239.

SANTOS, Erli Sá do. Políticas Afirmativas de Inclusão Racial e Social na Faculdade de Direito UFF: uma Pesquisa, uma leitura. Trabalho de Conclusão de Curso (bacharelado). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

[7] Sobre o papel do silêncio no discurso, ver *As Formas do Silêncio,* de Eni ORLANDI (2007). Para a discussão acerca do papel do silêncio no debate sobre ações afirmativas nesta pesquisa, ver o trabalho de Erli Sá dos SANTOS (2016), que participou desta pesquisa.

O ENSINO MÉDIO POLITÉCNICO: EDUCAÇÃO INTERCULTURAL DESCOLONIZADORA?

João Alberto Steffen Munsberg[1]

Otávio Nogueira Balzano[2]

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo refletir sobre a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico na perspectiva da educação intercultural descolonizadora. Trata-se de um desdobramento do objetivo geral da pesquisa em andamento, qual seja: analisar a forma de contribuição do Ensino Médio Politécnico para o protagonismo juvenil na perspectiva da educação intercultural descolonizadora. Em termos metodológicos, utilizam-se a Técnica de Análise Temática (TAT) proposta por Gibbs (2009) e a Análise Discursiva Bakhtiniana (ADB), de Bakhtin (2003; 2014). A partir de temas definidos segundo a TAT, realiza-se a seleção dos enunciados de cada instância – regulatória, discente, docente e teórica – a serem analisados conforme a ADB. Neste texto, analisa-se a categoria temática *protagonismo juvenil*, perpassando as quatro instâncias. Constata-se que: a) o protagonismo juvenil assume centralidade na proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico; b) com maior participação dos estudantes no processo educativo, os resultados seriam mais significativos; c) todos os professores respondentes relatam uma situação de aprendizagem considerada significativa; e d) a interculturalidade constitui-se em estratégia fundamental para a descolonização da educação. O estudo permite concluir, provisoriamente, que: a) o protagonismo juvenil é percebido em enunciados das quatro instâncias; b) há inter-relação entre protagonismo juvenil e educação intercultural descolonizadora via transformação da realidade; e c) a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico se enquadra na perspectiva da educação intercultural descolonizadora.

Palavras-chave: Ensino Médio Politécnico; Interculturalidade; Descolonização do Saber; Protagonismo Juvenil; Análise Discursiva Bakhtiniana.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se constitui numa reflexão sobre o Ensino Médio Politécnico, tendo por objetivo verificar se esta proposta pedagógica se enquadra na perspectiva da educação intercultural descolonizadora. Em que pese o objetivo deste texto, entende-se ser importante apresentar um panorama de conceitos pertinentes à tese a ser defendida, qual seja, *A escola* é espaço privilegiado de construção do protagonismo juvenil na perspectiva da educação intercultural descolonizadora.

A investigação dá continuidade ao estudo realizado em nível de mestrado no PPGEdu UNILASALLE – Canoas – RS, cuja dissertação recebera o título de *O Ensino Médio Politécnico frente às demandas e perspectivas discentes* (MUNSBERG, 2015). No desenrolar dessa pesquisa, emergiu com bastante força a questão do protagonismo juvenil no espaço escolar, o que alarga o horizonte temático. A viagem investigativa em curso – metaforicamente falando – busca resposta para o seguinte problema: *Como o Ensino Médio Politécnico pode contribuir para o protagonismo juvenil na perspectiva da educação intercultural descolonizadora*? Esta questão conduz à definição do objetivo geral da pesquisa, qual seja: *Analisar a forma de contribuição do Ensino Médio Politécnico para o protagonismo juvenil na perspectiva da educação intercultural descolonizadora.*

De início, escola é pensada como instituição formadora de sentido equívoco, pois tanto pode atuar de maneira conservadora e limitadora quanto libertadora, dependendo da *práxis*. De qualquer forma, a escola é um espaço de devir – vir a ser, tornar-se, converter-se, transformar-se em – um espaço de *estar sendo,* em função do caráter dinâmico que encerra o processo educativo.

[1] Doutorando em Educação da Universidade La Salle; Bolsista CAPES; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação Intercultural; prof.jasm@gmail.com

[2] Doutorando em Educação da Universidade La Salle; Bolsista CAPES; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação Intercultural; otaviobalzano@yahoo.com.br

O espaço escolar é múltiplo, constituído de pluralidades – diversidade de autores – que interagem numa "zona de contato" (PRATT, 1999), isto é, um ambiente fronteiriço, intermediário, de negociação entre culturas. Espaço de entremeio, entre-lugar e ação, dimensões integradas pela noção de movimento. Entremeio diz respeito a entrecruzamentos, deslocamentos essencialmente equívocos. Entre-lugar (SANTIAGO, 2000; BHABHA, 2013) compreende a ideia de abertura ao porvir num processo de articulação dos sujeitos para transgressão e ultrapassamento. Ação, no contexto em foco, implica iniciativa, isto é, protagonismo dos sujeitos.

A escola como espaço de entremeio, de entre-lugar e de ação contribui para a constituição da pessoa, a formação humana e a preparação para o trabalho. Em outras palavras, a escola participa da/na constituição, formação e preparação dos sujeitos para a vida em sociedade. Fundamentalmente, escola é espaço de ensino e de aprendizagem. Mas, de nada adiantaria ensinar se não houver condições de aprendizagem – entende-se que aprender é condição pessoal, carregada de subjetividade. E isso remete a uma condição outra, sem a qual a função da escola é incompleta: possibilitar o protagonismo juvenil.

Ser protagonista significa ser ator principal, assumir centralidade, atuar decisivamente num processo e lutar por ideais. A proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico prioriza o protagonismo juvenil. Entretanto, a pesquisa realizada com estudantes (instância discente) durante a construção da dissertação (MUNSBERG, 2015) demonstrou um distanciamento entre a proposta e a prática, não atingindo os objetivos estabelecidos.

Para melhor compreensão da análise objeto deste trabalho, apresenta-se, no tópico a seguir, uma síntese do percurso metodológico que integra a investigação em curso.

2 METODOLOGIA

Os procedimentos para análise dos dados da pesquisa, em toda sua amplitude, são:

1º) análise documental, utilizando-se o documento-base *Proposta Pedagógica para o Ensino Médio Politécnico e Educação Profissional Integrada ao Ensino Médio* (SEDUC-RS, 2011), o *Regimento Padrão* (REGIMENTO, 2012) e a obra *Reestruturação do Ensino Médio: pressupostos teóricos e desafios da prática* (AZEVEDO; REIS, 2013); 2º) análise do material coletado por meio do questionário, com utilização da Técnica de Análise de Temática proposta por Gibbs (2009); 3º) análise dos relatos (respostas à questão aberta) e dos documentos, com base na Análise Discursiva de Bakhtin (2003; 2014); e 4º) tratamento estatístico dos dados quantitativos, utilizando-se a estatística descritiva.

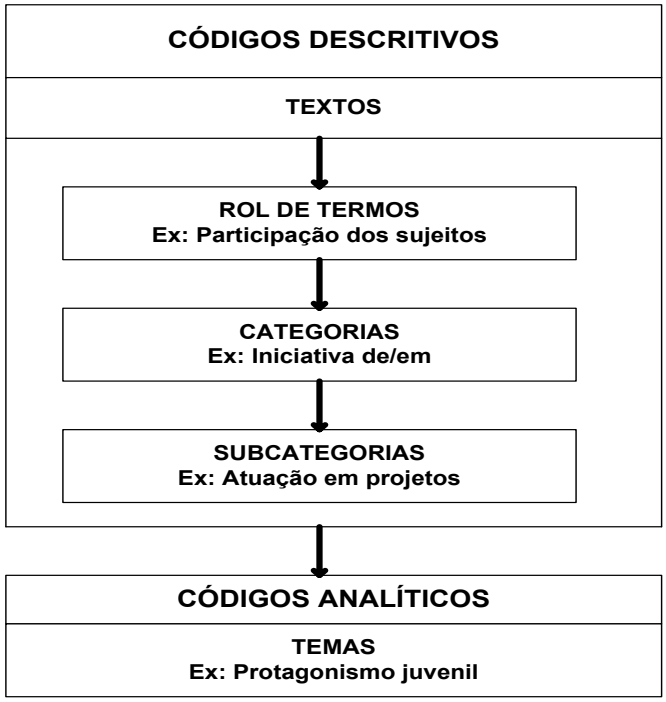
A construção do modelo de análise prevê o aproveitamento dos dados já coletados, os quais receberão novo tratamento, tendo em vista o objetivo geral da pesquisa, o que não impede a realização de coleta complementar. Para preservar a identidade dos respondentes na análise de resultados, adotou-se o processo de anonimização com utilização de localizador. Os sujeitos da pesquisa citados são designados por Estudante (E), com índices superior (CRE) e inferior (respondente) – ex.: E_{60}^{1}, e Professor (P) e número (CRE) – ex.: P10.

Arrolam-se, a seguir, os procedimentos adotados na organização e no tratamento dos dados conforme o método de Gibbs (2009): 1 - pré-análise dos relatos dos respondentes, mediante leitura "flutuante" para a constituição do *corpus*; 2 - digitalização dos resultados, garantindo a confidencialidade mediante processo de anonimização e utilização de localizador; 3 - leitura aprofundada em busca de termos ou expressões que evidenciem os temas gerais; 4 - identificação dos temas de interesse da pesquisa e suas abordagens em nível categórico e analítico; 5 - codificação dos relatos; 6 - codificação dos temas a partir de passagens de mesma atividade, de acordo com as categorias definidas *a priori* (codificação baseada em conceitos) e *a posteriori* (codificação baseada em dados); 7 - elaboração do rol de códigos para estruturação dos agrupamentos temáticos; 8 - agrupamento dos termos por categoria; 9 - descrição, análise e discussão das categorias temáticas.

Quanto à análise dos dados e discussão dos resultados, assevera Gibbs (2009): "Na análise, você necessita se afastar das descrições, principalmente com os termos dos entrevistados, e passar para um nível

mais categórico, analítico e teórico de codificação." (p. 61).

O esquema 1 apresenta a estrutura organizativa de análise temática conforme Gibbs. A partir da leitura dos textos (discursos), é elaborado um rol de termos com base na frequência de palavras ou expressões. Utilizando-se o critério semântico, os termos são classificados em categorias e subcategorias. Passando da descrição para **nível analítico, estabelecem-se os temas.**



Esquema 1. Estrutura organizativa de análise temática conforme Gibbs (ATG)
Fonte: Munsberg, 2017.

Esses temas servirão de referência para a escolha e seleção dos enunciados de cada instância – regulatória, discente, docente e teórica – a serem analisados conforme a Análise Discursiva Bakhtiniana (ADB), cuja visão de mundo e aporte para a compreensão de enunciados envolve a relação dialógica *eu-mundo-outro* (o indivíduo situado no mundo em interação com o outro) e a dialogia dos enunciados.

Na visão bakhtiniana, o homem fala a outro homem, produzindo discurso, por meio dos quais se realiza a leitura do próprio homem em busca de sua compreensão. Todavia, é preciso considerar que a leitura dos enunciados também reflete o olhar do pesquisador. Assim, os pressupostos bakhtinianos que fundamentam a visão de mundo deste pesquisador se constituem em ponto de partida da viagem investigativa em curso. Considera-se enunciado "[...] todo material linguístico proferido por um falante e emoldurado pelo material linguístico de outros falantes [...]." (VENEU, 2012, p. 111). Um enunciado compreende uma dimensão concreta, expressa em palavras, e uma dimensão presumida. Entretanto, "O individual e o subjetivo têm por trás, o social e o objetivo." [...] Nesse sentido, "O 'eu' pode realizar-se verbalmente apenas sobre a base do nós." (VOLOSHINOV; BAKHTIN, 1976, p. 8). Trata-se de uma abordagem sociológica. Esse processo analítico assentado no dialogismo articula-se com os conceitos basilares relacionados às *pedagogias decoloniais* **– práticas insurgentes de resistir, (**re)existir e (re)viver – de Walsh (2013; 2017), especialmente no que diz respeito às interações humanas (experiências interculturais) observáveis na perspectiva da educação intercultural descolonizadora.

Walsh fala em *interculturalizar* estruturas, instituições, relações e modos de pensar impregnados pela lógica racial, moderno-colonial-eurocentrada. Nesse sentido, a pesquisadora propõe trabalhar para a descolonização das mentes e a transformação das estruturas da colonialidade, isto é, trabalhar para a *decolonialidade*. Tal processo tem como ponto de partida o questionamento ao poder dominante e à colonialidade do poder, do ser e do saber. O questionar essas condições possibilita reconhecer identidades

e a diferença (colonial) e fortalecer o pensamento próprio, "pensamento outro". Reconhecer e fortalecer a si próprio remete ao processo de construção de uma sociedade intercultural, caracterizada por novas condições sociais de poder, ser e saber. E isso já se manifesta como descolonização. Concomitantemente, o reconhecimento e o fortalecimento de si próprio implica relacionar o próprio e o diferente, resultando de um lado o pensamento outro e de outro lado o pensamento fronteiriço. Pensamento outro e construção de modos outros de poder, ser e saber inter-relacionam-se mutuamente. O mesmo acontece entre pensamento fronteiriço e transformação de estruturas, instituições, relações e conhecimentos. Pensamento outro e pensamento fronteiriço articulam-se constituindo o chamado posicionamento crítico ou fronteiriço, o qual contribui para construir modos outros e transformar realidades. Esses pensamentos como que se fundem na elaboração do pensamento decolonial. Construção e transformação dessas instâncias são processos contínuos de descolonização, culminando na formação de uma sociedade intercultural, com novas condições sociais de poder, ser e saber em contínua retroalimentação. Portanto, a decolonialidade é processo, movimento contínuo na busca da descolonização.

Como se percebe, descolonizar é desapegar-se da lógica da colonialidade e abrir-se a teorias e metodologias outras. É o que se busca com esta investigação. E neste ponto cabe situar o andamento da pesquisa, visto ser desdobramento do estudo realizado durante o mestrado. Assim, reforçam-se alguns elementos e procedimentos metodológicos.

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Até o presente momento, os trabalhos da investigação em curso estão centrados na seleção de enunciados das quatro instâncias propostas. A escolha dos textos de cada instância leva em consideração categorias temáticas definidas *a priori,* isto é, a codificação de temas baseada em conceitos (GIBBS, 2009).

As categorias temáticas definidas para análise são: a) escola como espaço de entremeio, de entre-lugar, de ação e de zona de contato; b) ação para constituição da pessoa, para formação humana e para preparação para o trabalho; c) protagonismo juvenil; e d) educação intercultural descolonizadora. Neste trabalho, analisa-se o *protagonismo juvenil* como código analítico, perpassando as quatro instâncias de dialogia dos enunciados.

A noção de protagonismo juvenil passa por outro conceito basilar neste estudo: juventude. Trata-se de um conceito polissêmico e até polêmico, sendo pensado no plural. Buscando-se uma compreensão o mais abrangente possível, utiliza-se a concepção de Novaes et al. (2006), empregada pelo Conselho Nacional de Juventude:

> A juventude é tradicionalmente considerada como uma fase de preparação para uma vida adulta, reduzindo-se as ações voltadas aos jovens unicamente à preocupação com sua escolarização. Mas a vivência juvenil na contemporaneidade tem se mostrado mais complexa, combinando processos formativos com processos de experimentação e construção de trajetórias que incluem a inserção no mundo do trabalho, a definição de identidades, a vivência da sexualidade, da sociabilidade, do lazer, da fruição e criação cultural e da participação social (NOVAES et al., 2006, p. 20).

Nessa perspectiva, apesar da categorização etária – jovem, no Brasil, é considerado o cidadão com idade compreendida entre 15 e 29 anos –, o que ganha importância é a multiplicidade de dimensões da vida juvenil, especialmente o trabalho, a cultura e a educação como dimensões constitutivas do ser jovem hoje.

Corroborando essa concepção, traz-se a pesquisadora Carmem Souza:

> Perceber a **juventude** como um momento da vida que marcaria a saída da infância até o ingresso no mundo adulto, vivido de forma homogênea, é ignorar as condições histórico-culturais dos integrantes desta categoria (SOUZA, 2004, p. 50, grifo nosso).
>
> A **idade,** como critério para agrupar as pessoas, traz implícito o caráter da transitoriedade. Nesse caso, a juventude representaria uma transição, e ser jovem seria estar numa condição provisória. Como diz Melucci (1997), esse modo de ver a juventude como mera transição decorre de uma

> compreensão da vida adulta como estável em oposição à **instabilidade juvenil**, fato que não se sustenta hoje, pois a **sociedade contemporânea** é marcada pela incerteza, mobilidade, transitoriedade e abertura para a mudança (SOUZA, 2004, p. 51, grifo nosso).

Portanto, juventude não é um grupo homogêneo. Vários estudos abordam o tema sob a ótica da diversidade, construindo a noção de "juventudes". O desconhecimento da realidade juvenil tem provocado desencontros entre diversas esferas e/ou setores, tais como: condição juvenil *versus* poder público, condição juvenil *versus* escola, escola *versus* mundo do trabalho. Desconhecendo o perfil, as demandas, os interesses e as expectativas dos jovens, políticas públicas resultam ineficazes.

Ser protagonista significa ser ator principal, assumir centralidade, atuar decisivamente num processo e lutar por ideais. A investigação em andamento, com base na pesquisa já realizada durante a construção da dissertação de mestrado, constata que a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico prioriza o protagonismo juvenil. Entretanto, a análise dos dados demonstrou um distanciamento entre a proposta e a prática, não atingindo os objetivos estabelecidos (MUNSBERG, 2015). O que falta para a concretização da referida proposta? Busca-se a resposta numa perspectiva "outra": a educação intercultural descolonizadora. Entende-se que a descolonização – do saber, do ser e do poder – seja o caminho para que a escola contribua, efetivamente, para a formação de sujeitos transformadores da realidade em busca de um mundo outro.

Passa-se, agora, à análise do código protagonismo juvenil a partir de enunciados de cada uma das instâncias definidas: instância regulatória, instância discente, instância docente e instância teórica.

3.1 INSTÂNCIA REGULATÓRIA

A instância regulatória corresponde à Secretaria de Estado da Educação do Rio Grande do Sul – SEDUC-RS, utilizando-se a *Proposta Pedagógica para o Ensino Médio Politécnico e Educação Profissional Integrada ao Ensino Médio – 2011-2014* como fonte de enunciado(s). Já na introdução desse documento se percebe a ênfase dada ao protagonismo juvenil:

> [...] há a necessidade da construção de uma nova proposta político-pedagógica em que o ensino das áreas de conhecimento dialogue com o mundo do trabalho, que interaja com as novas tecnologias, que supere a imobilidade de uma gradeação curricular, a seletividade, a exclusão, e que, **priorizando o protagonismo do jovem**, construa uma efetiva identidade para o Ensino Médio (SEDUC-RS, 2011, p. 6, grifo nosso).

O protagonismo juvenil referido no documento da SEDUC-RS (2011) não é novidade, pois é previsto na legislação normativa da educação básica. A referida proposta pedagógica constitui-se numa outra tentativa de sistematização da formação dos jovens, preparando-os para a intervenção transformadora na/da realidade. Trata-se, na visão dos idealizadores da proposta, de um outro fazer educativo. Assim, todos os conceitos estruturantes do Ensino Médio Politécnico estão amarrados em torno da formação de sujeitos preparados para a mudança da realidade numa perspectiva histórica.

Nesse sentido, os mentores da proposta pedagógica definem e caracterizam o tipo de escola necessária:

> **Escola é espaço de produção da vida, de construção coletiva, de formação cidadã, de complexificação das formas humanas de ação e reflexão no mundo.** Não é lugar para vigiar e punir alunos em tarefas de memorização, de informações vazias de sentido, puramente abstratas, como se a aprendizagem e a produção do conhecimento ocorressem em uma redoma de vidro fora de um contexto social, cultural e histórico determinado.
>
> É necessário considerar que a escola, como espaço da diversidade, deve sempre organizar seu trabalho pedagógico por meio de uma forma curricular flexível, de uma pedagoga relacional, dialógica, com avaliação emancipatória e gestão democrática. Aí, a diversidade constitui o sustentáculo gerador de **outro fazer educativo:** aquele pautado na igualdade e no respeito à pluralidade nas formas de relacionamento social. Uma escola com essas características pressupõe um processo de mudanças que produzam uma nova cultura escolar (AZEVEDO; REIS, 2013, p. 243, grifo nosso).

A escola assim descrita é a escola de que necessitam os jovens da contemporaneidade – uma escola cidadã preparando os estudantes para a cidadania. Uma escola libertadora, construindo a emancipação humana. Segundo o documento-base, as contradições do mundo do trabalho exigem da "[...] escola um novo desafio: desenvolver consciências críticas capazes de compreender a nova realidade e organizar-se para construir a possibilidade história de emancipação humana." (SEDUC-RS, 2011, p. 15).

A escola existente, entretanto, não consegue motivar os estudantes devido às práticas educativas desinteressantes. Jovens carregam a marca da mudança, almejam transformar o mundo. Mudança ocupa centralidade e é elemento comum na experiência dos jovens. Vive-se uma sociedade planetária, caracterizada por diversidade, mudança e fragmentação.

> A juventude – uma categoria *inventada* pelos adultos – mantém-se, mas os seus gostos, atitudes, sonhos e sentidos tornam-se cada vez mais difíceis de somatizar. A experiência social contemporânea marca as **identidades juvenis** com um profundo desejo de viver em grupo, fazer-se na relação com o outro. O *eu* é relacional e móvel para responder a uma contemporaneidade que exige flexibilidade (Melucci, 1992).
>
> Se a **sociedade contemporânea** gera **demandas amplas e complexas**, não oferece os meios para a inserção dos jovens, que fazem, das **práticas culturais, formas de expressão**, convivência e, por que não, bandeiras de lutas (SOUZA, 2004, p. 47, grifo nosso).

Os jovens vivem intensamente os desafios e as contradições desse tempo, com todas as rupturas e possibilidades. No mundo líquido, "[...] juventude é incerteza e possibilidade." (SOUZA, 2004, p. 62).

Melucci (1997), por sua vez, aborda a articulação *juventude* e *tempo presente.*

> Hoje o tempo se torna uma questão-chave nos conflitos sociais e na mudança social. A juventude que se situa, biológica e culturalmente, em uma íntima relação com o tempo, representa um ator crucial, interpretando e traduzindo para o resto da sociedade um dos seus dilemas conflituais básicos (MELUCCI, 1997, p. 7).

A adolescência é a fase de transição entre a infância e a fase adulta. Por isso, é a idade em que o jovem passa "[...] a enfrentar o tempo como uma dimensão significativa e contraditória da identidade." (MELUCCI, 1997, p. 8). Para o autor, o tempo é considerado "[...] como um horizonte no qual o indivíduo ordena suas escolhas e comportamento, construindo um complexo de pontos de referência para suas ações." (MELUCCI, 1997, p. 8).

Marilia Pontes Sposito estuda a relação juventude e educação. Dentre suas concepções, destaca que os jovens podem "[...] transformar o sentido da escola no projeto de vida, ao dar um novo significado para o conhecimento, para a informação e para a cultura." (p. 90). A pesquisadora destaca que é necessário dialogar com esses atores. "Trata-se de pensar a escola como mais um dentre os espaços propícios à constituição de sujeitos que tentam compreender sua presença no mundo e buscam construir projetos em condições desafiadoras e adversas impostas pela sociedade atual." (SPOSITO, 2000, p. 90). É preciso buscar uma aproximação entre a "cultura escolar" e o "mundo dos jovens", defende a autora.

Um conceito que merece atenção na pesquisa, relacionado ao conceito de juventude, é *cultura juvenil.* José Machado Pais (1990) entende por cultura juvenil "[...] o sistema de valores socialmente dominantes atribuídos à juventude (tomada como conjunto referido a uma fase da vida), isto é, valores a que aderirão jovens de diferentes meios e condições sociais." (p.163). Para o autor, "[...] é necessário que os jovens sejam estudados a partir dos seus *contextos vivenciais*, *quotidianos* [...]" (PAIS, 1990, p. 164). Em síntese, Pais considera *juventude* como uma construção sociológica.

Ainda sobre essa temática, Carles Feixa Pampols, considerado o antropólogo das *culturas juvenis*, ressalta:

> Según la acepción maximalista, éstas refieren la manera en que las experiencias sociales de los jóvenes son expresadas colectivamente mediante la construcción de estilos de vida distintivos, localizados fundamentalmente en el tiempo libre, o en espacios intersticiales de la vida institucional. Según la acepción minimalista, definen la aparición de *microsociedades juveniles,* con grados significativos

> de autonomia respecto de las *instituciones adultas*, que se dotan de espacios y tiempos específicos, y que se configuran historicamente en los países occidentales tras la II Guerra Mundial, coincidiendo con grandes processos de cambio social en el terreno económico, educativo, laboral e ideológico (FEIXA PAMPOLS, 1996, p. 73-74).

Tempo e espaço são dimensões indissociáveis e constantes presentes no cotidiano das pessoas. Assim, pensar a escola como espaço de protagonismo juvenil implica compreender a relação espaço-tempo no âmbito escolar. Esse espaço é múltiplo, constituído de uma diversidade de espaços interligados e complementares. Nele interagem, cotidianamente, os sujeitos protagonistas de sua construção. Para Ezpeleta e Rockwell (1989), a escola é entendida como um espaço histórica e socialmente em processo inacabado de construção. Como construção social, a escola é um espaço de contrastes, de diversidades e de heterogeneidade. A escola é, também, um espaço de encontro entre o Estado e as classes subalternizadas, isto é, um espaço de relações de poder. O espaço escolar é histórica e socialmente construído para atender às necessidades da sociedade.

Nessa perspectiva, a escola é um espaço de *devir,* de vir a ser, de tornar-se, de transformar-se, sendo construída num movimento ininterrupto por seus atores, especialmente os estudantes. Conforme Paz, o espaço

> Nos rodeia e nos sustenta e o sustentamos e o rodeamos. Somos a sustentação do que nos sustenta e o limite do que nos limita. Somos o espaço em que estamos [...]. A fronteira de onde eu termino e começa o outro, o alheio, está em perpétuo movimento, em contínua erosão (PAZ, 1983, p. 218).

O contexto escolar é um lugar de vivências, cujos limites espaciais oferecem resistências e concomitantemente sofrem transgressões de parte dos sujeitos. São esses atores que constroem, em sua historicidade, o espaço escolar.

3.2 INSTÂNCIA DISCENTE

A instância discente abarca enunciados extraídos de relatos de estudantes, os quais integram a resposta à questão aberta do questionário, acerca de uma situação de aprendizagem considerada significativa ou que fora considerada inaproveitável. O protagonismo juvenil, objeto em questão, é percebido especialmente no conjunto de práticas político-cidadãs, mesmo que de maneira tímida (apenas 40 estudantes, de 576 respondentes, abordaram o tema).

A formação humana, voltada para a emancipação dos sujeitos, precisa estar pautada por uma educação reflexiva, crítica e libertadora, desenvolvendo a autonomia e possibilitando o protagonismo juvenil. Segundo Azevedo e Reis (2013),

> [...] a formação humana voltada para a emancipação deve tomar como objetivo uma educação que se volte para a reflexão e a crítica. Deve-se pensar, assim, na possibilidade de uma educação que leve em consideração a capacidade de o indivíduo tornar-se autônomo – intelectual e moralmente –, ou seja, ser capaz de interpretar as condições histórico-culturais da sociedade em que vive de forma crítica e reflexiva, impondo autonomia a suas próprias ações e pensamentos (p. 71).

É função da escola promover a formação para o protagonismo juvenil, mediante ações educativas que desenvolvam a autonomia e o pensamento crítico. E isso é competência de todos os componentes curriculares de forma integrada, interdisciplinar, promove experiências humanas que contribuam para a transformação da realidade.

Integrando as práticas político-cidadãs, a temática projetos sociais engloba ações de cunho social, humanitário e cívico-político, ações essas que propiciam a formação integral do sujeito a partir da compreensão da realidade. Nesse sentido, o estudante E_{19}[4] destaca a contribuição de um projeto desenvolvido no Seminário Integrado – elemento articulador e problematizador do currículo –, promovendo a solidariedade.

O projeto de Seminário Integrado "Fazer o bem sem olhar a quem" foi um dos que eu mais gostei de fazer, pois houve um ato de solidariedade.

> [...] Foi muito importante para aprender, tanto como fazer um trabalho científico em grande grupo, quanto para aumentar nosso senso de solidariedade e amor com o próximo. (E_{19}^{4}).

Projetos dessa natureza propiciam o conhecimento e a compreensão da realidade, a conscientização sobre os desafios sociais e a realização de ações transformadoras no contexto socioantropológico.

No que se refere ao protagonismo juvenil, especificamente, três relatos ilustram a temática. A estudante E_{22}^{8} é enfática ao descrever um projeto bem-sucedido realizado em sua escola, destacando a participação efetiva dos estudantes.

> FALA JUVENTUDE. Através deste projeto como o próprio nome diz os alunos tiveram voz e puderam interagir dentro da escola. Foi muito importante para mim, não só como aluna, organizar e participar ativamente um projeto tão enriquecedor de conhecimento. (E_{22}^{8}).

O título em caixa alta expressa a percepção da estudante: organização, participação e interação. Fala – voz dos estudantes "dentro da escola".

O protagonismo dos jovens também é percebido no depoimento do estudante E_{20}^{39}, o qual destaca a participação dos estudantes na escolha dos temas de pesquisa. "No seminário, é feito projetos completos, onde os alunos devem escolher o tema, portanto, a maioria das atividades tornam-se muito interessantes pelo fato de ser um assunto de nossa escolha." (E_{20}^{39}).

Ao participarem diretamente na/da escolha do conteúdo, o processo de aprendizagem adquire importância para os estudantes. Em situações de aprendizagem que propiciem interação, os conteúdos ganham sentido e os aprendizes são preparados para a compreensão e intervenção na realidade, o que fica evidente também no relato do estudante E_{21}^{18}.

> Uma atividade de bom proveito, realizada nas aulas de seminário integrado, foi nossa pesquisa sobre o espaço cultural e econômico da praça Tamandaré. A pesquisa nos ajudou a compreender e valorizar mais a cultura local, e nos envolveu em questões políticas quanto ao planejamento urbano o que nos ajudou a compreender melhor como funciona alguns aspectos da administração da cidade. (E_{21}^{18}).

A análise dos relatos parece indicar que com maior participação dos estudantes no processo educativo os resultados seriam bem mais significativos, com menores índices de evasão e reprovação e melhor desempenho escolar. Todavia, como constatado, as práticas político-cidadãs, compreendendo projetos sociais e protagonismo juvenil, ainda são práticas pedagógicas tímidas em relação às medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico. Os resultados contrapõem-se às expectativas dos estudantes e à realidade escolar que descrevem.

3.3 INSTÂNCIA DOCENTE

A instância docente compreende enunciados retirados dos relatos de professores orientadores do Seminário Integrado, relatos esses constantes da questão aberta do questionário, assim apresentadas: *Sobre o Ensino Médio Politécnico, relate uma situação de aprendizagem significativa, desenvolvida na Escola, que os/as estudantes tenham gostado muito, ou que consideraram inaproveitável para a formação deles, e explique por quê.*

Quanto ao Seminário Integrado, o documento-base estabelece:

> Os Seminários Integrados constituem-se em espaços planejados, integrados por professores e alunos, a serem realizados desde o primeiro ano e em complexidade crescente. Organizam o planejamento, a execução e a avaliação de todo o projeto político-pedagógico, de forma coletiva, incentivando a cooperação, a solidariedade e o protagonismo do jovem adulto (SEDUC-RS, 2011, p. 27).

Como se observa, o Seminário Integrado articula e problematiza conhecimentos vivenciais com

conhecimentos sistematizados, mediante pesquisas socioantropológicas para conhecimento da realidade local. A organização dos trabalhos do Seminário Integrado é de responsabilidade da equipe diretiva, enquanto que a execução dos projetos é atribuição do coletivo dos professores sob a coordenação de um professor orientador. Este é responsável pela avaliação dos projetos vivenciais dos estudantes.

Dos 30 professores orientadores respondentes, um não respondeu à questão aberta sobre uma situação de aprendizagem. Já os 29 que responderam, todos relataram uma situação de aprendizagem considerada significativa. Desses, apenas um fez ressalva quanto às dificuldades iniciais de implementação da proposta pedagógica.

Ressalte-se que, diferentemente do que se constata nos relatos dos docentes, os estudantes foram mais críticos, apontando diversos problemas relativos à proposta pedagógica (MUNSBERG, 2015). Outro aspecto parece ser contraditório: as respostas dos docentes às questões fechadas – o que não é objeto de análise neste texto – evidenciam dificuldades e entraves para a implementação do Ensino Médio Politécnico, o que não ocorre nos relatos.

Da leitura e análise de todos os 29 relatos dos docentes, identificaram-se 34 indicações de *ação*, 19 indicações de *protagonismo juvenil* e 24 de *educação intercultural descolonizadora* (relacionadas à noção de transformação da realidade). Evidentemente, esses códigos analíticos estão inter-relacionados. Daí que a análise do código *protagonismo juvenil* abrange as indicações relativas aos demais códigos (ação e educação intercultural descolonizadora).

O relato de P1 descreve o projeto de criação de uma empresa, envolvendo 120 estudantes. Esse trabalho tinha como um de seus objetivos "[...] desenvolver no educando o planejamento e o trabalho em grupo [...], sistematizando o conhecimento de forma organizada e planejada, apropriação do uso de ferramentas de informática oferecidas pela escola." (P1). Com tal propósito, os estudantes utilizaram uma tabela "[...] para criar cargos, salários, identificação de funcionários e elaboraram um pequeno histórico da empresa onde explicaram o ramo de atividade e a proposta." (P1). Tais atividades realizadas pelos estudantes exemplificam o código analítico ação para preparação para o trabalho, bem como evidenciam o protagonismo juvenil: "Foi oportunizado a eles serem os protagonistas do processo de criação de uma Empresa [...]" (P1).

O protagonismo dos estudantes também é ressaltado pelo fato de que "[...] tiveram a seu encargo avaliar a utilização das ferramentas computacionais, estrutura do projeto e relevância e a argumentação para a venda do produto da empresa, constando também nesta avaliação uma autoavaliação da participação de cada aluno neste processo." (P1). Nessa direção vão também os relatos de outros professores responsáveis pelo Seminário Integrado. De maneira geral, destacam ações e/ou atividades em que os estudantes têm a iniciativa, como, por exemplo, a escolha dos temas para o projeto e a construção (planejamento, estruturação, execução e avaliação) desses projetos.

De outra parte, mas ao mesmo tempo articulada com o protagonismo juvenil, percebe-se a preocupação com ações visando a transformação da realidade. Para intervir na realidade é preciso conhecê-la. Nesse sentido vem o relato de um professor: "[...] os estudantes pesquisaram a realidade dos bairros onde moravam. [...] foi pra eles, uma experiência significativa, pois partiram da sua realidade, visualizaram os problemas do seu bairro." (P35).

Complementarmente, cita-se a constatação de outro professor, o qual enfatiza que houve envolvimento dos estudantes na pesquisa da "[...] realidade social circundante, [...] problematizando aspectos sociais e pessoais assumindo um a postura crítica." (P25). E aqui se insere a questão da educação intercultural descolonizadora, que requer a formação de um cidadão crítico em relação à realidade. A citação a seguir ilustra isso:

> Todas as atividades propostas em seminário integrado têm o intuito de desenvolver o aluno integralmente, pensando que o dever da escola é preparar o aluno não apenas profissionalmente, mas como um **cidadão crítico e participativo em nossa sociedade**." (P16, grifo nosso.)

Percebe-se, nos relatos dos docentes, que os projetos considerados significativos se enquadram no que propõe a SEDUC-RS (2011), que entende pesquisa como "[...] o processo que, integrado ao cotidiano

da escola, garante a apropriação adequada da realidade, assim como projeta possibilidades de intervenção. Alia o caráter social ao protagonismo dos sujeitos pesquisadores." (SEDUC-RS, 2011, p. 23). Sintetizando:

> A pesquisa, assim concebida, possibilita o protagonismo dos estudantes na redescoberta de conhecimentos, na construção de novos conhecimentos e na resolução de problemas. Mas, acima de tudo, a pesquisa contribui para a formação de sujeitos críticos e reflexivos, capacitados a atuarem na transformação da realidade (MUNSBERG, 2015, p. 32).

Tomando-se isso como premissa, eis a articulação que se antevê da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico com a perspectiva de educação intercultural descolonizadora.

O tema interculturalidade, inscrito no "projeto decolonial", ganha importância com os estudos de Catherine Walsh. A pesquisadora entende interculturalidade como a possibilidade de diálogo entre as culturas, pensada na perspectiva crítica "[...] como proyecto político-social-epistémico-ético y como pedagogia decolonial [...]" (WALSH, 2010, p. 76). Assim, a interculturalidade deve ser entendida como projeto voltado à transformação estrutural e sócio-histórica para todos: "[...] la interculturalidad es práctica política y contrarrespuesta a la geopolítica hegemónica del conocimiento; es herramienta, estrategia y manifestación de una manera 'otra' de pensar y actuar" (WALSH, 2005, p. 47). Entende-se que a interculturalidade crítica, mais especificamente via educação intercultural, seja o caminho para a descolonização, pois se constitui num projeto de transformação das relações em todas as instâncias, enfrentando processos discriminatórios e promovendo o diálogo intercultural.

3.4 INSTÂNCIA TEÓRICA

A instância teórica, por fim, compreende enunciados relativos ao código analítico *educação intercultural descolonizadora* e conceitos correlatos.

Conceitos e pressupostos teóricos de Catherine Walsh e Vera Maria Candau fundamentam a análise da educação intercultural descolonizadora. Entretanto, a temática exige outros suportes conceituais, a começar pelos pensadores da modernidade/colonialidade (Grupo Modernidade/Colonialidade – GM/C). Para o grupo, a colonialidade se constitui no lado obscuro da modernidade, sendo expressa em tripla dimensão: a colonialidade do poder (político e econômico, hierarquizando grupos humanos e lugares), do ser (subjetividades, inferiorizando os diferentes, os "outros") e do saber (marginalizando sistemas de conhecimento diferentes). O referido grupo adotou a expressão "giro decolonial" como um "[...] movimento de resistência teórico e prático, político e epistemológico, à lógica da modernidade/colonialidade." (BALLESTRIN, 2013, p. 105). O "giro decolonial", na expressão de Maldonado-Torres (2008), mostra a descolonização como um projeto inacabado, sendo apenas o início de uma mudança radical. Para o pensador,

> El concepto de giro des-colonial en su expresión más básica busca poner en el centro del debate la cuestión de la colonización como componente constitutivo de la modernidad, y la descolonización como un sin número indefinido de estrategias y formas constestatarias que plantean un cambio radical en las formas hegemónicas actuales de poder, ser, y conocer (MALDONADO-TORRES, 2008, p. 66).

A descolonização do poder, do ser e do saber somente é viável, segundo o referido autor, mediante uma atitude descolonial, isto é, uma postura crítica ante a colonialidade e suas implicações.

Para o sociólogo peruano Aníbal Quijano, a crítica do paradigma eurocêntrico da racionalidade/modernidade é necessária e urgente, porém sem negar tal racionalidade. É preciso desprendimento das vinculações da racionalidade/modernidade com a colonialidade. E arremata:

> La alternativa, en consecuencia, es clara: la destrucción de la colonialidad del poder mundial. En primer término, la descolonización epistemológica para dar paso a una nueva comunicación intercultural, a un intercambio de experiencias y de significaciones, como la base de una otra racionalidad que pueda pretender, con legitimidad, alguna universalidad (QUIJANO, 1992, p. 19-20).

Pretender alguma universalidade pressupõe reconhecimento e aceitação como uma racionalidade "outra", com a consequente libertação das relações interculturais das amarras da colonialidade. Assim, no campo educacional, é preciso descolonizar a instituição escolar e o currículo.

No debate da interculturalidade faz-se necessário estabelecer distinções entre termos e/ou enfoques. Conforme Silva (2006), utiliza-se o termo "[...] multiculturalidade para designar a realidade de grupos culturais distintos convivendo em uma mesma sociedade." (p. 145). Mas, convivência não é garantia de respeito aos diferentes ou de aceitação do "outro". Já "[...] a interculturalidade se revela potencialmente como um projeto de intervenção a ser construído de forma intencional." (SILVA, 2006, p. 145). Há, portanto, proposta de intervenção na realidade multicultural, buscando um intercâmbio mutuamente enriquecedor.

Corroborando o pensamento de Walsh – já apresentado anteriormente –, Candau (2016) defende a perspectiva da interculturalidade crítica como concepção de educação intercultural, definindo o seguinte conceito referencial:

> A Educação Intercultural parte da diferença como riqueza. Promove processos sistemáticos de diálogo entre diversos sujeitos – individuais e coletivos –, saberes e práticas na perspectiva da afirmação da justiça – social, econômica, cognitiva e cultural –, assim como da construção de relações igualitárias entre grupos socioculturais e da democratização da sociedade, através de políticas que articulam direitos da igualdade e da diferença (CANDAU, 2016, p. 347).

Nessa perspectiva, a pesquisadora reforça a necessidade de as práticas educativas buscarem o aprofundamento "[...] no processo de *interculturalizar a escola, o currículo e a sala de aula*." (CANDAU, 2016, p. 349, grifo da autora).

A educação intercultural descolonizadora, notadamente, como já sinalizado, compreende três aspectos a serem trabalhados: a descolonização dos conhecimentos (o saber), a descolonização das subjetividades (o ser) e a descolonização da história (o poder). Evidentemente que estas três dimensões estão interligadas num tecido único – a colonização do pensamento, do imaginário. Daí a importância da educação intercultural como estratégia para a descolonização.

Educação intercultural pressupõe superar o individualismo, os velhos discursos, as estruturas excludentes e as posturas discriminatórias em prol de um trabalho cooperativo, colaborativo, reflexivo e dialógico. Sob essa ótica, interculturalidade possibilita a convivência de realidades plurais, o questionamento de discursos hegemônicos, padronizações e binarismos, bem como a desconstrução, problematização e relativização de estruturas e práticas sociais.

Cabe destacar o papel da escola e do currículo no que se refere à implementação de um processo educacional verdadeiramente intercultural. A escola é a instituição social em cujo espaço se processa tanto a produção quanto a reprodução da cultura, podendo ocorrer tanto a desconstrução de práticas discriminatórias em relação aos diferentes quanto a naturalização das desigualdades. Daí que o currículo escolar precisa ser construído de forma a possibilitar "olhares outros" e "abordagens outras", tendo em vista a representação da realidade e os tipos de subjetividades e identidades que pretende produzir. Um currículo intercultural requer conteúdos, procedimentos, atitudes e relações que privilegiem o protagonismo do estudante no contexto e/ou espaço escolar. Pensar a educação nessa perspectiva não é idealismo; é possível.

4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A análise realizada focou-se no código analítico *protagonismo juvenil*, buscando articulações entre enunciados das quatro instâncias definidas.

O estudo permite concluir, provisoriamente, que: a) o protagonismo juvenil é percebido em enunciados das quatro instâncias; b) há inter-relação entre protagonismo juvenil e educação intercultural descolonizadora via atuação para transformação da realidade; e c) a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico se enquadra na perspectiva da educação intercultural descolonizadora.

Em que pese tais constatações, alguns questionamentos persistem e requerem o aprofundamento da/na investigação: como, na prática, descolonizar? Como interculturalizar?

Esses questionamentos integram o rol de desafios presentes na investigação em curso, cujas respostas estão muito além desta incipiente e preliminar análise.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Jose Clovis; REIS, Jonas Tarcísio (Orgs.). **Reestruturação do ensino médio:** pressupostos teóricos e desafios da prática. São Paulo: Fundação Santillana, 2013.

BAKHTIN, Mikhail**. Estética da criação verbal.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Marxismo e filosofia da linguagem:** problemas fundamentais do método sociológico da linguagem. 16. ed. São Paulo: Hucitec, 2014.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e giro decolonial **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.

BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013.

CANDAU, Vera Maria (Org.). **Interculturalizar, descolonizar, democratizar:** uma educação "outra"? 1. ed. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2016.

EZPELETA, Justa; ROCKWELL, Elsie. **Pesquisa participante**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1989.

FEIXA PAMPOLS, Carles. De las culturas juveniles al estilo. **Nueva Antropología**, México, v. XV, n. 50, p. 71-89, out. 1996. Disponível em:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15905005>. Acesso em: 29 jun. 2017.

GIBBS, Graham. **Análise de dados qualitativos**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

MALDONADO-TORRES, Nelson La descolonización y el giro des-colonial. **Tabula Rasa,** Bogotá – Colômbia, n. 9, p. 61-72, jun./dic. 2008.

MELUCCI, Alberto. Juventude, tempo e movimentos sociais. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n.5/6, p. 5-14, 1997.

MUNSBERG, João Alberto Steffen. **O ensino médio politécnico frente às demandas e perspectivas discentes.** 2015. 193 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Centro Universitário La Salle, Canoas, 2015.

NOVAES, Regina Célia Reyes et al. (Orgs.). **Política Nacional de Juventude**: diretrizes e perspectivas. São Paulo: Conselho Nacional de Juventude; Fundação Friedrich Ebert, 2006.

PAIS, José Machado. A construção sociológica da juventude: alguns atributos. **Análise Social**, Lisboa, v. XXV, n. 105-106, p. 139-165, 1990. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223033657F3sBS8rp1Yj72MI3.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

PAZ, Octávio. **Sombras de obras**. Barcelona: Seix Barral, 1983.

PRATT, Mary Louise. A crítica na zona de contato: nação e comunidade fora de foco. **Travessia**, Florianópolis, n. 38, p. 7-29, 1999. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/travessia/article/view/14665/13434>. Acesso em: 17 jul. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, Lima(?), n. 13(29), p. 11-20, 1992. Disponível em: <https://problematicasculuales.files. wordpress.com/2015/04/quijano-colonialidad-ymodernidad-racionalidad.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

REGIMENTO Padrão Ensino Médio Politécnico. Porto Alegre: SEDUC-RS, 2012.

SANTIAGO, Silviano. **Uma literatura nos trópicos:** ensaios sobre dependência cultural. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEDUC-RS. Secretaria de Estado da Educação do Rio Grande do Sul. Departamento Pedagógico – DP. **Proposta**

Pedagógica para o Ensino Médio Politécnico e Educação Profissional Integrada ao Ensino Médio – 2011-2014. Porto Alegre: Seduc-RS, 2011.

SILVA, Gilberto Ferreira da. Cultura(s), currículo, diversidade: por uma proposição intercultural. **Contrapontos**, Itajaí – SC, v. 6, n. 1, p. 137-148, jan./abr. 2006.

SOUZA, Carmem Zeli Vargas. Juventude e contemporaneidade: possibilidades e limites. Última Década, Santiago, v. 12, n. 20, p. 47-69, jun. 2004.

SPOSITO, Marilia Pontes. Algumas hipóteses sobre as relações entre movimentos sociais, juventude e educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n.13 p. 73-94, 2000. Disponível em: <https://ensinosociologi.milharal.org/files/2010/09/ Sposito2000.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

VENEU, Aroaldo Azevedo. **Perspectivas de professores de física do ensino médio sobre as relações entre o ensino de física e o mercado de trabalho:** uma análise bakhtiniana. 2012. 218 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências e Saúde, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

VOLOSHINOV, V. N.; BAKHTIN, Mikhail. **Discurso na vida e discurso na arte:** sobre poética sociológica. Tradução de Carlos Alberto Faraco e Cristovão Tezza. 1976. Disponível em: <useb.br/ppgcel/Discurso-Na-Vida-Discurso-Na-Arte.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad. **Signo y Pensamiento**, Bogotá, v. XXIV, n. 46, p. 39-50, jan./jun. 2005. Disponível em:<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/vievoFile/4663/3641>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Interculturalidad crítica y educacion intercultural. In: VIANA, Jorge; TAPIA, Luis; WALSH, Catherine. **Construyendo interculturalid crítica.** La Paz: III – CAB, 2010. p. 75-96.

_____. (Ed.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito: Abya Yala, 2013.

_____. (Ed.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo II. Quito: Abya Yala, 2017.

EDUCAR PARA A MEDIAÇÃO: CONDIÇÃO PARA O ÊXITO DA POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSE

Carlos Alberto Lima de Almeida[1]

Klever Paulo Leal Filpo[2]

RESUMO: A proposta do artigo é descrever experiência empírica de emprego da mediação para o tratamento de conflitos escolares e refletir sobre a importância de uma educação para a mediação como condição de êxito para a aqui denominada Política Nacional de Tratamento Adequado dos conflitos de interesse. Contém revisão bibliográfica conjugada com o relato de experiências.

Palavras-Chave: Mediação. Brasil. Conflitos Escolares. Educação; Política Pública.

ABSTRACT: The purpose of this text is to describe empirical experience in the use of conflict mediation techniques for the treatment of school conflicts and to reflect on the importance of an education for mediation as a condition of success for the so-called National Policy on Adequate Treatment of conflicts of interest. The text contains bibliographic review and report of experiences.

Keywords: Mediation. Brazi. School Conflicts. Education. Public Policy.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é descrever experiência empírica de emprego da mediação para o tratamento de conflitos escolares e refletir sobre a importância de uma educação para a mediação como condição de êxito para a aqui denominada Política Nacional de Tratamento Adequado dos conflitos de interesse.

Nosso estranhamento diz respeito ao fato de que, a despeito de todo o entusiasmo em torno da iniciativa de incorporar formas consensuais de solução de conflitos no Brasil, sobre o que trataremos mais adiante, há resistências e dificuldades, de ordem cultural e também estrutural, que se colocam como obstáculos à efetivação dessa política pública. Um desses obstáculos, que aqui nos interessa, é a ausência de uma educação para as formas consensuais de solução de conflitos, ou seja, de iniciativas que permitam formar pessoas para pensar de modo diferenciado (em relação às formas convencionais de solução de conflitos, pelo Judiciário) os conflitos interpessoais, e preparadas para lidar com eles, utilizando, sobretudo, as ferramentas da mediação (BRAGA NETO, 2012).

A questão que se coloca é que há, no Brasil, uma cultura jurídica bastante arraigada (NICÁCIO, 2012) no sentido de que a solução de conflitos é tarefa do juiz. Modificar essa percepção demanda uma formação mais ampla para o consenso – em vez do litígio – tendo como destinatários não apenas os profissionais de formação jurídica, mas a população em geral. Tal formação, no contexto de um movimento pelas soluções adequadas dos conflitos, não seria também um papel da escola?

Metodologicamente, o texto contém revisão bibliográfica conjugada com o relato de experiências e dados de campo obtidos por meio de pesquisa empírica qualitativa que temos conduzido, com recursos do CNPq/Brasil, (Chamada Universal 2016). Nossas abordagens empíricas implicam em estudo de casos e observações realizados com o objetivo de compreender o que faz com que um conflito surgido na escola

[1] Doutor em Política Social (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pesquisador do Grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social (UNESA). Advogado no Rio de Janeiro.

[2] Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Pesquisador do INCT/InEAC e do GIPAC/UCP. Advogado no Rio de Janeiro.

seja judicializado, e os mecanismos acionados na tentativa de administrá-lo. Interessa também identificar, compreender e descrever a utilização (ou não) de formas consensuais de tratamento desses conflitos e os caminhos que seguem no sistema de justiça.

Tratando-se de pesquisa em andamento, o presente artigo traz dados e conclusões parciais, para serem apresentados e colocados sob discussão, junto de nossos colegas do GT Justiça Social, Educação e Políticas Públicas: novas perspectivas e antigos desafios contemporâneos. Com efeito, a efetivação da política pública de tratamento adequado para os conflitos de interesse necessita ser objeto de reflexões e este é, enfim, o objetivo central da presente contribuição.

2 POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO PARA OS CONFLITOS DE INTERESSE NO BRASIL

No campo da administração de conflitos sociais, vivemos hoje, no Brasil, sob os influxos da chamada Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, que vem estimulando a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO e BAPTISTA, 2011).

Segundo Gianezini (2018), estabelecer um conceito unívoco de política pública é algo complexo, pois "não há uma teoria completa e definida sobre o tema, mas sim vários conceitos que formam o que pode ser traduzido como política pública." A mesma autora informa que as políticas públicas estão diretamente associadas ao Estado. Contudo, há outros atores que agem na sua construção, tanto no âmbito privado como público. E propõe:

> A partir dessas constatações, as políticas públicas são, então, espaços (ou campos) que contemplam conhecimentos teóricos – da parte da academia – e empíricos – emanados mediante discursos de cidadãos que procuram promover a ação governamental ou recomendar possíveis alterações nessas ações. Destarte, as políticas públicas são, em verdade, as intenções governamentais que produzirão transformações profundas ou artificiais no mundo real (GIANEZINI, 2018, p. 1070).

Neste artigo, estamos considerando que todos os esforços que vêm sendo empreendidos, aproximadamente nos últimos 15 anos, a fim de disseminar o emprego de métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, como alternativa aos serviços judiciários prestados pelo Estado, podem ser considerados uma política pública. Tal política foi em muito influenciada pela atuação do Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (2004), consolidando-se a partir da Res. 125 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica do Poder Judiciário, parece haver a intenção de evitar ao máximo a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam contornadas, administradas ou mesmo solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Nessa medida tem-se buscado estimular, de diversas maneiras, as chamadas soluções amigáveis ou não adversariais (AZEVEDO, 2012), para os conflitos de interesses, em diferentes contextos. A Lei 13.105/2015 absorveu essa proposta ao incluir, no procedimento comum cível (art. 334), a obrigatoriedade de realizar audiências de mediação, quando as partes em conflito estão ligadas em relações continuadas (de família e de vizinhança, por exemplo). Ou ainda, antes, quando o artigo 3º do Código convoca todos os atores processuais para incentivarem o emprego das soluções consensuais para os conflitos. Por outro lado, a Lei de mediação (13.140/2015) buscou regulamentar o emprego da mediação nos mais diferentes contextos, tanto em sede judicial como extrajudicial, chegando ao ponto de autorizar que se realize para dirimir conflitos envolvendo a administração pública, quando se tratar de direitos indisponíveis, mas que comportem transação.

Embora esteja implícito dentro desse movimento que a mediação teria ampla utilização, para auxiliar na administração de variados tipos de conflitos, vem se consolidando a percepção de que ela seria adequada para tratar daquelas disputas em que as partes, após a solução do problema específico, tenham que continuar se relacionando, como acontece entre vizinhos, entre pais separados com filhos, entre estudantes de uma mesma escola, membros de uma mesma agremiação, dentre outros exemplos. É o que se denomina relações continuadas (AZEVEDO, 2012).

Os conflitos escolares parecem encaixar-se no contexto de relações continuadas, em que se recomenda o uso da mediação em lugar das soluções judiciais. Até mesmo para evitar que os jovens, envolvidos em conflitos de diferentes naturezas, acabem ingressando no sistema de justiça, em vez de serem buscas soluções educativas, próprias para a sua idade e formação.

O que se está denominando de conflitos escolares são aqueles que surgem no ambiente ou a partir das relações inerentes às atividades da escola, envolvendo alunos, professores, pais, responsáveis, e outros atores. Em tais situações, recomenda-se que as próprias partes encontrem a melhor saída, em vez desta ser imposta pelo Estado-Juiz (SIMIÃO, 2010 e MARTÍN, 2011), o que pode, inclusive, trazer consequências severas e indesejadas para esses jovens.

3 ABORDANDO CONFLITOS ESCOLARES, EMPIRICAMENTE

A oportunidade de pesquisar formas de administração de conflitos escolares surgiu quando tivemos contato com o seguinte caso de mediação escolar, envolvendo disputa entre duas estudantes de uma escola particular da cidade de Petrópolis-RJ. Esse caso é particularmente significativo e paradigmático, razão pela qual temos feito referência a ele como um ponto de partida em nossas reflexões sobre o tema, tratando-se do relato de uma experiência prática.

Ao sermos chamados para intervir no caso, mediar o conflito, havia uma rixa entre as duas estudantes perpetuada por meses, que por pouco não descambou em agressões físicas. Como uma das estudantes era um pouco mais velha e visivelmente mais alta e forte do que a sua rival, esta última ficou intimidada, passando a apresentar queda de rendimento escolar. Sua mãe também relatou que a filha, geralmente uma estudante assídua e interessada, passou a inventar desculpas para não ir à escola, queixando-se com frequência de dores de cabeça e enjoos como justificativas para permanecer em casa.

A situação poderia ser encaixada no conceito de *bullying* que, segundo Teixeira (2011), pode ser definido como o comportamento agressivo entre estudantes. São atos de agressão física, verbal, moral ou psicológica que ocorrem de modo repetitivo, sem motivação evidente, praticados por um ou vários estudantes contra outro indivíduo, em uma relação desigual de poder, normalmente dentro da escola. Ocorre principalmente em sala de aula e no horário do recreio (cf. ALMEIDA, 2011).

Preocupada, a mãe procurou os dirigentes da escola e ficou sabendo que a desavença teria sido causada por um comentário feito durante um intervalo a respeito do interesse comum por um rapaz, a partir do qual as estudantes, antes boas colegas, se tornaram rivais. Os pais das estudantes foram chamados à escola e, juntamente com os seus dirigentes e um mediador, construíram uma solução pacífica entre elas. As reuniões, em um total de três, realizadas durante aproximadamente duas semanas, culminaram com o compromisso de que cada uma, dali por diante, respeitaria o espaço da outra, evitando novas agressões. O problema foi contornado.

Uma das mães admitiu, ao final da última reunião, que pensara em transferir a filha para outro estabelecimento e que já contratara um advogado para ajuizar ação contra a escola e os pais da aluna desafeta de sua filha, pois não enxergava outra solução para o problema. Mas ficou satisfeita com o resultado da mediação e desistiu de intentar a ação. A despeito disso, seu relato deixou evidenciado que o seu primeiro impulso apontou para via judicial como a solução para a questão que tanto afligia sua filha.

Nessa situação observada, um método consensual e extrajudicial, conduzido no próprio ambiente escolar, com a intervenção de terceiros, mediante o emprego de técnicas de mediação (cf. BRAGA NETO, 2012), conseguiu evitar o ajuizamento de uma ação que, possivelmente, poderia ser muito mais prejudicial (custosa e demorada) para os envolvidos. Segundo as dirigentes da escola, essa forma de tratar o conflito apresentou um aspecto educativo, propondo modificação de comportamentos e restabelecendo as condições para a convivência pacífica entre as estudantes, sem necessidade de providências mais severas. Essas são algumas das características da mediação, enaltecidas por autores como Warat (2004-2011), Azevedo (2012) e Vezulla (2013).

Contudo, em contato com estudantes de ensino médio que participam como Jovens Talentos em

nosso grupo de pesquisa em Petrópolis, RJ, percebemos que as iniciativas que envolvem a abordagem e tratamento do conflito em sede escolar, antes de se tornarem ações judiciais, é algo raro. Geralmente, talvez por falta de treinamento/capacitação adequada para esse tipo de intervenção, a conduta da escola e seus dirigentes se aproxima mais com se fossem expectadores, não enxergando, a si próprios, como administradores ou solucionadores de conflitos. Evita-se o enfrentamento e, até mesmo, a visibilidade do conflito (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017). Como, por exemplo: alegar que conflitos não ocorrem entre os seus estudantes, ou delegar o tratamento desses conflitos a outras entidades, como o Conselho Tutelar e a Ronda Escolar, ligada à guarda municipal (no caso de Petrópolis, RJ).

Ao ser entrevistada por uma de nossas alunas a diretora de uma escola particular da cidade informou que deveríamos ir a outra escola, preferencialmente uma escola pública, já que naquela escola que ela dirige "não tem essas coisas de conflito não" (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

Por outro lado, uma diretora de escola pública revelou não saber muito bem como lidar com casos de conflitos surgidos na escola. Isso depende, um pouco, do que se trata. Por exemplo, em casos de furto de celulares – os quais, segundo relatos, hoje são comuns – geralmente um trabalho de conversa, de convencimento, feito pelas professoras, traz bom resultado com a devolução do aparelho – segundo nossa entrevistada. Mas há outros casos, principalmente incluindo "alunos problema" (categoria que apareceu no trabalho de campo) em que a solução costuma ser o encaminhamento do caso ao conselho tutelar (FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

A diretora deixou transparecer que não recebe formação e não está preparada para a resolução de conflitos na escola. Parecer ter receio das conseqüências prejudiciais para a sua carreira, caso venha a interferir de forma equivocada em uma conflito, preferindo uma postura mais passiva, em muitos casos.

Mendonça Pinto (2014, p. 94) em etnografia que incluiu observações em escolas de Seropédica-RJ, também percebeu uma ausência de instâncias escolares para resolução de conflitos, que inclusive apareceu na fala de alguns estudantes entrevistados:

> Não há (interferência da escola), na verdade, quando isso acontece, aconteceu "morreu" ali ou até mesmo não *morreu*, fica aquele professor olhando de rabo de olho" pro aluno, ninguém interfere não, nenhum tipo de aluno – rapaz do 1º ano
>
> Não, eles nem ficam sabendo, como na maioria dos casos – moça, 2º ano.

Por outro lado, os números e a diversidade, de conflitos no espaço escolar, têm se mostrado muito significativos. Leitura preliminar realizada a esse respeito demonstrou um dado interessante: tem se tornado cada vez mais comum, no Brasil, que conflitos corriqueiros entre estudantes, mesmo de pouca idade, formem uma espiral, tornando-se muito graves, envolvendo agressões físicas e outras violações de direitos que, não raro, chegam às barras do judiciário. Aguinsky, Silva e Pacheco (2015) observaram que

> Ao mesmo tempo em que se propaga o alarde sobre o agravamento de crimes praticados por adolescentes, alinhados aos reclames pela redução da idade penal, verifica-se a ampliação da judicialização de conflitos que envolvem situações de baixo potencial ofensivo, como conflitos nas escolas, que não raro podem resultar na imposição de medidas socioeducativas.

As mesmas autoras explicam que em se tratando do fenômeno da judicialização de conflitos escolares, nem sempre a dimensão educativa irá prevalecer, havendo ainda que se levar em consideração a exposição dos adolescentes a constrangimentos e violências institucionais decorrentes de uma eventual inserção no Sistema de Justiça e Segurança. Elas anotam que os conflitos escolares adentram o Sistema de Justiça Juvenil, e o seu tratamento exigiria "a articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no que se inclui Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Poder Executivo Municipal, Escolas e Conselhos de Direito e demais políticas públicas".

A despeito dessas percepções, as observações e entrevistas feitas até o momento, sobretudo dentro do município de Petrópolis-RJ, sugerem que, em geral, a mediação ou outros métodos de intervenção consensual dos conflitos não são identificados pelos atores do campo como uma via que possa ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Pelo contrário, na maioria dos casos examinados optou-

se por submeter o conflito diretamente ao sistema de justiça, muitas vezes por meio do acionamento da autoridade policial. Ou da Guarda Municipal, responsável pelo serviço denominado "Ronda Escolar". Não foi observado ser comum, nesses casos examinados, ocorrer uma tentativa de composição amigável anterior, ainda em sede escolar.

Pode-se inferir, assim, que a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse, por ser algo recente e por estar se voltando com especial interesse para as questões judiciais (veja o texto do CPC em vigor, e a Resolução 125 do CNJ, de iniciativa do Poder Judiciário), ainda tem um largo campo inexplorado no tocante à utilização da mediação extrajudicial, que pode ter lugar em diferentes espaços: nos escritórios dos advogados, nas associações de bairros, nos condomínios, nas agremiações – e em especial, no caso deste *paper*, nas escolas. Essa seria, ao nosso sentir, um desdobramento necessário dessa política pública.

4 EDUCAR PARA UMA CULTURA DE MEDIAÇÃO?

Autores como Warat (2004) e Vezzulla (2013) ressaltam o potencial educativo e transformativo da mediação. Para esses autores, a formação para a mediação, ou antes, a prática da mediação, é capaz de exercitar a alteridade e preparar as pessoas para viverem melhor com os outros.

Para Bentes e Monnerat (2017), o sentido de mediação delineado por Warat compreende a forma de resolução dos conflitos através do consenso alcançado entre as partes envolvidas, o que levaria a formação de cidadãos verdadeiramente comprometidos com os direitos humanos e com o ideal de construção de uma sociedade justa e fraterna, na medida em que as partes conflitantes chegariam a reconhecer a outra parte e os seus direitos correspondentes. A concepção de mediação não se limitaria, assim, à composição dos conflitos, peculiar da esfera extrajudicial, mas se expandiria por todas as situações caracterizadas pela extrema vulnerabilidade social, que exigem a intermediação e ações efetivas na direção de facilitar o acesso das pessoas fragilizadas aos órgãos competentes para a promoção dos direitos humanos e do exercício da cidadania.

Nessa medida, trabalhar com mediação de conflitos da escola poderia produzir resultados em duas vertentes: tanto na oferta de meio mais adequado para tratar dos conflitos surgidos no espaço escolar, como na preparação de pessoas preparadas para promover o consenso. Tudo de forma consentânea com a política pública que nos interessa, neste *paper.*

Não obstante, alguns autores vêm levantando questionamentos sobre a efetividade dos meios consensuais, como a mediação e a conciliação, como formas institucionalizadas de administração de conflitos no Brasil, já que parece existir grande dificuldade na sua assimilação, no plano empírico. Tal dificuldade, ou mesmo indiferença, parece existir tanto na escola como em outros espaços, alguns deles no próprio Poder Judiciário.

Por exemplo, pesquisa de campo conduzida no Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2013 constatou dificuldades nas primeiras experiências com o emprego da mediação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio (FILPO, 2016). Uma das dificuldades identificadas foi a pequena adesão dos juízes à mediação, pois muitos acreditavam que não surtiria efeitos concretos e poderia acabar alongando demasiadamente o processo. Os defensores da mediação, por sua vez, argumentavam que essa percepção era devida ao desconhecimento generalizado sobre as práticas mediativas, o que poderia ser superado com o passar do tempo, por meio de atividades de divulgação (das qualidades atribuídas à mediação) e capacitação (de profissionais para implementá-la e difundi-la).

Nicácio (2012, p. 57), por sua vez, relata experiências vivenciadas no Brasil e na França, onde foram disponibilizados serviços de mediação em diferentes espaços, sendo mais tarde verificado que essas iniciativas não contaram com a adesão da população como esperavam os seus entusiastas. Essa autora (NICÁCIO, 2012, p. 57), após refletir sobre essa questão e lançando mão da obra de pesquisadores franceses, formulou uma possível explicação para esse fenômeno, sustentando que

> a) tais experiências [com a mediação] não intervêm suficientemente cedo no processo de desenvolvimento, apreensão e consciência jurídica de cada cidadão, mas somente quando suas concepções sobre direito ou justiça já se encontram extremamente consolidadas e por isso difíceis de serem alteradas e que
>
> b), consequentemente, uma mudança substantiva em determinada cultura jurídica implica trabalhar os pilares da socialização jurídica dos indivíduos desde a mais tenra infância ou por meio de organizações comunitárias que tenham legitimidade para conduzir discussões e cursos com e para moradores do local.

Tomando como uma hipótese essa dificuldade de absorção, por motivos culturais, e colocando-a em outros termos, pode-se supor que as iniciativas voltadas para o emprego da mediação, como alternativa à prestação jurisdicional convencional, tendem a ser mais bem sucedidas quando os usuários são familiarizados com esse método desde bastante jovens (em contato com experiências levadas a efeito na escola e na comunidade). Quando isso não acontece, a dificuldade é maior, pois a concepção que cada um tem sobre o direito e a justiça não são tão fáceis de modificar. Aparentemente se trata de um processo que demanda tempo e a conjugação de outros fatores para além da lei. Estamos nos referindo à cultura.

Segundo uma teoria antropológica bastante disseminada, a cultura é algo vivo, dinâmico, pode se modificar com o passar do tempo. Laraia (2006, p. 98-99), em um texto bastante esclarecedor sobre as formas "como opera a cultura", fornece alguns exemplos simples e interessantes a respeito das mudanças culturais a que qualquer sociedade está sempre sujeita.

> Deixaremos de lado as mudanças mais espetaculares, como as decorrentes de uma revolução política – como a francesa ou soviética; as resultantes de uma inovação científica – como as consequências da invenção do avião ou da pílula anticoncepcional para, num exercício didático, discorrermos mais sobre as que agem lentamente sobre os nossos hábitos culturais. É necessário, porém, lembrar sempre que ambas pertencem a um mesmo tipo de fenômeno, vinculadas que são ao caráter dinâmico da cultura. Comecemos pela descrição de um tipo carioca, feita por Machado de Assis, em Dom Casmurro: "E vimos passar com suas calças brancas engomadas, presilhas, rodaques e gravata de mola. Foi dos últimos que usaram presilhas no Rio de Janeiro, e talvez neste mundo. Trazia as calças curtas para que lhe ficassem bem esticadas. A gravata de cetim preto, com um arco de aço por dentro, imobilizava-lhe o pescoço; era então a moda. O rodaque de chita, veste caseira e leve, parecia nele uma casaca de cerimônia." Não há dúvida que as vestimentas masculinas mudaram muito, nestes últimos 100 anos, na cidade do Rio de Janeiro. Muitas outras mudanças sucederam as descritas por Machado de Assis, passando pelas pesadas vestimentas de casimira preta do início do século, até o modo informal de vestir dos dias de hoje. São mudanças como essas que comprovam de uma maneira mais evidente o caráter dinâmico da cultura.

Esse interessante relato nos leva a concluir que mudanças sensíveis no que diz respeito às formas preferenciais para a administração de conflitos demandam tempo, assim como, na teoria antropológica acima referida, a forma de vestir modificou-se e continua se modificando com o passar dos anos. A comparação é válida, já que o direito é um saber local, intrinsecamente ligado à cultura de cada povo (GEERTZ, 2009), tanto quanto a forma de vestir; as crenças compartilhadas; determinados rituais e hábitos alimentares; dentre outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na experiência brasileira a medição somente há pouco tempo vem sendo disponibilizada à sociedade, tendo como marco mais relevante a Resolução 125/2010 do CNJ, que instituiu os Tribunais como polos difusores das soluções consensuais dos conflitos de interesse. Trata-se, portanto, de uma Política Pública disparada, no Brasil, por iniciativa do Poder Judiciário.

Posteriormente, iniciativas análogas foram observadas no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). São diplomas normativos que ainda dependem de serem testados ao máximo das suas respectivas potencialidades, no campo da solução consensual de conflitos, mas que

refletem uma tomada de posição do legislador: soluções consensuais podem ser buscadas, em muitos casos, como alternativas ao modelo judiciário de administração de conflitos.

A prevalecer a tendência descrita no presente texto, é bem provável que os esforços empreendidos pelo legislador não sejam suficientes para garantir, imediatamente, o predomínio das soluções consensuais como meios preferenciais para a solução de conflitos no Brasil, quer em sede judicial, quer em espaços extrajudiciais (a escola seria um deles). Ou mesmo para modificar comportamentos e sentimentos sobre o direito e o Poder Judiciário. Isso demanda tempo e a socialização em outros modos de administração de conflitos.

A pesquisa em curso vem apontado que a escola não parece ter sido eleita como um espaço preferencial para o tratamento dos conflitos que surgem dentro ou a partir dela, nem há notícia de programas de capacitação de mediadores escolares em larga escala, até o momento. A escola não parece reconhecer-se no papel de solucionadora de conflitos, ou de formadora de pessoas preparadas para operar as soluções consensuais de conflitos.

Tal panorama parece gerar duas consequências: em primeiro lugar, a inexistência de uma instância escolar de administração de pequenos conflitos cria uma lacuna que tem como efeito o encaminhamento dos mesmos para o sistema de justiça (Conselho Tutelar, Delegacias, Guarda Municipal, Poder Judiciário), quando sua natureza e características talvez não o justificassem. Isso pode trazer consequências desnecessárias para os jovens e suas famílias, além de contribuir para assoberbar o sistema de Justiça. Em segundo lugar, a escola perde a oportunidade de contribuir para a formação de estudantes para vivenciarem e, oportunamente, poderem operar como mais sucesso as formas consensuais de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SILVA, Gabriela Machado da; PACHECO, Cássia Linhares; ÁVILA, Lisélen de Freitas. **Judicialização dos Conflitos Escolares: desafios para a materialização dos princípios do SINASE.** Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014 /assets/21.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2015.

ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de. **Bullying na perspectiva da disciplina escolar e dos direitos da criança e do adolescente.** Participação em Debate. Fórum Permanente de Direito Educacional. 2011.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.

BENTES, Hilda Helena Soares Bentes; MONNERAT, Diego Machado. **O ofício do mediador na perspectiva controversial**: a arte de construir a autonomia e o sujeito de direito. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos, v. 5, n. 1, p. 149-166, jan./jun., 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos**: Conceito e Técnicas. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em <http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/legislacao>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. **Lei nº 13.105/2015** – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. **Lei nº 13.140/2015** - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial**: Discursos e Práticas. Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.

_____; SAMPAIO, Beatriz Magrani; PEREIRA, Laura Macedo Diniz Marques. **Estudo de Casos de Judicialização e Mediação de Conflitos Escolares no Município de Petrópolis**, Rio de Janeiro. 2017. Artigo incluído nos anais do

V Encontro Nacional sobre o Ensino de Sociologia Básica –ENESEB, UnB, Brasília, DF. Disponível em < http://www.aconteceeventos.com.br/Anais%20ENESEB/resumos/PPT-eposter-trab-aceito-0175-1.pdf>. Acesso em 01 mai. 2018.

GIANEZINI, Kelly; *et al.* **Políticas Públicas**: definições, processos e constructos no século XXI. Revista de Políticas Públicas. v. 21, n. 2 (2017). Disponível em: < http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/8262>. Acesso em 07 mai. 2018.

GROSSI, Patrícia Krieger; AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SANTOS, Andréia Mendes dos. **Justiça Restaurativa nas escolas de Porto Alegre**: desafios e perspectivas. Disponível em <http://justica21.org.br/arquivos/bib_272.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2015.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental**: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARTÍN, Nuria Belloso. **A Mediação**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Mediação e Conciliação no Judiciário**: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.

MENDONÇA PINTO, Nalayne. **Juventude, conflitos e consensos**: estudo de caso em duas escolas. In: GUEDES, Simoni Lahud; CIPINIUK, Tatiana Arnaud (Orgs.). Abordagens Etnográficas sobre Educação. Rio de Janeiro: Alternativa e FAPERJ, 2014, pp. 83-96.

NICÁCIO, Camila Silva. **A Mediação Frente à Reconfiguração do Ensino e da Prática do Direito**: Desafios e Impasses à Socialização Jurídica. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sérgio de Souza. **Mediação e Educação em Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. **A conciliação nas ações fazendárias**: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.

SIMIÃO, Daniel, et al. **Sentidos de justiça e reconhecimento em formas extrajudiciais de resolução de conflitos em Belo Horizonte**. In: Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada. KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin. (Orgs.). Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

TEIXEIRA, Gustavo. **Manual Antibullying para Pais, Alunos e Professores**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.

VEZULLA, Juan Carlos. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana**. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org.). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-93.

WARAT, Luis Alberto. In: MEZZAROBA, Orides et. al. **Surfando na Pororoca**: ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.

_____. **Pensemos Algo Diferente em Matéria de Mediação**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

ECODESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS REDISTRIBUTIVAS E JUSTIÇA SOCIAL: PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-E EM SANTA CATARINA

Andreza da Cruz (UNESC/UNISUL) andrezadacruz@yahoo.com.br

Miguelangelo Gianezini (UNESC) mgianezini@outlook.com

RESUMO: A preocupação com a qualidade ambiental do planeta, bem como a evolução da sociedade e a maneira como esta se utiliza dos recursos naturais, é motivo de discussão e estudo em diversos níveis educacionais, organizacionais e governamentais. Assim, os propalados impactos das mudanças climáticas têm demandado de governos, universidades, empresas e ONG's, propostas de soluções para os atuais problemas ambientais. Tais questões ganharam, nos últimos anos, maior abrangência tanto nos países desenvolvidos, como nos em desenvolvimento (incluindo-se o Brasil), onde os problemas ambientais têm reflexos na população, com destaque para os grupos em maior vulnerabilidade socioeconômica. No Brasil, há Estados-membros que já implementaram políticas públicas utilizando-se de critérios ecológicos na distribuição da arrecadação do ICMS, com base na necessidade ambiental de cada ente, já que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Contudo, há a questão dos municípios que cedem parte de seu território à proteção ambiental, deixando de produzir bens e consequentemente diminuindo sua parcela de restituição de tributo, como é o caso do ICMS. Por conseguinte, a legislação permite que parte da arrecadação deste tributo seja alocada conforme disposição dos estados. Assim os mesmos podem se utilizar de instrumentos de políticas públicas tributário-ambientais, como o ICMS Ecológico (ICMS-E), adotando o critério ecológico na restituição das receitas devidas aos municípios. Observando que vários estados brasileiros já implementaram o ICMS-E, e que no estado de Santa Catarina (SC), tal implementação não ocorreu, questiona-se: Quais as principais ações e agentes envolvidos na proposta de implantação do ICMS-E em SC? Por que o mesmo ainda não foi implementado? E, considerando a sua não obrigatoriedade, quais as perspectivas positivas (avanços) e negativas (retrocessos e limitações) deste processo? Assim, a pesquisa teve por objetivo compreender o projeto a proposta de e implantação do ICMS-E no estado e avaliar as perspectivas de sua implementação.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Desenvolvimento Socioeconômico. Políticas Públicas Tributário-Ambientais.

ABSTRACT: The concern with the environmental quality of the planet, as well as the evolution of society and the way it uses natural resources, is a reason for discussion and study at various educational, organizational and governmental levels. Thus, the impacts of climate change have demanded of governments, universities, corporations and NGOs, proposals for solutions to current environmental problems. These problems have gained, in recent years, greater prominence in both developed and developing countries (including Brazil), where environmental problems have reflexes in the population, highlighting the groups in greater vulnerability Socioeconomic. In Brazil, there are States that have already implemented public policies using ecological criteria in the distribution of ICMS tax collection, based on the environmental need of each entity, since the ecologically balanced environment is a fundamental right recognized by the Federal Constitution of 1988. However, there is the issue of municipalities that give up part of their territory to environmental protection, failing to produce goods and consequently decreasing their portion of tax refunds, as is the case of ICMS. Consequently, the legislation allows part of the collection of this tax to be allocated according to the states' disposition. Thus, they can be used as instruments of public tax-environmental policies, such as the Ecological ICMS (ICMS-E), adopting the ecological criterion in the restitution of revenues due to municipalities. Noting that several Brazilian states have already implemented the ICMS-E, and that in the state of Santa Catarina (SC), such implementation has not occurred, we ask: What are the main actions and agents involved in the

proposed ICMS-E implementation in SC? Why has not it been implemented yet? And, considering its non-obligatory, what are the positive (advances) and negative (limitations) perspectives of this process? Thus, the objective of the research was to understand the ICMS-E project in the state and evaluate the prospects for its implementation.

Keywords: Environment. Socioeconomic Development. Tax-Environmental Public Policies.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a qualidade ambiental do planeta, bem como a evolução da sociedade e a maneira como esta se utiliza dos recursos naturais, é motivo de discussão e estudo em diversos níveis educacionais, organizacionais e governamentais. Assim, os propalados impactos das mudanças climáticas têm demandado de governos, universidades, empresas e ONG's, propostas de soluções para os atuais problemas ambientais (GIANEZINI, M. et al, 2012). Tais questões ganharam, nos últimos anos, maior abrangência tanto nos países desenvolvidos, como nos em desenvolvimento (incluindo-se o Brasil), onde os problemas ambientais têm reflexos na população, com destaque para os grupos em maior vulnerabilidade socioeconômica.

No cenário brasileiro, observando a cronologia da legislação ambiental, em 1965, foi aprovada pelo Senado Federal a Emenda Constitucional nº 18 que, por conseguinte, foi incorporada à Constituição Federal de 1967. Com eficácia de Lei Complementar, tal dispositivo tratava da Reforma do Sistema Tributário, que seria então a gênese do Código Tributário Nacional (CTN). Foi na referida Emenda Constitucional que nasceu o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) e em 1988, com a atual Constituição Federal, foram incorporadas novas bases de incidências, passando chamar Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

O ICMS é, portanto, um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, regulamentado pelo artigo 155 da Constituição Federal. O artigo 158 da Carta Magna, trata sobre a repartição das receitas tributárias advindas deste imposto, onde 25% do montante arrecadado deve ser distribuído aos seus municípios, conforme critérios constitucionais. Deste montante, (25%) divide-se em duas parcelas: 75% do valor adicionado fiscal[1] (VAF) nas operações que incidem ICMS em seus territórios e restante (25%) conforme dispuser a lei estadual (BRASIL, 1988). Em Santa Catarina, com a Lei nº 8.203, de 26 de dezembro de 1990, estabeleceu-se que 85% do ICMS que pertencem aos municípios deve ser dividido conforme o VAF e 15% em partes iguais a cada um dos municípios (SANTA CATARINA, 1990).

Percebe-se que a repartição estipulada pela legislação privilegia os municípios com maior desenvolvimento econômico, os mais industrializados que têm maior capacidade de gerar o imposto em análise. Porém, é na autonomia do Estado em utilizar parte do recurso conforme lhe convier, que aparece o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação Ecológico (ICMS-E)[2]. Trata-se de uma política pública tributário-ambiental, que estimula a preservação e conservação do meio ambiente, buscando a construção de um novo modelo de desenvolvimento sustentável para os municípios, que garantam melhor distribuição dos recursos e justiça social.

1.1 BREVE PROBLEMATIZAÇÃO E REFERENCIAL

Foi no século XX que iniciaram diversos movimentos na busca de conscientização ambiental por parte da sociedade e dos governos, como por exemplo, em nível mundial, em 1949, a Conferência Científica da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a Conservação e Utilização de Recursos e, em

[1] O cálculo do valor adicionado fiscal que corresponde aos Municípios, encontra-se expresso na Lei Complementar nº 63/1990, no artigo 3º, § 1º, I. "[...] ao valor das mercadorias de saída, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil" (BRASIL, 1990).

[2] Durante a pesquisa bibliográfica e documental, deparou-se com a sigla grafada de duas formas: "ICMS-E" e "ICMS-e". Neste estudo, optou-se pelo uso da mesma em caixa alta.

1968, a Conferência sobre Biosfera, realizada em Paris. A publicação do Relatório Limites do Crescimento, elaborado pelo Clube de Roma[3] e a Conferência de Estocolmo em 1972 buscaram conscientizar os países sobre a necessidade de exploração sustentável dos recursos naturais. Em 1987, um relatório foi elaborado pela Comissão Mundial para o Desenvolvimento e Meio Ambiente (CMDM), o Relatório *Brundtlandt* ou *Our common future* (Nosso futuro comum), onde foi apresentada a definição de Desenvolvimento Sustentável,[4] colocando a temática na agenda política internacional (BARBIERI, 2011).

Em 1992, foi realizada, no Rio de Janeiro, a II Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), esta conferência foi o marco para as discussões sobre gestão ambiental em nível global. A Rio 92 seria a reafirmação da Declaração da Conferência de Estocolmo e a partir dela o conceito de desenvolvimento sustentável foi disseminado pelo mundo. No final daquela década, em 1997, outro evento importante que ocorreu foi o Protocolo de Quioto,[5] que tinha por objetivo diminuir entre os anos de 2008 e 2012 em média 5% as emissões de gases que provocam efeito estufa na atmosfera em relação aos níveis de 1990 (BRASIL, 1997).

Estas demandas guiaram muitas ações em diversos países, que estabeleceram políticas e programas voltados a essa questão. Contudo, o desafio maior reside nos países em desenvolvimento com diversidades regionais, como é o caso do Brasil, onde a inter-relação entre as esferas de organização administrativa federal, estadual e municipal ocorre por meio do cumprimento de direitos e deveres constantes na legislação e nas políticas públicas e sociais.

Ademais, ressalta-se que o Brasil possui 26 estados e um Distrito Federal, sendo que destes, há dezesseis estados que já implementaram o ICMS-E. Todavia, a Lei que disciplina o ICMS em cada estado é autônoma, conforme competência outorgada pela Constituição Federal (Art. 155, II), assim possibilita os entes a criar critérios conforme suas necessidades. Em 2003, no estado de Santa Catarina foi proposto o Projeto de Lei Complementar nº 010 que tratava dos critérios de distribuição da parcela de receita do ICMS pertencente aos municípios, porém este projeto não está mais em andamento (ICMS ECOLÓGICO, 2017).[6]

Com base em dados do Conselho Nacional de Política Fazendária em dezembro de 2017, o total geral da receita tributária do Estado foi de R$ 1.907.055.487,00 e que deste montante R$ 1.766.484,217,00 foram o total de arrecadação do ICMS, o que perfaz um percentual de 92,63%, confirmando ser o tributo de maior importância (CONFAZ, 2018). Estes dados e informações contribuem para compreensão de que os recursos não devem ter, apenas, o caráter arrecadatório, reforçando o entendimento de sua utilização na geração de benefícios socioambientais. E, este novo olhar traduz a necessidade de outra postura da sociedade em relação ao meio ambiente, harmonizando o binômio desenvolvimento e sustentabilidade.

Em alguns municípios, existem limitação quanto ao uso de seu território por haver locais que são protegidos ambientalmente, tornando estes municípios pouco produtivos e com isso sua participação na redistribuição do imposto será menor do que os municípios com menor área de conservação e maior atividade industrial, carecendo assim de políticas – como a que foi o objeto deste estudo – para modificar esta realidade. Neste ponto, por entender que a legislação é meio e não fim, observa-se uma lacuna a qual este trabalho pretendeu preencher, qual seja, a de estudos empíricos acerca das políticas públicas tributário-ambientais cujas propostas estejam alinhadas ou não com os princípios do ecodesenvolvimentismo e da justiça social.

[3] O Clube de Roma foi fundado em 1966 pelo industrial italiano Aurélio Peccei e pelo cientista escocês Alexander King, reunindo um grupo de pessoas para debater assuntos relacionados a política, economia internacional, dando ênfase ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável (ALVES e ALBUQUERQUE, 2016).

[4] Conforme o Relatório, a humanidade tem a capacidade e habilidade de promover o desenvolvimento de forma sustentável, assegurando o atendimento das necessidades presentes sem comprometer a capacidade das futuras gerações de suprir as suas. Do original em inglês: *"Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs"* (BRUNDTLAND, 1987, p. 24 – tradução livre).

[5] O Protocolo de Quioto constitui um tratado complementar à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima, definindo metas de redução de emissões para os países desenvolvidos e os que, à época, apresentavam economia em transição para o capitalismo, considerados os responsáveis históricos pela mudança atual do clima (BRASIL, 1997).

[6] Aqui, cabe esclarecer que houve outro Projeto de Lei Complementar (n. 375/2011) idealizado na mesma perspectiva do ICMS-E. No entanto, tal Projeto não foi discutido na Assembleia Legislativa de SC, pois sequer chegou ser aprovado na CCJ. Deste modo, o mesmo consta em trechos do estudo (uma vez que foi mencionado por alguns dos entrevistados), mas não foi objeto deste estudo.

Observando a condição catarinense neste contexto, o estudo propôs alguns questionamentos, a saber: quais as principais ações e agentes envolvidos na proposta de implantação do ICMS-E em Santa Catarina? Por que o mesmo ainda não foi implementado? E, considerando a sua não obrigatoriedade, quais as perspectivas positivas (avanços) e negativas (retrocessos e limitações) deste processo?

Para responder a estas questões foram estabelecidos objetivos voltados à compreensão da proposta de implantação do ICMS-E no estado de Santa Catarina (SC) e avaliação das perspectivas para a sua implementação, incluindo-se aqui: promover um levantamento das características dos modelos de estados que já implementaram o ICMS-E; compilar os requisitos e as informações relacionadas às ações de implantação do ICMS-E em SC junto aos órgãos competentes e associações; averiguar os avanços e retrocessos no processo de implantação desta política governamental; e analisar os argumentos para implementação ou não do ICMS-E em SC.

Diante deste contexto, foi proposto este estudo acerca da implantação do ICMS-E em SC evidenciando, em perspectiva, as contribuições do ecodesenvolvimentismo em Sachs (1993; 1994; 1995; 2009; 2012) e das possibilidades das políticas públicas, adaptadas a partir de um rol de autores como Laswell (1936), Lowi (1972), Sabatier e Jenkins-Smith (1993), Ferreira (1998), Frey (2000), Souza (2006), Saraiva (2006), Schmidt (2008), Lukic (2012), Raeder (2014), Secchi (2015) e Gianezini et al (2017) – por meio da investigação das discussões e ações em consonância com a legislação do ICMS e quais práticas que estão sendo adotadas em relação ao ICMS-E no referido estado (SC).

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a consecução desta pesquisa pretendeu-se englobar um estudo *ex ante*, exploratório, aplicado e qualitativo. Há estudiosos das políticas públicas que propõem que as mesmas possam ser avaliadas como *ex post* ou *ex ante* (FERREIRA, 1998; FREY, 2000; SARAIVA, 2006; SOUZA, 2006; SCHMIDT, 2008; RAEDER, 2014; SECCHI 2015; GIANEZINI, K. et al, 2017). A opção aqui escolhida foi pela avaliação *ex ante*, com o fito de compreender e avaliar à decisão de implementar ou não o ICMS-E em SC. Destaca-se neste tipo de avaliação o diagnóstico (ou estudo da situação), quando se mapeiam as necessidades e são realizados estudos de factibilidade que orientarão a formulação de uma política ou programa.

Em complemento, Khandker, Koolwal e Samad (2010) explicam que se podem realizar estudos prospectivos (*ex ante*), com intuito de dimensionar os possíveis benefícios ou obstáculos de uma intervenção, simulando-se situações futuras (com e sem a implementação da política), e de se utilizar o modelo de análise estrutural que identifica os principais agentes envolvidos (indivíduos, comunidades, governos, dentre outros), suas interações e os diferentes contextos que influenciam os resultados do programa. Para os autores tais procedimentos colaboram com "o refinamento das ações antes mesmo da sua implementação, ao prever seus efeitos potenciais em diferentes ambientes" (KHANDKER; KOOLWAL; SAMAD, 2010, p. 3). Além das políticas públicas, a avaliação *ex ante* também é recorrente em uma de suas variantes, que são os projetos sociais (GIANEZINI, M., 2017), sendo realizada antes da execução do programa/projeto.[7]

Em relação aos objetivos, a pesquisa foi predominantemente exploratória, haja vista que até o presente momento não se constatou publicação de estudo específico sobre a política pública selecionada para a pesquisa em SC. Além disso, pode-se dizer que este tipo de pesquisa busca proporcionar maior familiaridade com o problema, tornando-o mais explícito e (re)conhecido no meio acadêmico/científico como objeto de estudo e pesquisa (SELLTIZ et al. 1967, p. 63).

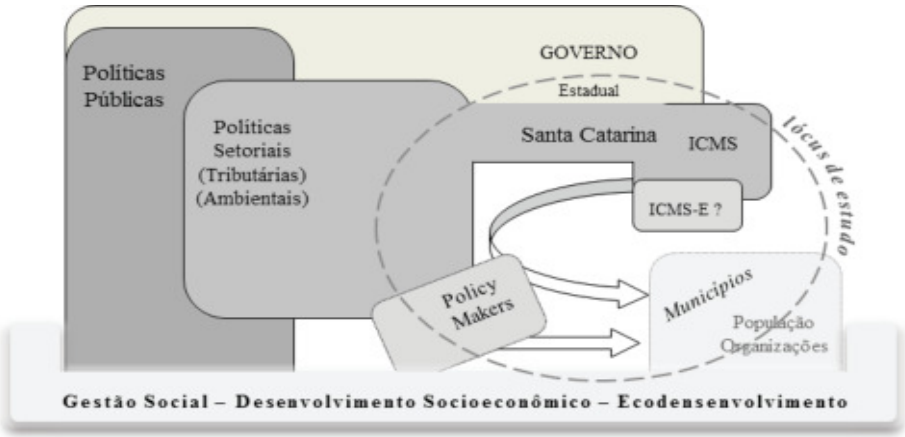
Por conseguinte, a pesquisa realizada teve abordagem qualitativa, apontada por Creswell (2010, p. 26) como "meio para explorar e para entender o significado que os indivíduos e grupos atribuem a um problema".

[7] Nestes casos, segundo Cohen e Franco (2007, p. 18), sua finalidade é "proporcionar critérios racionais para uma decisão qualitativa crucial: se o projeto deve ou não ser implementado. Também permite ordenar os projetos segundo sua eficiência para alcançar os objetivos perseguidos". Pode-se mencionar outras variantes e terminologias como a avaliação "marco zero" também encontradas na literatura, uma vez que "ocorrem antes da instalação de um determinado programa e servem para orientar a equipe responsável por ele no planejamento das ações, garantindo o máximo de proximidade às reais necessidades e expectativas dos futuros usuários" (CHIANCA; MARINO; SCHIESARI, 2001, p. 18).

Além disso a abordagem qualitativa permitiu analisar os dados indutivamente em "análise construída a partir de particularidades para temas gerais e interpretações feitas pelo pesquisador acerca do significado dos dados" (CRESWELL, 2010, p. 26).

Tal abordagem foi fundamental para o delineamento do Lócus de estudo, qual seja o estado de Santa Catarina, localizado no sul do Brasil, com um território de 95.737,895 km² (IBGE, 2017) e 295 municípios, população estimada de 6.910.553 e densidade demográfica de 65,29 hab./Km² (IBGE, 2017). Diante destes dados, foram coletados documentos e informações que auxiliaram a compor o referencial e parte dos resultados, incluindo a apresentação do ICMS-E, bem como, um *framework* ilustrativo, para melhor representação dos elementos do estudo, contribuindo para a delimitação da coleta e análise dos dados.

Figura 1. *Framework* representativo do estudo



Fonte: Adaptado de Gonçalves, Gianezini e Estevam (2018).

No *framework* observam-se as esferas governamentais, as políticas tributárias e ambientais como setoriais dentro do campo das políticas públicas, os atores, o recorte, objeto de estudo (ICMS-E) e o *lócus* catarinense, sendo todos estes elementos enquadrados na moldura do Desenvolvimento Socioeconômico e Gestão social, em diálogo com o Ecodesenvolvimento.

2.1 PROCEDIMENTOS DE COLETA E ANÁLISE DE DADOS

Preliminarmente, buscou-se subsídios para a compreensão da temática e referencial, a partir de estudo bibliográfico (que em parte já está publicado), pois se baseia em livros, periódicos científicos e *websites* que se entende terem sido relevantes ao trabalho. Nesse contexto, a pesquisa bibliográfica sistemática ocorreu em livros e artigos científicos disponíveis nas bases de dados *Scientific Electronic Library Online* (SciELO) e *Google Scholar*®, realizada no primeiro semestre de 2017, utilizando-se especialmente as seguintes palavras-chave em português: ecodesenvolvimento e ICMS-ecológico. *A posteriori*, entre os meses de agosto de 2017 e janeiro de 2018, houve uma segunda parte que abrangeu o estudo junto aos órgãos e agentes, valendo-se da técnica de levantamento e pesquisa documental (de gabinete e a campo), além, de entrevistas semiestruturadas com agentes envolvidos no processo de implantação da política (ICMS-E).

O contato, coleta de informações e entrevistas com os agentes envolvidos nas iniciativas em prol da implantação e implementação do ICMS-E em SC foram essenciais para alcançar os objetivos propostos. Inicialmente, o contato se deu com funcionários da Assembleia Legislativa de SC na busca por legislação e informações sobre o trâmite de votação do Projeto, como forma de compreender as variadas etapas até o seu arquivamento. Em um primeiro momento, houve a abordagem telefônica com um funcionário que disponibilizou via e-mail os arquivos relacionados aos projetos sobre o ICMS-E que por lá tramitaram, iniciando assim a pesquisa documental. Paralelamente, a pesquisa bibliográfica estava em fase de conclusão.

Colhidas tais informações, o passo seguinte foi o de identificação das pessoas para as entrevistas. A amostra caracterizou-se como autogerada tendo sido escolhidas aquelas que participaram ativamente na fase de elaboração e trâmite do Projeto de Lei Complementar nº 010/2003. Cabe ressaltar que, nesta seleção, foi detectado um outro Projeto sobre a mesma temática – Projeto de Lei Complementar nº 035.7/2011 – que nem mesmo chegou a ser discutido por apresentar "vício de origem"[8] e consequentemente reprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Entretanto, por opção desta pesquisa o deputado responsável pela propositura foi entrevistado, afinal, o objetivo de tal projeto era distinto do projeto inicial.

Por conseguinte, foram realizadas as demais entrevistas. Inicialmente com o deputado responsável pela elaboração do primeiro Projeto, em 2003, bem como seu assessor, que por deter maior conhecimento na área ambiental, foi quem coordenou todas as etapas. Foi entrevistada também, a funcionária da Fundação de Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente (FATMA), que à época da implantação desenvolvia tese de doutorado sobre ICMS-E. E por fim, a entrevista com o presidente da Federação Catarinense de Municípios (FECAM), no intuito de compreender a diversidade de percepções dos *policy makers* envolvidos na implementação. Cabe salientar que cada entrevista foi precedida de apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Assim, todas as informações prestadas pelos entrevistados foram utilizadas unicamente para a compreensão acerca do objeto de estudo, seguindo os questionamentos semiestruturados.

A seguir constam os perfis dos entrevistados, com seus respectivos cargos atuais e os cargos que ocupavam no período da implantação e tentativas de implementação da política estudada:

> **E1** – Prefeito; mestre em Geografia; na época assessor do deputado responsável pela propositura do Projeto de Lei Complementar nº 010/2003; **E2** – Empresário; 55 anos; graduação em Gestão Pública; na época deputado estadual, autor do Projeto de Projeto de Lei Complementar nº 010/2003; **E3** – Aposentada; 58 anos; Doutora em Engenharia Florestal; funcionária da Fundação de Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente (FATMA) na época em que ocorreu a elaboração do Projeto; **E4** – Deputado, 47 anos; Graduação em Jornalismo; na época autor do projeto de Projeto de Lei Complementar nº 035.7/2011; e **E5** – Funcionário Público; 57 anos; Graduação em Ciência da Computação e Administração de Empresas; presidente da Federação Catarinense de Municípios (FECAM) na época em que ocorreu a propositura do Projeto de Lei Complementar nº 010/2003.

A coleta a campo contemplou dados primários e secundários. A coleta de dados secundários ocorreu em documentos oficiais e publicações fornecidas pelos agentes (ou solicitadas) nos órgãos/instituições visitadas. E, como já mencionado, os dados primários foram obtidos por meio de entrevistas, realizadas nos locais previamente escolhidos, observando roteiro estabelecido em questionário semiestruturado.

Vale destacar que as entrevistas foram realizadas no segundo semestre de 2017 e início de 2018, nas cidades de Braço do Norte, Florianópolis e Araranguá. Considerando a distância, duas das entrevistas foram realizadas com auxílio do *software Microsoft Skype*™. As entrevistas foram gravadas e transcritas, sendo posteriormente encaminhado para o e-mail de cada entrevistado para a aprovação do conteúdo, retornando o texto devidamente revisado e autorizado a sua publicação.

As entrevistas e documentos foram analisados, sendo então conduzida a extração de excertos que corroboraram na resposta ao problema e consecução dos objetivos propostos. Foram transcritos trechos das entrevistas compilados de acordo com categorias e confrontados com o referencial teórico para a discussão. Aqui cabe mencionar o caráter indutivo do estudo e como tal, a partir de seus achados emergiram as categorias de análise ligadas ao referencial.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados apresentados nesta seção são referentes a pesquisa bibliográfica e documental, bem como as entrevistas realizadas com os agentes envolvidos no processo.

[8] O vício de origem apresentado neste projeto foi que a iniciativa deveria partir do poder Executivo, conforme preceitua a Constituição Estadual de SC e neste caso foi proposto pelo poder Legislativo, sendo assim rejeitado pelo CCJ.

3.1 ESTADOS QUE JÁ IMPLEMENTARAM O ICMS-E E A INICIATIVA CATARINENSE

O primeiro objetivo proposto, foi o de promover um levantamento dos estados que já implementaram o ICMS-E, a fim de compreender quais critérios de distribuição deste imposto foram utilizados por eles (onde e de que forma), quais porcentagens direcionadas a cada critério (quanto), bem como identificar o marco legal (como) e a data de implementação (ano). Os resultados do levantamento estão sintetizados no Quadro 1.

Quadro 1. Estados que já implementaram o ICMS Ecológico no Brasil

Estados	Ano	Legislação instituidora e suas alterações	% de restituição do ICMS arrecadado	Critérios de repartição
Paraná (PR)	1990	Lei n.º 9.491, de 21 de dezembro de 1990; Lei Complementar n.º 59, de 1 de outubro de 1991; Lei Complementar n.º 67, de 8 de janeiro de 1993; Decreto n.º 2.791, de 27 de dezembro de 1996; Decreto n.º 3.446, de 14 de agosto de 1997 e Decreto n.º 1.529, de 2 de outubro de 2007	5%	- Áreas protegidas; - Mananciais de abastecimento.
Mato Grosso do Sul (MS)	1991	Lei Complementar n.º 057, de 4 de janeiro de 1991; L.C. n.º 077, de 7 de dezembro de 1994; Lei n.º 2.193, de 18 de dezembro de 2000; Lei n.º 2.259, de 9 de julho de 2001 e Decreto Lei n.º 10.478, de 31 de ago. de 2001	5%	- Terras indígenas homologadas; - Unidade de Conservação; - Plano de gestão (coleta seletiva e disposição final de resíduos sólidos).
São Paulo (SP)	1993	Lei n.º 8.510, de 29 de dezembro de 1993 e Lei n.º 12.810, de 21 de fevereiro de 2008	0,5%	- Unidades de Conservação.
Minas Gerais (MG)	1995	Lei n.º 12.040, de 28 de dezembro de 1995; Lei n.º 13.803, de 27 de dezembro de 2000 e Lei n.º 18.030, de 12 de janeiro de 2009	1,10%	- Índice de Saneamento Ambiental; - Índice de Conservação; - Percentual entre a área de ocorrência de mata seca em cada município e sua área total.
Rondônia (RO)	1996	Lei Complementar n.º 147, de 15 de janeiro de 1996 e Decreto n.º 11.908, de 12 de dezembro de 2005	5%	- Unidades de conservação.
Amapá (AP)		Lei n.º 322, de 23 de dezembro de 1996	1,4%	- Unidades de Conservação.
Rio Grande do Sul (RS)	1997	Lei n.º 11.038, de 14 de novembro de 1997	7%	- Unidades de Conservação.
Mato Grosso (MT)	2000	Lei Complementar n.º 73, de 7 de dezembro de 2000; Decreto n. º 2.758, de 16 de julho de 2001 e Lei Complementar n. º 157, de 20 de janeiro de 2004.	7%	- Unidades de Conservação; - Territórios Indígenas; - Saneamento Ambiental.
Acre (AC)	2004	Lei n.º 1.530, de 22 de janeiro de 2004; Decreto n.º 4.918, de 29 de dezembro de 2009 e Decr. n. º 5.053, de 19 de fev. de 2010	5%	- Unidades de Conservação; - Terras Indígenas.
Ceará (CE)	2007	Lei n.º 14.023, de 17 de dezembro de 2007; Decreto n. º 29.306, de 5 de junho de 2008 e Decreto n. º 29.881, de 31 de agosto de 2009	25%	- Educação (18%); - Saúde (5%); - Meio Ambiente (2%)

Pernam-buco (PE)	2000	Lei n.º 11.899, de 21 de dezembro de 2000; Lei n.º 12.206, de 20 de maio de 2002; Lei n.º 12.432, de 29 de setembro de 2003; Decreto n.º 23.473, de 10 de agosto de 2001, Decreto n.º 25.574, 25 de junho de 2003 e Decreto n.º 26.030, de 15 de outubro de 2003	8%	- Unidades de Conservação; - Trat. ou destinação final de Res. Sólid. (Unid. de Comp ou de Aterro Sanitário); - Saúde; - Educação; - Receita Tributária Própria.
Tocantins (TO)	2002	Lei n.º 1.323, de 4 de abril de 2002 e Decreto n.º 1.666, de 26 de dezembro de 2002	13%	- Política Municipal de Meio Ambiente; - Unid. de Conserv. e Terras Indígenas; - Controle de Queimadas e Combate a Incêndios; - Conservação do Solo; - Saneamento Básico; Conserv. da Água, Coleta e Destinação do Lixo.
Rio de Janeiro (RJ)	2007	Lei n.º 5.100 de 4 de outubro de 2007 e Decreto n.º 41.844, de 4 de maio de 2009	2,5%	- Unidades de Conservação; - Qualidade da Água; -Administração dos Res. Sólidos.
Piauí (PI)	2008	Lei n.º 5.813, de 3 de dezembro de 2008 e Decreto n.º 14.348, de 13 de dezembro de 2010	5%	-Gestão de Resíduos Sólidos - Mananciais; - Redução do Desmatamento; -Identif. e minimiz. de Fontes de Poluição; - Unidades de Conservação.
Paraíba (PB)	2011	Lei n.º 9.600, de 21 de dezembro de 2011	10%	- Unidades de Conservação Públicas e/ou Privadas (5%); - Tratamento de, pelo menos, 50% do volume de Lixo Domiciliar (5%).
Goiás (GO)	2011	Lei Complementar n.º 90, de 22 de dezembro de 2011	5%	- Unidades de Conservação; - Mananciais Públicos.

Fonte: Elaboração própria.

Por meio da pesquisa documental foi possível identificar que dos 26 estados brasileiros (e o Distrito Federal), 16 já implementaram o ICMS-E após o ano de 1991 (ICMS ECOLÓGICO, 2018) e são utilizados diversos critérios de distribuição, levando em conta a realidade de cada um.

Figura 2. Estados que já implementaram o ICMS-E, 2018 (em verde).

Fonte: Elaboração própria.

Na compilação pode-se destacar a variação nos percentuais de restituição do ICMS arrecadado. O percentual mais baixo, de 0,5% está no estado de SP e o mais elevado encontra-se no estado do CE, totalizando 25%. O percentual de 5% foi o mais comum entre os estados do PR, de MS, de RO, do AC, do PI e de GO. Sobre os critérios de distribuição, embora o estado do CE tenha o maior percentual de restituição do ICMS-E, foi o único estado que não apresentou em seus critérios unidade de conservação, apenas consta como a destinação de 2% ao Meio Ambiente de modo geral. Todos os demais apresentam em seus critérios unidade de conservação. Ressalta-se a experiência dos estados de MS, de MT e do AC que em seus critérios apresentam as terras indígenas, bem como o TO que utilizou o controle de queimadas e o PI o critério desmatamento, reforçando assim, a utilização critérios conforme necessidade apresentada em cada território.

Por conseguinte, para complementar os resultados desta seção, também são apresentados trechos das entrevistas, nos quais os agentes entrevistados mencionam as experiências inicialmente consultadas como subsídio ou exemplo para o projeto catarinense. O estado de Santa Catarina buscou no início da discussão, mais precisamente na fase de elaboração do projeto, auxílio com outro estado (Mato Grosso), que já houvera implementado o ICMS-E. Entretanto, conforme informações prestadas por um dos entrevistados (E1), o modelo mato-grossense ia de encontro das necessidades de Santa Catarina.

> *[...] alguém orientou a gente ir ao Mato Grosso e por incrível que pareça nós fomos no pior modelo, no início, [...] eles tinham já uma lei que estava em prática, só que os critérios de distribuição eram complexos, então tinham vários quesitos de distribuição, tinha: território, unidade conservação, manancial, até estrada [...]. Eu não sei se eles continuam com esse mesmo projeto, mas de todos que havia naquela época e havia muitos eu não lembro agora quantos estados já tinham aderido, [...] já tinham essa lei, mas talvez este fosse o pior exemplo, ele era muito complexo, não sei nem se estavam colocando em prática* (E1).

Posteriormente, por ser um modelo inadequado para as necessidades que se apresentavam na época, a equipe procurou novas experiências em busca de implementar o projeto. Nesse momento descobriu-se o estado pioneiro do ICMS-E no Brasil. Trata-se do estado do Paraná.

> *[...]depois, quando a gente descobriu o do Paraná, já mudou um pouquinho de foco, se viu que o Paraná era muito mais centrado, era também um projeto mais enxuto e assim, não era tão conflituoso, porque era um projeto que atendia a necessidade dos municípios [...] e que havia só dois critérios, que seria unidade conservação e mananciais de abastecimento público, então pra nós, era aquilo que a gente precisava, não precisava tudo aquilo que tinha lá no projeto do Mato Grosso* (E1).

Observando as distintas experiências compiladas no quadro síntese, aliadas às declarações

mencionadas é possível compreender que a criação de um PL para implementar o ICMS-E nos estados, deve levar em consideração sua realidade e necessidade, seja ela social, econômica ou ambiental, não se valendo de modelos prontos aplicados a macro realidades distintas. Esta constatação, ainda que guarde obviedade, vai ao encontro do que assevera a proposta ecodesenvolvimentista de Sachs (2009b), em especial no que tange à necessidade de planejamento no nível micro. Ou seja, um planejamento local e preferencialmente participativo, envolvendo não apenas as autoridades locais, mas também comunidades e associações de cidadãos envolvidos na proteção das áreas.

Assim, tendo em conta a realidade de cada estado, cabe relembrar Souza (2006), para quem a formulação de políticas públicas requer envolvimento multidisciplinar, pois que seus resultados repercutirão em diversas áreas como economia, ciência política, gestão, antropologia, geografia, planejamento, sociologia, entre outras.

3.2 MOTIVAÇÕES, REQUISITOS E INFORMAÇÕES ACERCA DAS AÇÕES DE IMPLANTAÇÃO DO ICMS-E EM SANTA CATARINA

Apresenta-se as motivações que levaram a propositura do Projeto em análise. Cada entrevistado abordou de maneira distinta suas intenções. O idealizador do Projeto original, aqui identificado como E2 (à época era deputado estadual, autor do Projeto de Projeto de Lei Complementar nº 010/2003), explica suas motivações:

> *Quando nós definimos um planejamento para o mandato, [...] nós iriamos focar o meio ambiente, começamos a estudar, pesquisar tudo que eram alternativas no Brasil e apresentar para Santa Catarina. E, o que me levou a apresentar esta ideia especificadamente, foi justamente ter nascido em um município como Imaruí, uma cidade muito pobre, que tem uma dificuldade muito grande [...] ajudar esses pequenos municípios a desenvolverem e saber que esse desenvolvimento ia atingir diretamente o cidadão que mora ali, porque esse cidadão teria uma qualidade de vida melhor. Então era isso que nos motivou a ajudar quem mais precisava* (E2).

Para tanto, alcançar esta motivação que foi definida como "*bandeira de luta o meio ambiente*" (E2), expõe o entrevistado a necessidade de colaboração de outros agentes, que neste caso em especial, foi a participação de seu assessor, hora representado como E1:

> *Levei para trabalhar na minha assessoria [...], que é um amigo pessoal que eu tenho, é até hoje um grande amigo, vice-prefeito de Imaruí, formado nesta área, enfim, um especialista. Esse cara me ajudou muito e nós fomos atrás de ideias boas para Santa Catarina, e uma delas e a que melhor veio ao encontro daquilo que a gente queria, que se propunha na época, é (...), que era a participação popular para a questão ambiental, foi a ideia para o ICMS Ecológico* (E2).

Ao questionar E1 (à época assessor do deputado responsável pela propositura do Projeto de Lei Complementar nº 010/2003) sobre suas motivações em coordenar tal Projeto com tanto afinco (conforme relatou E2 em suas declarações) observa-se que se trata de uma motivação muito influenciada por suas convicções pessoais, originadas ainda na infância.

> *Primeiro porque eu já tinha uma certa tendência assim na questão ambiental, [...], uma outra coisa, porque eu nasci em Imaruí, e lá tinha o parque. Este parque cobre 75% do território, a ideia da preservação dos mananciais era super importante para nós, porque nós tinha dentro do parque vários mananciais que abasteciam Imaruí, que abastece Imaruí, várias comunidades abastece Imbituba [...] ai em 2003, no auge deste projeto teve uma estiagem, quase todos os mananciais que estavam fora do parque secaram e os do parque [...]continuaram, então aquilo ajudou bastante a gente [...] a gente ficou bastante sensibilizado com aquilo, olha só, se a gente não tivesse o parque, eu sou defensor do parque [...] até hoje defendo o parque, se não tivesse o parque hoje aqui nós teríamos perdido bastante vegetação e teria perdido os mananciais do parque* (E1).

Com a mesma tendência voltada às questões ambientais, a entrevistada E3 (à época funcionária da FATMA), relatou que fazia um trabalho em comunidades de SC sobre a necessidade de preservação e

conservação ambiental, na qual aquelas regiões que conservavam e protegiam acabavam por ficar sem os recursos que consequentemente o meio ambiente proporcionava a elas.

> *Tinham umas 40 famílias e nós fomos entrevistar as famílias, eu comecei a notar [...] o que eles não tem, que eles não tem escola, que eles não tem dentista, que eles tem que sair da cidade deles, da localidade, para ser muitas vezes favelados, não só em Santo Amaro como na região de Florianópolis, eu comecei a me dar conta daquilo que eu te falei, que eles estão pagando pelo nosso bem estar e que seria justo uma parte desse recurso voltar pra eles. Foi essa minha motivação principal nasceu na Vargem do Braço. Fiz na Vargem do Braço um projeto de microbacias, foi lá que nasceu, que eu comecei a ver [...]se eu estou gerando bem-estar para alguém continuadamente, alguém tem que me pagar por isso, porque eu não posso viver pobre [...]enquanto eu estou gerando água para outras pessoas, que eu estou gerando manutenção hídrica, regulação de chuva, todos os benefícios da preservação* (E3).

E, com relação a motivação do responsável pelo segundo Projeto de Lei apresentado na Assembleia Legislativa em 2011 (PL 35.7/2011), o entrevistado E4 (à época Deputado estadual, autor do projeto de Projeto de Lei supracitado) declarou que buscou atender o pedido de parte da população, que se preocupa com a questão ambiental.

> *Eu sempre fui aquele canal de ouço aqui e levo aqui. Eu trouxe isso pro meu mandato. Esse projeto do ICMS ecológico, ele é um dos resultados de um trabalho que fiz sobre o gerenciamento dos resíduos sólidos. [...] em 2010 eu fiz uma série de viagens, porque nós tínhamos prazos para apresentar nosso plano estadual, os municípios tinham os prazos deles, o estado tinha e eu decidi fazer uma contribuição. [...] Neste estudo meu do gerenciamento de resíduos sólidos eu conheci uma engenheira ambiental que me trouxe esse projeto do ICMS ecológico, foi uma bandeira dela também, ela é lá de Joinville, ela criou e eu olhei e achei muito interessante* (E4).

Observadas estas motivações, passa-se a apresentação dos requisitos e as informações relacionadas às ações de implantação do ICMS-E em Santa Catarina junto aos órgãos competentes e associações. Para tal foram entrevistados a funcionária da FATMA e o presidente da FECAM da época, como subsídio para compreender a não implementação desse projeto.

Segundo os entrevistados foram efetuados diversos debates para apresentação do Projeto e eventuais resultados no caso de sua implementação. Conforme dito pelo entrevistado E5 (à época presidente da Federação Catarinense de Municípios quando se deu a propositura do Projeto de Lei Complementar nº 010/2003):

> *A sistemática era a seguinte: eram organizadas pautas no âmbito estadual e no âmbito regional das associações regionais de municípios, tá! E em Santa Catarina isso é bem estruturado, os municípios se organizam no âmbito de associações regionais e ali discutem os interesses com a União. E no âmbito estadual essas associações, então, se juntam, associação de município, para discutir no contexto da FECAM, da Federação Catarinense de Municípios. Então eram feitas pautas regionais e de interesse regional e de interesse estadual. O órgão estadual que liderava isso era a FATMA, fundação de apoio de tecnologia e meio ambiente. E a FATMA dava o suporte no sentido de bem orientar, né! Porque eles são os especialistas, na verdade. É a parte técnica. Como o município participava com a sua área ambiental, diretoria, sua secretaria, dependendo do porte do município, a sua fundação de meio ambiente, muitos municípios tinham isso estruturado, então, se juntavam regionalmente. E no âmbito estadual também. E estava bem avançado essa matéria, até não sei porque que não aprovaram isso, né!* (E5).

Essas pautas descritas pelo entrevistado E5, representam a segunda fase do ciclo das políticas públicas, a *agenda-setting* ou a inserção na agenda. Conforme assevera Schmidt, esta fase ocorre quando "problemas e assuntos que chamam a atenção do governo e dos cidadãos. [...] não se trata de documento escrito ou formal, e sim do rol das questões debatidas pelos agentes públicos e sociais com forte repercussão na opinião pública" (2008, p. 2316).

Por fim, nessas discussões que ocorriam das mais variadas formas, eram apresentadas simulações efetuadas pela Fazenda Estadual, para que os prefeitos, muitas vezes representados pelas Associações de Municípios com o acompanhamento da FECAM, pudessem visualizar quais seriam suas perdas ou ganhos. Esse momento foi essencial para compreender o terceiro e quarto objetivos específicos apresentados

3.3 PERCEPÇÕES DE AVANÇOS, RETROCESSOS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-E

Alguns entrevistados (E1 e E3) entenderam que a apresentação dos valores (simulação de demonstrativos de resultado) representou um retrocesso, embora na própria representação restava evidente se tratar de um valor considerado insignificante para um município de grande porte, sendo isso possível ser detectado na declaração do E1 e E3, respectivamente:

> *Para os municípios que iam perder a gente não levou. Mas iam perder tão pouco, praticamente insignificante porque nos municípios maiores por exemplo [...] imagina o seguinte, o Município de Imaruí recebe R$ 3.500.000,00 de ICMS por ano, se viesse R$ 200,000,00 a mais já estava muito bom pra nós, só que R$ 200.000,00 no Município de Joinville, que recebe milhões, sei lá cento e pouco, duzentos mil, [...] não é nada, não vai fazer diferença para eles. Do mesmo modo Blumenau, é isso que a gente levava para eles. Tu imagina o seguinte, o Município de São Martinho, o ICMS deles é menor que o nosso ainda mas se eles ganhassem R$ 500.000,00 ou R$ 300.000,00 de ICMS para eles era muita coisa* (E1).

> *Santa Catarina a arrecadação é mais baixa, então em um percentual muito pequeno [...] tem municípios que não fariam diferença nenhuma, mas a questão que a gente usou a simulação para mostrar do que sai de Blumenau, vai para Pomerode, fica na região. Então, continua beneficiando, só que melhor distribuído, mas justamente, menos injustamente. Mas a gente fez várias reuniões em Blumenau, em Joinville, na verdade o que mais impediu o município que se colocou contra mesmo, e que era na época o município do governador, foi Joinville* (E3).

Entretanto, o entrevistado E5, representante da FECAM, manifestou posicionamento contrário com relação aos interesses dos municípios maiores, que concentravam grandes indústrias e consequentemente pelo Valor Adicionado (VA) recebiam maior retorno do ICMS.

> *Eu acho que os municípios maiores, eles também têm interesse na aprovação, só que o que estava, talvez o lobby que viesse a ocorrer em cima dos critérios de distribuição. Os municípios menores têm menos barganha política, né? Mas, digamos assim, o interesse maior, o critério maior de distribuição, focava em áreas de preservação permanente, que em parte, enfim [...], reservas, no âmbito do território do munícipio e os municípios maiores, onde cediam as grandes indústrias, os grandes empreendimentos industriais queriam que também priorizassem esses critérios, que dessa mais prioridade pra esses critérios, digamos assim. Então essa era a discussão política[...]* (E5).

Para a entrevistada E3 o retrocesso em relação a não aprovação do Projeto de Lei foi exclusivamente por falta de interesse da FECAM, sendo possível detectar no excerto declarado.

> *[...]convencer o prefeito, é muito difícil. É mais fácil conversar com a FECAM, porque eles têm mais conhecimento. Mas eles são mais conservadores. E quem manda na FECAM não é governador, não é político, não é prefeito, são eles mesmos. Então, o principal empecilho foi a FECAM. Foi a própria FECAM* (E3).

O critério de distribuição proposto pelo Projeto não foi acolhido de maneira positiva pela FECAM, entendendo trazer prejuízos aos municípios que já apresentavam dificuldades financeiras e que tal redistribuição poderia agravar ainda mais a situação. Isso pode ser apreciado nas declarações dos entrevistados E1 e E3, respectivamente.

> *[...] a FECAM queria que fosse dos 75%, então no final assim, quando fechou o Projeto e a FECAM veio e disse: "não, a gente não aceita que seja dos municípios" [...] a FECAM, Federação dos Municípios, eles tinham comprado a briga dos municípios maiores e falou tudo bem, a gente aceita o projeto mais não aceitamos que o projeto que o recurso seja dos 25%, nós queremos que o recurso seja do 75%, ou seja, da parte do Estado* (E1).

> *Talvez tinha que ser assim, mas mesmo porque mexer nesse 25% do município [...], o município já é pobre de receita, né? Então, compromete e precisa assistir a população com isso, preservar o meio ambiente. Então, tem que ter mais recurso, tem que ter novo recurso, tem que ter nova forma de distribuição, mexer nesse atual não vai surtir efeito, o município vai passar mais dificuldade ainda e aí não vai conseguir preservar o meio ambiente, como gostaria* (E5).

Em tais declarações, ficou demonstrado que a FECAM tinha interesse em aprovar o Projeto, desde que não modificasse os percentuais já utilizados como distribuição (VA), mudando assim o percentual arrecadado pelo estado de Santa Catarina.

Por um lado, em relação aos retrocessos, foi possível detectar nos trechos apresentados uma tendência para não aprovação do Projeto por parte dos munícipios maiores e da própria FECAM. Já por outro lado, os agentes entrevistados demonstraram percepções similares de modo geral, em relação a não implementação da Lei em SC, quais sejam, os municípios maiores não evidenciavam interesse por terem como consequência a diminuição de sua arrecadação.

Por fim, outra peculiaridade importante – sinalizado na declaração do entrevistado E2 – foi em relação a falta de apoio encontrado por parte do governo. Isto alcançou o último objetivo específico proposto, no qual buscava analisar os argumentos para implementação ou não do ICMS-E em Santa Catarina.

> *[...] o governo não demonstrou facilidades, o governo não disse em nenhum momento que queria aquilo. É claro, se é um governo parceiro e diz [...] "deputado, vá em frente que eu quero esse projeto" [...] se dissesse isso para os prefeitos com certeza teria facilitado e muito, mas não teve essa compreensão de um governo como um todo, nem do secretário de meio ambiente* (E2).

Muito embora, os agentes envolvidos participaram com motivações diferentes, entretanto, ao se comentar sobre as expectativas o resultado era unânime, qual seja, utilizar da política pública tributário-ambiental – ICMS-E, para assim cuidar da qualidade do meio ambiente, desenvolver-se sustentavelmente e manter o equilíbrio socioeconômico.

Essas motivações distintas dos agentes envolvidos na fase de implantação desta política pública tributária-ambiental corroboram com a abordagem proposta por Sabatier e Jenkins Smith (1993), chamada coalizão de defesa, na qual uma diversidade de atores compartilham crenças, valores e ideias distintas na busca de um único propósito, neste caso, o meio ambiente.

Com relação ao Projeto de Lei Complementar nº 035.7/2011, a proposta era completamente distinta, indo ao encontro do que os municípios e a FECAM buscavam. Ambos desejavam não modificar a distribuição dos 25% que era repassado conforme VA, mas sim utilizar-se do 75% que fica para o Estado, ou seja, seria uma nova forma de arrecadação. Ocorre que, neste caso, por alterar a forma de tributação do Estado, foi considerado pela CCJ com vício de origem, sendo rejeitado e por isso encontra-se arquivado.

Com base nas declarações do E4, este Projeto encontra-se "*nos bastidores de entidades aptas a propositura do Projeto e fazendo assim o caminho inverso*". Segue ainda declarando que "é mais fácil convencer apenas um, o governador, do que convencer 295 prefeitos com prioridades distintas" (E4). Portanto, foi possível perceber que existiam muitos obstáculos nesse caminho, em especial, a força dos municípios maiores e a FECAM em não aprovar pelo motivo já exposto, qual seja, diminuir a sua arrecadação.

3.4 PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-E COMO POLÍTICA PÚBLICA TRIBUTÁRIA--AMBIENTAL EM SANTA CATARINA

Como observado nas declarações dos entrevistados, o ICMS-E é uma ferramenta que pode ser revertida em ganhos para os estados que a implementarem em seus territórios. Entretanto, diversos podem ser os obstáculos, como demonstrado na experiência de SC. Ainda assim, mesmo que a preservação e conservação ambiental precisem ser vistas como prioritárias, cabe mencionar que não são as únicas razões motivadoras. Isto porque não se trata de uma questão idílica, havendo outras necessidades como o desenvolvimento e sustentabilidade das localidades, por exemplo.

A concretização de ideias do ecodesenvolvimento ocorrer de várias formas, sendo alguma mais ou menos fiéis aos seus preceitos. Portanto, ainda que parcialmente, a política do ICMS-E vai ao encontro do ecodesenvolvimentismo, no sentido de utilizar-se de um instrumento tributário ambiental para a preservação e/ou conservação do meio ambiente e consequentemente fomentar o desenvolvimento econômico e social

das regiões que o implementarem.[9]

Nesse sentido, conforme Sachs, "geralmente, essas negociações são dolorosas devido aos interesses antagônicos [...] (2009, p. 75)", afinal, a proposta do Projeto inicial era justamente modificar os critérios de redistribuição do ICMS. Isto faria com que os municípios com maior arrecadação, mais industrializados, suprimissem parte do repasse para compensar os municípios impedidos de produzir por possuírem em seu território áreas que deviam ser protegidas.

Logo, os municípios mais industrializados, consequentemente com maior retorno em relação ao VA, não apresentaram interesse em tal instrumento. Neste sentido, no quadro 2 a seguir, apresenta-se os doze municípios selecionados em relação a maior participação no produto da arrecadação do ICMS em SC, conforme critério do VA.

Quadro 2. Índice dos 12 municípios com a maior participação no produto da arrecadação do ICMS para o exercício de 2018.

Municípios	Valor Adicionado Ano 2016	Participação dos municípios (%) - 2018	Território (Km²) Censo 2016	População Censo 2010
Joinville	17.872.590.550,20	8,6036147	518,497	309,011
Itajaí	15.264.456.096,58	7,2333176	288,286	183,373
Blumenau	10.425.972.242,48	4,8145518	1.126,106	577,077
Florianópolis	6.022.704.482,95	2,8849813	675,409	421,240
Jaraguá do Sul	5.563.823.036,05	2,7989040	529,447	143,123
Chapecó	5.003.794.820,49	2,4303405	626,060	183,530
São José	4.865.530.541,99	2,3702849	150,453	209,804
Lages	4.062.904.583,22	1,9329042	2.631.504	156,727
Criciúma	3.634.660.189,12	1,8468707	235,701	192,308
Brusque	3.449.504.168,76	1,6775529	283,223	105,503
São Francisco do Sul	3.057.594.486,35	1,4156277	498,646	42,520
Palhoça	2.399.777.308,23	1,1695281	395,133	137,334

Fonte: Elaboração própria a partir de relatórios da Sec. Estadual da Fazenda de SC (2018), IBGE (2016, 2010).

Agora, no quadro 2, apresentam-se os doze municípios com as menores participações no produto de arrecadação do referido tributo, conforme dados da Secretaria da Fazenda do estado de Santa Catarina (SEFAZ.)

Quadro 3. Índice dos 12 municípios com a menor participação no produto da arrecadação do ICMS para o exercício de 2018.

Municípios	Valor Adicionado Ano 2016	Índice de participação dos municípios (%) – 2018	Território (Km2) Censo 2016	População Censo 2010
Pescaria Brava	21.254.460,78	0,0647281	105,169	9980
Rio Rufino	23.207.427,92	0,0656092	282,504	2.436
Presidente Nereu	22.760.305,67	0,0661196	225,661	2.284
Irati	30.954.483,64	0,0666459	77,276	2.096
Celso Ramos	31.104.194,51	0,0674686	208,323	2.771
Matos Costa	33.982.389,35	0,0680849	433,073	2.839
Barra Bonita	32.716.420,45	0,0682671	93,108	1,878
Cerro Negro	38.101.600,10	0,0683027	417,335	3.581
Balneário Arroio do Silva	33.238.573,87	0,0686755	95,259	9.586
Santiago do Sul	34.438.996,46	0,0695016	73,836	1.465
Anitápolis	36.918.018,78	0,0704170	542,120	3.214
Balneário Gaivota	37.504.191,74	0,0705123	145,762	8.234

Fonte: Elaboração própria a partir de relatórios da Sec. Estadual da Fazenda de SC (2018), IBGE (2016, 2010).

[9] Mas, quando um município cede parte de seu território à proteção e/ou conservação, ela deixa de produzir bens e riquezas, que retornam ao mesmo por meio dos tributos, nesse caso, o ICMS. Reiterando, os critérios de rateio do estado de Santa Catarina ocorrem, nos termos da Lei Estadual nº. 8.203 de 1990. Dos 100% da arrecadação, 75% fica no Estado e os 25% serão assim divididos: 85% distribuídos de forma proporcional ao valor adicionado realizado em cada município e 15% distribuídos de forma igualitária entre os municípios.

Analisar a distribuição do VA, com base na extensão territorial de um município bem como em relação à população que nele reside, conforme Gerber (2004, p. 86) "é muito importante para a avaliação dos impactos das mudanças nos critérios de distribuição do imposto [...] se analisar isoladamente pode não conter respostas para inúmeras perguntas, mas a sua correlação com outras variáveis pode ser elucidativa. Portanto, existem municípios que possuem grande extensão territorial ou um número populacional considerável, mas contam com pouca produção, e consequentemente terão um valor menor de distribuição do produto do ICMS.

Neste aspecto, o ICMS-E caminha juntamente com os preceitos do ecodesenvolvimento, cujos objetivos "são sempre sociais, há uma condicionalidade ambiental que é preciso respeitar, e finalmente, para que as coisas avancem, é preciso que as soluções pensadas sejam economicamente viáveis" (SACHS 2009a, p. 232). Para tanto, por si só, o cuidado ambiental não ocorre e aí então o ICMS-E se apresenta como "o mais importante mecanismo compensatório ou de incentivo à preservação existente no país" (GERBER, 2004, p. 89).

Por fim, cabe ressalvar que a preservação e/ou conservação ambiental não deve ser encarada como redução no crescimento econômico e a exploração do meio ambiente não é garantia de desenvolvimento da economia, conforme a teoria ecodesenvolvimentista. E aqui, encontrar-se-ia então o fundamento do ICMS-E, que objetiva o equilíbrio entre ambos, para assim desenvolver-se de forma sustentável, atendendo às necessidades das presentes e futuras gerações, nas dimensões econômica, espacial/territorial, cultural, ecológica, ambiental, social e política.

Conforme teórico da linha de pesquisa – Desenvolvimento e Gestão Social – eleita neste estudo, no processo do ecodesenvolvimento é importante a presença de agentes "que atuem como facilitadores do processo de negociação entre os atores envolvidos – população local e autoridades – subsidiado por cientistas, associações civis, agentes econômicos públicos e privados" (SACHS, 2009b, p. 75).

4.4.1 DISCUSSÃO ACERCA DO ECODESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS REDISTRIBUTIVAS E JUSTIÇA SOCIAL PERANTE AS PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-E EM SC

Analisar a discussão para a implementação de uma política tributário-ambiental requer cautela. Seja porque se trata de um tema sensível num país que já possui uma das cargas tributárias mais elevadas do mundo, seja porque ele envolve a questão ambiental, expressa como um direito fundamental previsto no artigo 225 da Constituição Federal (THOMÉ, 2015).

Entretanto, não há percepção de um cenário de discussão de políticas públicas tributário ambientais tanto nos espaços políticos quanto da sociedade em geral. Este desinteresse criou uma vacância de novas políticas ambientais no Brasil, trazendo como exemplo a política pública objeto deste estudo, que teve sua última implementação no Estado de Goiás no ano de 2011, passando-se assim, oitos anos sem novas implementações (ICMS ECOLÓGICO, 2017).

Como essa análise está para uma perspectiva futura, com sua implementação, o projeto de SC iria ao encontro da dupla proposição do ecodesenvolvimento, "solidariedade com as gerações presentes e futuras" e também a exigência de critérios de "sustentabilidade social e ambiental e de viabilidade econômica" (SACHS, 2008, p. 36). Isto porque, desde a década de 1970 há debates sobre os problemas ambientais e ações precisaram ser colocadas em prática. Em razão dos problemas com o meio ambiente em nível global, houve uma "ampla reconceitualização do desenvolvimento, em termos de ecodesenvolvimento" (SACHS, 2008, p. 36) com destaque para a primeira década deste século XXI.

Por envolver variadas esferas governamentais e englobar diversos pontos de divergência, é possível, neste caso, avaliar o valor das políticas públicas, "como meio de atender às demandas prementes e promover possíveis avanços e mudanças sociais a partir das decisões tomadas, das escolhas feitas e dos caminhos traçados, em relação às estratégias de intervenção realizadas" (GIANEZINI, K. et al, 2017, p. 1066). Nesse cenário – que Sabatier e Jenkin-Smith (1993) se referem como um sistema ou subsistema de política pública, por haver uma pluralidade de atores/agentes envolvidos no processo de implantação – a abordagem de

"coalizão de defesa" se faz presente, afinal são crenças, valores e ideias que podem se concertar entre os envolvidos.

Por conseguinte, cabe mencionar que nesta trajetória de construção e tentativa de implementação, houve reuniões, fóruns de discussões e simulações, criados na tentativa de mostrar à sociedade o grau de importância das áreas de proteção ambiental que constam em seus territórios em relação ao desenvolvimento local. Todo esse trâmite da época, foi constatado na pesquisa documental e consta em documentos disponibilizados na Assembleia Legislativa de SC.

Assim, em conclusão a esta última subseção, são apresentadas a seguir duas destas "propostas" identificadas nas falas e complementadas com a documentação pesquisada.

A primeira é o Projeto de Lei Complementar nº 010/2003, na qual em sua fase de elaboração ocorreram diversas alterações para escolher os melhores critérios de distribuição, restando assim a escolha daqueles considerados essenciais ao nosso Estado: Receita Própria; População; Área do Município; Cota Igual; Educação Ambiental; Saneamento Ambiental; Mananciais de Abastecimento Público e Unidades de Conservação/Terras Indígenas. Nesta proposta, os critérios recaiam sobre os 25% que já é distribuído aos municípios e que neste caso, alterava a redistribuição existente, criando assim, critérios ecológicos.

Já a segunda proposta, o Projeto de Lei Complementar nº 035.7/2011, veio com outra "roupagem", criando outros critérios e forma de distribuição. Aqui, o valor de distribuição do ICMS seria da parte que fica com o Estado, os 75% e os critérios além de todos os elencados no projeto inicial, apresentava a proposta de educação ambiental, com iniciativas nos colégios espalhados pelo Estado.

Ocorre que, este Projeto de Lei visava alterar as receitas orçamentarias do Estado e neste caso, por tal alteração, a propositura não pode ser via poder legislativo, mas sim pelo poder executivo com base no artigo 165 da Constituição Federal. Portanto, sendo o ICMS a maior fonte de renda na esfera estadual (SEFAZ, 2018) e, consequentemente, responsável por parte do orçamento dos estados, ao passar pela CCJ o Projeto foi arquivado por vício na origem.

Um dos fatos mais relevantes constatados na pesquisa de campo e nas entrevistas com os agentes, foram as reiteradas tentativas distintas de implementação. Contudo, constatou-se que a falta de interesse por parte dos municípios e da FECAM que impossibilitou alcançar o objetivo, ficando aqui caracterizada a inexistência de uma coalizão de causa como preconizado pelo modelo ACF (LUKIC, 2012). Sendo assim, enquanto tal política pública tributário-ambiental não é implementada, a realidade que se apresenta é a de municípios mais industrializados, que continuam mantendo suas atividades e consequentemente com maior valor redistribuído a título de ICMS, enquanto que os municípios que possuem área de preservação e/ou conservação continuam limitados de produzir, arcando com o ônus de tal responsabilidade.

Mesmo que não seja sua responsabilidade constitucional assinalam-se ações isoladas em alguns pequenos munícipios, que lutam para contemplar – em maior ou menor grau, de forma direta ou indireta, consciente ou inconscientemente – em seus planos de desenvolvimento, as dimensões de sustentabilidade (econômica, espacial/territorial, cultural, ecológica, ambiental, social e política) preconizadas pelo ecodesenvolvimento.

Tal constatação encontra ao final desta seção, uma reflexão resultante de interpretação da Constituição Federal de 1988, no que concerne ao disposto no art.170, Inciso VI, aliado com a previsão contida no art.155, §2º, III.

> Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (grifo nosso).

Considera-se assim, que o ICMS-E também pode ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômico, estimulando a prática de operações ou prestações ambientalmente desejadas, tendo como fim a busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art.225.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leituras e o levantamento documental prévio ao estudo demonstravam que dos 26 estados do Brasil (e o DF), 16 já implementaram o ICMS-E como instrumento de política pública tributário-ambiental, para compensar os territórios que possuem áreas de preservação e/ou conservação, com restituição financeira por tal atitude. Esta prévia representa também o ponto de partida da pesquisa e agora encontra as considerações.

O primeiro específico era promover um levantamento, com mapeamento dos estados que já implementaram o ICMS-E. O quadro-síntese e figura constando o mapeamento foram apresentados na seção de resultados, incluindo o ano de implementação, as alterações legislativas, percentual de repasse e os critérios ecológicos de distribuição foi o recurso encontrado para contemplar esta etapa e serviu para confrontar a condição de SC perante os demais estados.

O segundo, era compilar os requisitos e as informações relacionadas às ações de implantação do ICMS-E em Santa Catarina junto aos órgãos competentes e associações. O terceiro necessitava averiguar os avanços e retrocessos no processo de implantação desta política governamental. Para tanto, recorreu-se ao levantamento documental, aliado a percepção dos entrevistados, o que revelou uma participação limitada e por vezes individualizada (ou mesmo isolada) dos agentes da proposta.

O quarto e último objetivo proposto foi analisar os argumentos para implementação ou não do ICMS-E em Santa Catarina. Os argumentos evidenciados dentre os agentes envolvidos foi que os municípios maiores não possuem interesse em tal implementação, pelo fato de diminuir sua parcela de ICMS previsto constitucionalmente. Carecendo então de novas medidas para essa problemática. Constatou-se que o processo de implantação contou com o apoio de determinadas organizações – como a FATMA e a FECAM – e representantes da sociedade. Destaca-se que, embora fosse importante em decorrência da natureza complexa da temática, não houve um significativo engajamento da sociedade em geral. Após sua elaboração, o processo tramitou na Assembleia Legislativa até ser arquivado por falta de aprovação, em 22 de fevereiro de 2011. E como não se realizou uma análise comparada e nem se estudou especificamente o caso de cada Estado-membro, se observou um contexto no qual há a percepção de que sua aprovação ainda é utópica, pois, atualmente, não existe nenhum projeto tramitando sobre ICMS-E no estado.

Os agentes envolvidos no projeto de proposição de implantação do Projeto de Lei Complementar que buscava implementar o ICMS Ecológico em Santa Catarina (nº 010/2003), foram essenciais para a construção e conclusão desse estudo. Isso porque, foi por meio das informações declaradas nas entrevistas que se conseguiu compreender o objeto pesquisado. Neste ponto cabe mencionar que a entrevista semiestruturada foi fundamental e se revelou a técnica mais apropriada para a pesquisa de campo, permitindo a compreensão doo ciclo desse projeto – desde a motivação que levou a propositura até o seu arquivamento.

Reitera-se aqui a ideia de que o ICMS é um instrumento muito importante para a preservação e/ou conservação ambiental, podendo ser vista como uma política pública tributária-ambiental aliada não apenas nas questões ambientais, mas também nas questões sociais e econômicas. Por conseguinte, acredita-se que uma possível contribuição deste estudo para o estado de SC, está no fato de apresentar abordagem interdisciplinar e discussão acerca das políticas públicas e do ecodesenvolvimento. E, finalmente, em âmbito regional, o trabalho pode contribuir para uma compreensão acerca do seu papel e participação na proteção do meio ambiente para contribuir no desenvolvimento socioeconômico local.

Caracterizando-se como um estudo *ex ante*, entende-se que a pesquisa apresentou algumas limitações, em especial o tempo que ocorreram as discussões do projeto do ICMS-E. Outro fator limitante foi o fato de existir apenas um Projeto de Lei apto a ser estudado, haja visto que o segundo Projeto não superou a fase de aprovação na CCJ. A existência de outros projetos poderia conferir uma percepção mais consistente e indicaria maior propensão à implementação do ICMS-E em SC. Ademais podem-se mencionar alguns pontos nas entrevistas: por se tratar de um projeto relativamente "antigo", houve participantes que não se recordavam de situações ocorridas naquele contexto e que poderiam contribuir na acurácia dos resultados dessa pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALVES, B. M.; ALBUQUERQUE, L. **Implicações econômicas do princípio do poluidor pagador e a criminalização da conduta corporativa lesiva ao meio ambiente**. p.75-95. In: Direito ambiental e socioambientalismo. II CONPEDI/ UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

BARBIERI, J. C. **Gestão ambiental empresarial:** conceitos, modelos e instrumentos. 3.ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. 328p.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 102 de 2000**. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/LCP/ Lcp102.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 87 de 1996**. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/LCP/ Lcp87.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 92 de 1997**. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/LCP/ Lcp92.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 99 de 1999**. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/Leis/LCP/ Lcp99.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. **Lei n° 12.305 de 2010**. 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2007-2010/2010/ lei/l12305.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 1981**. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L6938.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Conferência de Estocolmo. Disponível em: <//http:// webcache. googleusercontent.com/search?q=cache:gSwRNiZh260J:www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/ estocolmo.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente.** Protocolo de Quioto. Disponível em: <http://www.mma.gov. br/clima/ convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRUNDTLAND, G. H. **Our common future:** the world commission on environment and development. Oxford: Oxford University Press, 1987. 138p.

CHIANCA, T.; MARINO, E.; SCHIESARI, L. **Desenvolvendo a cultura de avaliação em organizações da sociedade civil**. São Paulo: Global, 2001. (Coleção Gestão e Sustentabilidade). 132p.

COHEN, E.; FRANCO, R. **Avaliação de projetos sociais**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. 312p.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – **CONFAZ**. Disponível em: <https://www. confaz.fazenda. gov.br/ legislacao/boletim-do-icms/SC/201612>. Acesso em: 20 de fev. 2018.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa:** métodos qualitativo, quantitativo e misto; tradução Magda Lopes. 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. 296p.

FERREIRA, L. da C. **A Questão Ambiental:** sustentabilidade e políticas públicas no Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998. 154p.

FREY, K. Políticas Púbicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Brasília, DF: **IPEA**, 2000. (Planejamento e Políticas Públicas, v. 21).

GERBER, J. C. **ICMS-Ecológico:** um instrumento econômico de apoio à sustentabilidade, 2004. 311f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção). Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

GIANEZINI, K. et al. Políticas Públicas: definições, processos e constructos no século XXI. **Revista de Políticas Públicas**. v. 21, n. 2, p. 1065-1084. 2017.

GIANEZINI, M. et al. A Evolução de eventos sobre meio ambiente e seus reflexos na responsabilidade socioambiental

das empresas: reflexões para a conscientização ambiental. **Educação Ambiental em Ação**, N. 39, Ano X. Março-Maio/2012.

GIANEZINI, M. Tipos de avaliação de projetos sociais. In: Miguelangelo Gianezini (Org.). **Introdução à avaliação e ao monitoramento de projetos sociais**. 1ed.Curitiba: InterSaberes, 2017, v. 1, p. 39-50.

GONÇALVES, J. P., GIANEZINI, M.; ESTEVAM, D. Políticas sociais habitacionais rurais no extremo sul de Santa Catarina. **Revista de Políticas Públicas** (UFMA). v.22, n.1, 2018.

ICMS ECOLÓGICO. **Site Institucional.** Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=60#up>. Acesso em: 04 maio 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Informações das culturas permanentes e temporárias do Brasil.** Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema. aspx? op=0&no=1>:>. Acesso em: 12 jan. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Número de municípios em Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=sc>. Acesso em: 07 maio 2017.

KHANDKER, S. R.; KOOLWAL, G. B.; SAMAD, H. A. **Handbook on impact evaluation.** Quantitative methods and practices. Washington, DC: The World Bank, 2010. 239p.

LASWELL, H. D. **Politics:** Who Gets What, When, How. Cleveland, Meridian Books. 1965. 224p.

LOWI, T. Four Systems of Policy, Politics, and Choice. **Public Administration Review**, 32: 298-310. 1972.

RAEDER, S. T. O Ciclo de Políticas: uma abordagem integradora dos modelos de análises de políticas públicas. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan-jun. 2014.

ROCHA LUKIC, M. A tributação no Brasil analisada a partir da abordagem cognitiva de políticas públicas. **Revista Ética e Filosofia Política**, v. 1, n. 17, p. 08-36, maio. 2012.

SABATIER, P. A.; JENKINS-SMITH, H. (dir). **Policy change and learning: na advocacy coalition approach**. Boulder, CO: Westview Press, 1993. 290p.

SACHS, I. **A terceira margem:** em busca do ecodesenvolvimento. Ignacy Sachs; tradução de Rosa Freire d'Aguiar. — São Paulo: Companhia das Letras, 2009a. 392p.

SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**: ideias sustentáveis. Organização: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009b. 96p.

SACHS, I. De volta à mão visível: os desafios da Segunda Cúpula da Terra no Rio de Janeiro**. Estudos Avançados** 26 (74), 2012.

SACHS, I. **Desenvolvimento:** includente, sustentável, sustentado. R. de Janeiro: Garamond, 2008. 151p.

SACHS, I. **Em busca de novas estratégias de desenvolvimento.** Estud. av. [online]. 1995, vol.9, n.25, pp. 29-63.

SACHS, I. **Estratégias de Transição para o Século XXI** – desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel/ Fundap, 1993. 103p.

SACHS, I. **O problema da democracia econômica e social**. Estudos Avançados 8 (21), 1994. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ ea/v8n21/02.pdf>. Acesso em 05 maio 2017.

SANTA CATARINA. **Secretaria de Estado da Fazenda**. Disponível em: <http://www.sef.sc.gov.br/ servicos/servico/92/Valor_adicionado_por_munic%C3%ADpio_e_atividade>. Acesso em: 14 jun. 2017.

SARAIVA, E. Introdução à Teoria Política Pública. In: SARAIVA. E. FERNANDES, E. (Org.). **Políticas Públicas**. Brasília, DF: ENAP, 2006. V. 1. 26p.

SCAFF, F. F. TUPIASSU, L. V. da C. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004.

SCHMIDT, J. P. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Tomo 8. J. R. dos REIS e R. G. LEAL (orgs). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p.

2307-2333.

SECCHI, L. **Políticas Públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo: Cengage Lerning, 2015. 168p.

SELLTIZ, C. et al. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: Herder/Edusp, 1967. 687p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – **SEBRAE**. Santa Catarina em números. Florianópolis: Santa Catarina/SEBRAE/SC, 2013. 150p. Disponível em: <https:// www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20 Sebrae/Anexos/Relatorio%20Estadual.pdf>. Acesso 14 jun. 2017.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – **SEBRAE**. 2012. Santa Catarina em Números. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20S ebrae/Anexos/Macrorregiao%20-%20Extremo%20Oeste.pdf >. Acesso em: 06 jan. 2018.

SOUZA, C. **Políticas Públicas:** uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

THOMÉ DA SILVA, R. F. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: JusPodivm, 2015. 905p.

ZANONI, M. et al. A construção de um curso de pós-graduação interdisciplinar em meio ambiente e desenvolvimento: princípios teóricos e metodológicos. (In) RAYNAUT, C. **Desenvolvimento e Meio Ambiente:** em busca da interdisciplinaridade**.** Curitiba: Ed. da UFPR, 2002. 293 p.

O CASO DA FAZENDA SANTA EUFRÁSIA

Carlos Alberto Lima de Almeida[1]

RESUMO: Este trabalho relaciona-se com pesquisa realizada pelo grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social, liderado pelo autor, docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. O tema da pesquisa envolve as relações étnico-raciais brasileiras e sua delimitação está relacionada ao caso denunciado como de turismo da escravidão, ocorrido em Vassouras (RJ), e o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a gestora da Fazenda Santa Eufrásia. A pesquisa teve como objetivo geral contribuir para a produção de conhecimentos relativos às relações étnico-raciais brasileiras e como objetivos específicos (a) investigar os limites e possibilidades dos denominados TACs; (b) examinar o TAC da Fazenda Santa Eufrásia na perspectiva de sua contribuição para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas. Em relação à metodologia, a pesquisa bibliográfica teve como foco as questões jurídicas relacionadas aos TACs. A pesquisa documental teve como foco o TAC em referência, a Lei 10.639/2003, e as "Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana". Os principais resultados da pesquisa consistem: (a) reconhecimento do TAC como meio alternativo da solução de conflitos; (b) no reconhecimento do TAC como instrumento viável para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas. As principais conclusões estão relacionadas a necessidade de uma mudança na apresentação de fatos históricos, visando contribuir para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas. Revela-se a importância da Lei 10.639/2003 por viabilizar a mudança na educação básica, inaugurando uma nova etapa de reflexões na sala de aula sobre a questão racial brasileira. Outras iniciativas, como a própria pesquisa e atividades de extensão social, demonstram a importância da temática étnico-racial na formação de licenciados, tecnólogos e bacharéis.

Palavras-chave: Questões Étnico-raciais. Reparação À Escravidão. Termo de Ajuste de Conduta.

ABSTRACT: This work is part of the research conducted on the Observatory of Public Policies, Law and Social Protection, supervised by the author, professor of the Post-Graduate Program in Law of the Estácio de Sá University. The subject of the research are Brazilian ethnic-racial relations. The point brought out in this paper is a case denounced as tourism of slavery, occurred in Vassouras (RJ), and the Term of Adjustment of Conduct (TAC) signed between the Federal Public Ministry, the Public Defender of the State of Rio de Janeiro and the manager of Santa Eufrásia Farm. The main objective of the research was to contribute to the production of knowledge related to Brazilian racial and ethnic relations and as specific objectives (a) to investigate the limits and possibilities of the so-called TACs; (b) to examine the TAC of Fazenda Santa Eufrásia in the perspective of its contribution to the appreciation of the history and culture of Afro-Brazilians and Africans, and to the education of positive ethnic-racial relations. Regarding the methodology, the bibliographic research focused on the legal issues related to TACs. Documentary research focused on the TAC in reference, Law 10.639 / 2003, and the "National Curricular Guidelines for the Education of Ethnic-Racial Relations and for the Teaching of Afro-Brazilian and African History and Culture". The main research results are: (a) recognition of the TAC as an alternative means of conflict resolution; (b) recognition of TAC as a viable instrument for valuing the history and culture of Afro-Brazilians and Africans, and for the education of positive ethnic-racial relations. The main conclusions are the need for a change in the

[1] Doutor em Política Social (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pesquisador do Grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social (UNESA). Advogado no Rio de Janeiro.

presentation of historical facts, aiming to contribute to the appreciation of the history and culture of Afro-Brazilians and Africans, and to the education of positive ethnic-racial relations. The importance of Law 10.639 / 2003 is revealed for enabling the change in basic education, inaugurating a new stage of reflections in the classroom on the Brazilian racial issue. Other initiatives, such as research itself and social extension activities, demonstrate the importance of ethnic-racial issues in the training of graduates, technologists and bachelors.

Keywords: Ethnic-racial Issues. Slavery Repair. Conduct Adjustment Term.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho relaciona-se com pesquisa realizada pelo grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social, liderado pelo autor, docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Estudar a questão racial brasileira foi resultado do seu projeto de pesquisa por ocasião da seleção para a segunda turma do Programa de Pós-graduação em Política Social, na Universidade Federal Fluminense, instituição de ensino superior em que obteve seu doutoramento em política social, como primeiro professor daquele programa *stricto sensu*.

Tal esclarecimento, nestas notas introdutórias, serve para situar o leitor quanto ao lugar de fala deste docente, que percebeu, durante os anos de estudo sob a orientação do Professor Doutor André Augusto Pereira Brandão, o quanto é fundamental iniciativas antirracistas num país como o Brasil, marcado por um tipo de racismo velado e muitas vezes convenientemente ignorado por considerável parcela de seu povo.

Na condição de professor e, posteriormente, no exercício da funções de coordenador adjunto do curso de direito ou de coordenador adjunto da área de ciências sociais, inseriu a questão étnico-racial, em um primeiro momento, na agenda do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, e, na sequência, também aos cursos de serviço social, ciências econômicas, relações internacionais e gestão de segurança privada, por intermédio de diversas iniciativas de atividades acadêmicas complementares, projetos de iniciação científica, projetos de pesquisa e projeto de extensão social, com a criação Núcleo de Estudos Afro-brasileiros e Indígenas (NEABI).

2 O CASO DA FAZENDA SANTA EUFRÁSIA

Após ingressar, no ano de 2016, como professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, a opção do autor foi de inserir a questão étnico-racial na agenda da *stricto sensu* e o fez por intermédio do grupo de pesquisa mencionado. E foi em dezembro do mesmo ano que tomou conhecimento de matéria publicada na internet em que se afirmava, já no título, que "Turistas podem ser escravocratas por um dia em fazenda 'sem racismo'" (RBA, 2016).

A matéria teve repercussão internacional, afinal abaixo do subtítulo "Se você desejar ser servido por uma pessoa negra vestida como uma escrava, você pode se hospedar na Fazenda Santa Eufrásia, em Vassouras, a 111 km do centro do Rio" (RBA, 2016), o leitor tinha diante de seus olhos uma imagem em que era possível perceber pessoas negras, trajadas com vestes brancas servindo pessoas, retratadas como turistas. Em seguida o texto contextualizava a referida atividade nos seguintes termos:

> The Intercept Brasil – Paisagem bucólica, campos verdejantes, clima agradável. A combinação seria perfeita para degustar um café e descansar em uma fazenda no Vale do Paraíba fluminense, não tivesse corrido ali tanto sangue. A região, enriquecida pela exploração de trabalho escravo nas fazendas cafeeiras, era conhecida também pela peculiar brutalidade com que os escravizados eram tratados. Hoje a economia na região ganhou um novo fôlego: está no mapa da cultura do Rio de Janeiro explorando um turismo que naturaliza o racismo e a escravidão.
>
> Se você desejar ser servido por uma pessoa negra vestida como escrava em pleno 2016, você pode visitar, por exemplo, na Fazenda Santa Eufrásia, em Vassouras, única fazenda particular tombada

> pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional no Rio de Janeiro (Iphan-RJ) no Vale do Café, construída por volta do ano de 1830. A partir de 1895, sete anos após a abolição da escravatura, a propriedade teve diversos donos até ser adquirida pelo Coronel Horácio José de Lemos, cujos descendentes são até hoje proprietários da fazenda. Os planos de restauração foram aprovados em 2013 e, atualmente, a fazenda recebe visitas diárias com agendamento.
>
> A região tem um histórico particular de selvageria contra negros feitos escravos. Tanto que, em 1829, o então fiscal da Vila de Valença (hoje Valença, município vizinho a Vassouras), Eleutério Delfim da Silva, demonstrou preocupação com os "castigos brutais que os escravos daquela Vila recebiam", fazendo inclusive uma representação à Câmara expondo tais brutalidades. Mas isso parece não ser uma questão relevante para quem explora o potencial turístico da região. As pessoas que passam um dia descontraído nessas senzalas e casas grandes teriam coragem de pegar um trem na Polônia, rumo a Auschwitz, dividindo o assento com atores judeus sorridentes fantasiados de seus ancestrais?
>
> Quando viajam para a Europa e visitam lugares como o Museu do Holocausto em Berlim, ou até mesmo em Curitiba, turistas se compadecem da dor sofrida pelo povo judeu, escravizado e exterminado pelos nazistas. Mas raramente fazem algum paralelo com os horrores da escravidão dos africanos. Choram, passam mal, postam indignação nas redes sociais e depois são capazes de passar um fim de semana ouvindo um sarau numa fazenda como essa, sendo servidos por pessoas vestidas de escravas e ciceroneados por sinhás, para fazer uma "volta ao passado", sem nenhum senso crítico sobre a questão. E isso acontece porque o amanhã é priorizado em detrimento do ontem, como aconteceu no centro da capital fluminense com a construção do genérico Museu do Amanhã, erguido onde foi o ponto de chegada do maior contingente de negros e negras feitos escravos da história da humanidade. Os governos têm optado sistematicamente por enterrar essa parte da história.
>
> "Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu. Ela foi pro mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela, mas ela não voltou (…) Quando eu quero pegar um vestido, eu digo: 'duas mucamas, por favor!'. Porque ninguém alcança lá em cima." Parece 1880, mas a frase é dita por Elizabeth Dolson, uma das bisnetas do coronel Lemos e proprietária da Fazenda Santa Eufrásia, ao receber turistas em suas terras, como pode ser visto nesse vídeo,onde ela se apresenta como se fosse uma sinhá. As visitas ainda são guiadas por ela, vestida com roupas de época, acompanhada de mulheres negras vestidas como escravas, servindo quem se disponha a pagar entre R$ 45 e R$ 65 pelo serviço.
>
> Elizabeth viveu em Chicago (EUA) por 23 anos, onde trabalhava com turismo, e diz ter trazido de lá a ideia de encenar a escravidão, desconsiderando todo o debate sobre escravidão e raça feito nos EUA e Brasil. "Racismo? Por causa de quê? Por que eu me visto de sinhá e tenho mucamas que se vestem de mucamas? Que isso! Não! Não faço nada racista aqui. Qual é o problema de ter… não!", respondeu, desconcertada, ao ser questionada sobre o racismo de seu teatro (RBA, 2016).

Logo abaixo, outra foto era apresentada com a seguinte legenda: "Elizabeth Dolson, herdeira da Fazenda Santa Eufrásia, que teve a ideia de se vestir de Sinhá para atrair turistas" (RBA, 2016). E a reportagem continuava com o seguinte teor:

> A sinhá tem um empregado que se veste de mucamo e contrata – de acordo com a demanda – mulheres para se vestirem de mucamas. "É um empregado, que mora aqui, que me ajuda, que se veste de mucamo também. Mas ele é branquinho! Então, a cor não tem nada a ver. Eu sou mais morena que esse empregado", justifica.
>
> Essa postura não é vista como um problema, como reprodução cotidiana e suavizada de racismo. Em portais com dicas de turismo é possível ver elogios como: "D. Elisabeth nos recebe com gentileza, com trajes da época e nos conta a bela história da fazenda e de sua família".
>
> Para o historiador Luiz Antônio Simas, colégios e universidades ensinam a pensar exclusivamente com a cabeça do ocidente. "A escola brasileira é reprodutora de valores discriminatórios e inimiga radical da transgressão necessária. Não adianta a adoção de cotas para negros e índios se o ambiente escolar continuar reproduzindo apenas uma visão de mundo branca, cristã, européia, fundamentada em conceitos pré-concebidos de civilização que negam os saberes ancestrais e as

invenções de mundo afro-ameríndias", diz.

História sem história

À época do primeiro recenseamento nacional, em 1872, 58.2% da população de Vassouras era escrava, quase 60% dos homens e 56.4% das mulheres, para um total de pouco mais de dez mil habitantes. Situação parecida com a da vizinha, Valença, onde fica o maior quilombo do Estado do Rio. Em 1873 havia 27 mil escravos em Valença, o que equivalia a mais de 70% da população da época. Hoje, quase metade da população valenciana é negra, mas a proporção de pessoas brancas que ganham acima de cinco salários mínimos é 29 vezes maior do que o de negras (pretas e pardas). Por outro lado, pessoas negras ganham até dois salários mínimos numa taxa 1,7 vez maior do que seus vizinhos brancos.

Ou seja, os negros em Valença — assim como no resto do país — trabalharam muito, deram o sangue — literalmente — mas não conseguiram se mover na pirâmide social. Por outro lado, os donos de fazendas — que já não pagaram por trabalho — são indenizados quando suas terras são reconhecidas como terras quilombolas, aquelas onde pessoas escravizadas e seus descentes encontravam refúgio e resistiam contra a escravidão.

É caso do Quilombo São José da Serra, em Valença. «Hoje é um dia muito importante, porque hoje nós vamos ter uma vitória, que a gente já vinha atrás dela não é de hoje.» O hoje, dito por Tio Mané, foi em abril de 2015. "Sou nascido e criado aqui. Tô com 95 anos, mas nascido aqui mesmo." Tio Mané nasceu livre, 12 anos após a abolição, na terra onde sua mãe foi escravizada e onde hoje cria filhos, netos e bisnetos. No quilombo vivem aproximadamente 200 negros, que são a sétima geração desde os primeiros africanos feitos escravos comprados para trabalhar nas lavouras de café da fazenda de mesmo nome, São José.

Há pouco mais de um ano a Justiça reconheceu a área de 159 hectares como terra quilombola. Os proprietários foram indenizados em R$ 569 mil pela área. Escravizados renderam ganho duplo: foram forçados a trabalhar por anos e, agora, rendendo indenização na terra onde foram explorados.

Política Pública Racista

"Somos todos iguais." "Sou neto de imigrantes e meus pais trabalharam muito para chegarem onde chegaram." Não é raro se deparar com questionamentos como estes na tentativa de colocar em xeque políticas públicas de reparação – tais como a concessão de títulos de terras a descendentes de pessoas escravizadas e cotas – fazendo a comparação de que "meu pai chegou aqui sem nada e prosperou".

Mas não é bem assim. O Brasil incentivou a vinda estrangeiros brancos por meio de políticas públicas, com o intuito cristalino de embranquecer a população, já que a negritude era vista como um problema a ser enfrentado.

Ainda na Primeira República, o Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, sujeitava à autorização especial do Congresso a entrada de pessoas vindas da Ásia e da África. O intuito de clarear a população foi reiterado ao longo dos anos. Projeto de lei, em 1921 deliberava que "fica proibida no Brasil a imigração de indivíduos humanos das raças de cor preta". Dois anos depois, foi apresentado projeto que dizia: "É proibida a entrada de colonos da raça preta no Brasil e, quanto ao amarelo, será ela permitida, anualmente, em número correspondente a 5% dos indivíduos existentes no país". Anos mais tarde, o Decreto-lei nº 7.967/1945, sobre a política imigratória do Brasil, estabelecia que o ingresso de imigrantes no país deveria se dar observando "a necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia".

Através da imigração subvencionada, famílias brancas inteiras ganhavam passagens pagas pelo governo para emigrarem para o Brasil. Já os fazendeiros arcavam com os gastos do colono durante

> o seu primeiro ano de vida no país. Além disso, os colonos receberiam um salário fixo anual e mais um salário de acordo com o volume da colheita, fixado por alqueire de café produzido. Ou seja, não era só se esforçar.
>
> Com a entrada de imigrantes, parlamentares vislumbraram a esperança de um Brasil mais branco. Congressistas começaram a articular mudanças na Constituição de 1934, com medidas que demonstrassem o que a sociedade branca e alfabetizada idealizava para a educação no Brasil, promovendo a eugenia no país.
>
> A mesma Constituição que estabeleceu a garantia de ensino primário e sua gratuidade em todo o estado nacional brasileiro, também estabelecia, em seu artigo. 138: "estimular a educação eugênica", ou seja, o governo estava apostando no "aperfeiçoamento da espécie humana", através de cruzamento entre os "bem dotados biologicamente" e também o desenvolvimento de programas educacionais para a reprodução consciente de "casais saudáveis", o cerne do nazismo. O artigo 138, estabelecia então que os mulatos, negros ou deficientes (de qualquer nível) eram limitados perante a educação, e que ações de ordem social, filantrópica ou educativas seriam apenas paliativas e não resolveriam o problema da raça.
>
> Esse documento durou poucos anos, mas a mentalidade persistiu. Anos mais tarde, o Decreto-lei nº 7.967/1945, sobre a política imigratória do Brasil, estabelecia que o ingresso de imigrantes no país deveria se dar observando "a necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia".
>
> Atualmente, temos uma lei que define o crime de racismo e outra que define injúria racial, que tem penas mais brandas e é mais comumente aplicada. A aplicação eufemística da lei é mais um exemplo de como o Brasil continua a negar a existência do racismo.
>
> Como bem disse Joaquim Nabuco: "Não basta acabar com a escravidão. É preciso destruir sua obra". Mal acabamos com um, e estamos longe de acabar com o outro (RBA, 2016).

A última fotografia que ilustrava a reportagem apresentava uma mulher negra, com vestes brancas, arrumando uma mesa, tendo a seguinte legenda: "'Escrava' se prepara para servir turistas na fazenda" (RBA, 2016).

Outra matéria na internet, abordo o caso da seguinte maneira: "Escravidão é tratada como atração turística em fazenda no RJ" (ABRIL, 2016). Segundo a reportagem, "em nome da imersão histórica, os visitantes de uma antiga fazenda cafeeira são servidos por funcionários negros vestidos de escravos" (ABRIL, 2016). No seu texto, era possível perceber a dimensão internacional:

> O veículo americano The Intercept publicou nesta terça-feira (6) uma reportagem chocante sobre o dito turismo histórico no Vale do Paraíba, região interiorana do Rio de Janeiro. A matéria da correspondente brasileira Cecilia Olliveira denuncia a forma como a Fazenda Santa Eufrásia está naturalizando a escravidão ao oferecer uma experiência de imersão ao passado.
>
> Como parte do passeio à propriedade construída por volta de 1830, funcionários negros fazem as vezes de escravos, servindo os visitantes. Quem também participa da encenação é a proprietária da fazenda, Elizabeth Dolson, uma das bisnetas do coronel que ali morava séculos atrás. Vestida de sinhá, ela é a cicerone dos turistas.
>
> "Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu. Ela foi pro mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela, mas ela não voltou (…) Quando eu quero pegar um vestido, eu digo: 'duas mucamas, por favor!'. Porque ninguém alcança lá em cima", diz ela nesse vídeo onde apresenta as dependências da fazenda:
>
> [VÍDEO NÃO DISPONÍVEL]
>
> Na gravação, Elizabeth também aparece mostrando um instrumento usado para torturar escravos, o chamado viramundo. Orgulhosa, ela comenta que é muito raro encontrar um viramundo com chave hoje em dia e que o objeto lhe foi dado de presente. Sem nenhum tipo de reflexão a respeito da carga cruel que tal ferramenta carrega. Aquilo é apenas um presente especial, nada mais. Com

essa mesma naturalidade, a sinhá aponta para o local onde ficava a senzala.

"Ah, mas isso tudo é história, não há nada de errado em mostrar como era aquela realidade", dirão muitos. E, em resposta a isso, a reportagem do The Intercept traz um paralelo muitíssimo oportuno: experimente fazer uma visita aos locais históricos do holocausto, ou a algum museu sobre o tema. O clima é completamente outro!

Em Auschwitz* (o maior campo de concentração nazista), por exemplo, há espaços onde tirar fotos é proibido, em respeito às vítimas da barbárie nazista. Já no local onde funcionava a câmara de gás, é solicitado que os visitantes fiquem também em silêncio e, durante toda a visita, os guias estimulam a reflexão e o pensamento crítico a respeito do que se passou ali. Os fatos históricos são contados e recontados, mas não de maneira leviana.

Revisitar a história do nosso país é algo extremamente válido e, com certeza, isso deveria ser mais incentivado pelos órgãos de turismo. Acontece que é inadmissível que haja uma naturalização das atrocidades cometidas no passado. Muito pelo contrário! Ao invés disso, é preciso que esse tipo de imersão – como a feita na Fazenda Santa Eufrásia – sirva para estimular a consciência de que o Brasil carrega consigo uma dívida histórica com o povo negro.

* A repórter esteve em Auschwitz, na Polônia, em 2011 (ABRIL, 2016).

A percepção da existência de racismo despertou a atenção do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro. Matéria publicada no dia 5 de maio de 2017 apresentava a seguinte chamada no título: "MPF quer o fim do turismo da escravidão em fazenda no interior do Rio de Janeiro" (RBA, 2017) e no corpo do texto destacava:

São Paulo – O Ministério Público Federal (MPF-RJ) espera celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a Fazenda Santa Eufrásia, localizada em Vassouras, interior do Rio de Janeiro, neste sábado (6) para acabar com a prática, naquela propriedade, do chamado turismo da escravidão.

Reportagem de dezembro do The Intercept Brasil, reproduzida também pela RBA, demonstrava como turistas eram atraídos com simulações e encenações do período da escravidão, que eram realizadas na fazenda, cujas instalações datam do século 19. Nessas simulações, identificadas como sendo de cunho racista, a proprietária, Elizabeth Dolson, se trajava como sinhá e recebia os hospedes com seus empregados vestidos como escravos.

"Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu. Ela foi pro mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela, mas ela não voltou (…) Quando eu quero pegar um vestido, eu digo: 'duas mucamas, por favor!'. Porque ninguém alcança lá em cima.", dizia Elizabeth, ao recepcionar os turistas.

Após a divulgação da reportagem, o MPF decidiu investigar e constatou a veracidade da situação relatada. Os procuradores identificaram, ainda, violação de direitos fundamentais na programação turística da fazenda, bem como possível violação ao patrimônio histórico, tendo em vista a sua finalidade de educação e reparação simbólica de violações de direitos perpetradas no local em tempos passados. A Fazenda Santa Eufrásia é única propriedade particular tombada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional no Rio de Janeiro (Iphan-RJ) no Vale do Café.

Com o TAC, as encenações estão proibidas, bem como a utilização de vestimentas, por pessoas brancas ou negras, que façam alusão ao passado da escravidão, o que vale tanto para os proprietários e funcionários, como para os visitantes. Os materiais de divulgação também não devem fazer uso desses conteúdos.

Para que a propriedade receba o selo Fazenda sem Racismo, deverá instalar na área externa à casa, em até 60 dias, em local de fácil acesso aos visitantes, duas placas: uma trazendo o nome das 162 pessoas escravizadas na fazenda até o ano de 1880, e outra explicando a história do local.

A Fazenda Santa Eufrásia deverá produzir folhetos educativos tratando da história da população de escravos que viveram na propriedade. Administradores e funcionários responsáveis pela recepção aos visitantes passarão também por curso de capacitação. Em caso de descumprimento do acordo, a multa diária prevista é de R$ 5 mil.

> "Com isso, vamos contribuir para a superação da associação da imagem do negro ao 'escravo' em nossa sociedade e ainda esclarecer que africanos e seus descendentes foram escravizados e não 'nasceram escravos' e que ninguém 'descende de escravos', tratando-se de pessoas, de homens e mulheres, de seres humanos que foram criminosa e injustamente escravizados", explica o procurador da República Julio José Araújo, em nota oficial (RBA, 2017).

Foi neste contexto, que levou a proposta ao grupo de pesquisa, propondo aos integrantes que tivessem o desejo, a realização da pesquisa envolvendo o caso da Fazenda Santa Eufrásia.

O tema da pesquisa envolve as relações étnico-raciais brasileiras e sua delimitação está relacionada ao caso denunciado como de turismo da escravidão, ocorrido em Vassouras (RJ), e o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a gestora da Fazenda Santa Eufrásia.

A pesquisa teve como objetivo geral contribuir para a produção de conhecimentos relativos às relações étnico-raciais brasileiras e como objetivos específicos (a) investigar os limites e possibilidades dos denominados TACs; (b) examinar o TAC da Fazenda Santa Eufrásia na perspectiva de sua contribuição para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas.

Em relação à metodologia, a pesquisa bibliográfica teve como foco as questões jurídicas relacionadas aos TACs. A pesquisa documental teve como foco o TAC em referência, a Lei 10.639/2003, e as "Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana".

3 O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA

Com o auxílio da doutoranda em Direito Maria Lucia Sucupira Medeiros procedeu-se uma breve revisão da questão relacionada ao Termo de Ajuste de Conduta. Inicialmente, a proposta de texto apresentada pela aluna conduzia o leitor para uma reflexão sobre a significação de termo de ajuste de conduta (TAC) na língua portuguesa. O Termo de Ajustamento de Conduta pode ser visto como "como instrumento democrático para a defesa do direito fundamental do ambiente, já que esse constitui hoje uma alternativa extrajudicial para a prevenção e/ou reparação dos danos ao meio ambiente" (TREVISAN; COLOMBO, 2009, p.339).

Para a doutoranda, nos debates travados durante a pesquisa, ficou patente a posição de coercitividade do Ministério Público, já que caso a parte não topasse o ajuste a alternativa seria responder aos termos de uma ação civil pública.

Para Mazzilli (2006, p. 12):

> "[...] o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei)"

Nos debates travados no grupo, a percepção foi no sentido de que a coercitividade que emana do Ministério Público afasta a possibilidade de alguém, por livre e espontânea vontade, admitir que está praticando, de forma deliberada, um crime ambiental ou outro qualquer, encaixado no conceito dos interesses difusos, tão bem explicitados pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Isto também se deve pelo fato do termo de ajuste de conduta se revelar um momento negocial que pode evitar o inquérito e a propositura da ação civil pública, caso entenda o Ministério Público se for o caso.

Em pesquisa realizada por Trevisan e Colombo (2009) percebeu-se que o TAC se revelou que um método rápido e eficaz para a solução de conflitos de natureza ambiental. Neste contexto "[...] a prática do ajuste de conduta ocorre em número cada vez maior, o que demonstra ser esse instrumento um método

eficaz na solução de conflitos ambientais extrajudiciais" (TREVISAN;COLOMBO, 2009, p.356).

Noutra perspectiva, Mazzilli (2006, p. 17) sustenta:

> "[...] nada impede que um órgão legitimado tenha tomado um termo de compromisso de ajustamento com o causador do dano, e, a seguir, um outro colegitimado público, considerando insatisfatório o acordo obtido, venha a tomar, do causador do dano, um compromisso ainda mais abrangente".

Para o referido autor, o TAC "é ato administrativo negocial, não uma verdadeira transação e [...] pode ser aprimorado, mas desde já é garantia de acesso à Justiça" (MAZZILLI, 2006, p.1).

Não obstante a percepção do poder de coercitividade natural do Ministério Público, em tese, os integrantes do grupo de pesquisa também tiveram a percepção de que o termo de ajuste de conduta, em tese, também poderia se prestar para uma negociação e ajuste sem a necessidade de homologação judicial. Neste sentido, anotaram a ressalva de Mazzilli (2006, p. 11) no sentido de que "só podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva" [...] "mas só aqueles que somam à sua condição de legitimados ativos a condição de órgãos públicos".

Uma questão interessante surgida nos debates envolvia a possibilidade de judicialização posterior, hipótese admitida por MAZZILLI (2016).

4 RESULTADOS DA PESQUISA

Os principais resultados da pesquisa consistem: (a) reconhecimento do TAC como meio alternativo da solução de conflitos; (b) no reconhecimento do TAC como instrumento viável para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas.

No que se refere ao segundo ponto, especialmente num trabalho que nasce de uma situação concreta em que se naturaliza o racismo, torna-se fundamental destacar, para que se possa perceber a confusão muitas vezes feita pelas pessoas, por ignorância ou mera conveniência de não desejarem abrir mão de seus privilégios, a percepção social do que seja racismo, discriminação e preconceito racial, já que sob a mesma expressão racismo foram tratados objetos distintos, enquanto categorias de análise.

> Ou seja, sob o rótulo de racismo, são tratados objetos tão distintos quanto os sistemas de classificação racial, o preconceito racial ou de cor, as formas de carisma (para usar o conceito de Elias), que podem ser observadas em diversas instituições e comunidades, a discriminação racial nos mais distintos mercados, e as desigualdades raciais e sua reprodução. (GUIMARÃES, 2008, p. 99 e 100)

A opção adotada sobre o que seja raça, para os fins deste trabalho, é no mesmo sentido daquela que se valeu Ahyas Siss:

> [...] a variável raça não deve ser percebida biologicamente, mas como mecanismo de estratificação social que opera fundamentado na percepção da diversidade fenotípica como, por exemplo, cor de pele, textura de cabelo, e outros sinais diacríticos. A raça constitui um mecanismo importante e poderosíssimo na medida em que opera enquanto determinante de distinção social, ou seja, da alocação dos indivíduos na estrutura social. As desigualdades sociais podem ser, então, percebidas como histórica e socialmente produzidas, constituindo-se como resultado de relações de poder assimétricas, social e politicamente construídas. Nesta perspectiva raça aqui se distancia de qualquer filiação a determinismos biológicos, ao mesmo tempo em que rompe com reducionismos simplistas de classe, os quais concebem a raça como um mero epifenômeno de classe, na vã expectativa de que a categoria classe social seja explicativa de todos os fenômenos sociais que ocorrem sob o sol. (SISS, 2010, p. 37-38)

Como visto, a palavra raça deverá ser entendida como mecanismo de estratificação social, isto porque, como visto:

> [...] no Brasil, a teorização de "raças", definidas como formas de classificar e identificar que podem

> produzir comunidades, associações ou apenas modos de agir e pensar individuais, constitui, para a sociologia, o instrumento apto a revelar condutas políticas e instituições que, ainda que inadvertidamente, conduzem a discriminação sistemática e à desigualdade de oportunidades e de tratamentos entre grupos de cor. (GUIMARÃES, 1999, p. 66 e 67).

E, portanto:

> Se as raças não existem num sentido estrito e realista de ciência, ou seja, se não são um fato do mundo físico, elas existem, contudo, de modo pleno, no mundo social, produtos de formas de classificar e de identificar que orientam as ações humanas. (GUIMARÃES, 1999, p. 67).

Como sempre escrevo, no contexto de um esforço de desconstrução do discurso que não somos racistas, vale trazer a contribuição de Guimarães (1999, p. 60):

> Assim é o racismo brasileiro: sem cara. Travestido em roupas ilustradas, universalistas, tratando-se a si mesmo como anti-racismo, e negando, como anti-nacional a presença integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro. Para este racismo, o racismo é aquele que separa, não o que nega a humanidade de outrem; desse modo, racismo, para ele, é o racismo do vizinho (o racismo americano).

5 CONCLUSÕES

As principais conclusões estão relacionadas a necessidade de uma mudança na apresentação de fatos históricos, visando contribuir para a valorização da história e cultura dos afro-brasileiros e dos africanos, e para a educação de relações étnico-raciais positivas.

Quando propus a criação do Projeto de Extensão Social denominado NÚCLEO DE ESTUDOS AFRO-BRASILEIROS E INDÍGENAS (NEABI), que propus e coordenei no período de 2016/2017, tinha em mente as possibilidades da contribuição da Universidade Estácio de Sá para a percepção da diversidade étnico-racial brasileira, a partir da disseminação da história e cultura afro-brasileira e indígena, o que me fez sustentar que o processo de reivindicação de um conteúdo que privilegiasse a história e a cultura africana teve início com a abertura democrática do país, em 1979, e com os preparativos para a Constituinte, em 1985, época em que o Movimento Negro levantou a bandeira de luta para reivindicar a elaboração de políticas afirmativas no Brasil, inclusive para a mudança do enfoque eurocêntrico dos conteúdos escolares.

Com a promulgação da atual Carta Política, em 1988, tivemos um grande avanço no que se refere à constitucionalização das questões raciais no Brasil. Porém, apesar desse ponto positivo na Constituição Brasileira de 1988 e na legislação subsequente, ainda em 2018 permanece no imaginário nacional o mito da democracia racial, o que nos desafia no sentido de promover algumas outras reflexões no contexto histórico.

Tenho em mente que o trabalho tem que continuar em tal sentido e o Caso da Fazenda Santa Eufrásia viabilizou um recorte histórico com uma questão que envolve o interesse direto dos alunos do Direito, no caso, o Termo de Ajuste de Conduta. Do estranhamento inicial desse recorte interdisciplinar, aos poucos, os debates no grupo de pesquisa reuniram profissionais e alunos com formações diversificadas.

Por intermédio da pesquisa, ao final, se revelou a importância da Lei 10.639/2003 por viabilizar a mudança na educação básica, inaugurando uma nova etapa de reflexões na sala de aula sobre a questão racial brasileira. Outras iniciativas, como a própria pesquisa em exame a e atividades de extensão social, demonstram a importância da temática étnico-racial na formação de licenciados, tecnólogos e bacharéis.

REFERÊNCIAS

Escravidão é tratada como atração turística em fazenda no RJ. ABRIL. Disponível em: < https://mdemulher.abril.com.br/cultura/escravidao-e-tratada-como-atracao-turistica-em-fazenda-no-rj/>. Acesso em: 23 nov. 2018.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil.** São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

_____. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.

_____. **Preconceito Racial: Modos, Temas e Tempos.** Cortez editora: São Paulo, 2008

_____. **Discriminação e preconceito raciais.** *In: Notícias e reflexões sobre discriminação racial.*

HOUAISS. **Dicionário On Line Português**. Disponível em: <http//www.dicio.com.br/ Houaiss>. Acesso em: 14 agosto. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental,*v.41,p.93, Jan/2006, DRT/2006/25.

MPF quer o fim do turismo da escravidão em fazenda no interior do Rio de Janeiro. RBA. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/12/turistas-podem-ser-escravocratas-por-um-dia-em-fazenda-sem-racismo-834.html>. Acesso em: 23 nov. 2018.

SISS, Ahyas. **Afro-brasileiros e qualidade da educação: transformações e possibilidades.** *In* CAMPOS, Marília Lopes de. SANTOS, Ana Cristina Souza dos. (Orgs.). Diversidade e Transversalidade nas práticas educativas. Rio de Janeiro: Nau: EDUR, 2010.

TURISTAS PODEM SER ESCRAVOCRATAS POR UM DIA EM FAZENDA 'SEM RACISMO'. RBA. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/12/turistas-podem-ser-escravocratas-por-um-dia-em-fazenda-sem-racismo-834.html>. Acesso em: 23 nov. 2018.

TREVISAN, Juliane; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de tutela preventiva e reparatória dos danos ambientais**: análise dos TACs firmados pelo Ministério Público Estadual no município de Pinhalzinho. *Espaço Jurídico, Joaçaba,*v.10, n.2,p.339-358/2009, jul/dez.2009.

GT18: MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: ATORES, PRÁTICAS E SIGNIFICADOS NA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

A MEDIAÇÃO DOS EXCLUÍDOS COMO VOZ DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Roséle Joaquim Centeno[1]

Pedro Ernesto Neubarth Jung[2]

RESUMO: Há algum tempo fala-se que o modelo tradicional de resolução de conflitos não consegue abarcar de maneira satisfatória todos os anseios da sociedade contemporânea. Dessa forma, diante da busca pela pacificação entre os envolvidos em controvérsias, ou de modo mais abrangente, diante da atual situação dos refugiados, constata-se ser necessária a utilização de formas alternativas capazes de encontrar um caminho eficiente para as novas demandas que surgem com as novas realidades. Assim, crendo na força transformadora da mediação, o presente trabalho pretende responder se a proposta de mediação de Luis Alberto Warat, em especial seus escritos acerca dos excluídos, pode ser um caminho para resolver os problemas dos refugiados no Brasil, a partir do respeito às diferenças, particularidades, haja vista que o outro, assim como nós, é um sujeito que possui emoções, medos e cultura própria. Como amparo teórico para a compreensão desta complexa relação pretende-se utilizar os estudos de Luis Alberto Warat, no que diz respeito à mediação dos excluídos, e, ainda, o método dedutivo de pesquisa, atrelado a revisão da literatura nacional e internacional. Entende-se que através da mediação dos excluídos seja possível recuperar as diferenças que se perderam com a migração forçada, considerando que os indivíduos tiveram que abandonar a sua cultura em virtude de catástrofes, sejam elas sociais ou ambientais, necessitando assim se adequarem à realidade dos países que os receberam.

Palavras-chave: Crise Humanitária. Conflito. Refugiados. Mediação em Luis Alberto Warat. Cultura de Paz.

1 INTRODUÇÃO

O caos humanitário é algo cada vez mais presente na sociedade complexa, haja vista que essa, considerando as suas diversas transformações, acaba por elevar de maneira significativa a problemática dos refugiados ao invés de mitigá-la. O atual modelo social global portanto, não vem conseguindo servir como ferramenta capaz de diminuir o número de pessoas que se encontra em crise e são forçadas a migrar, tão pouco atua como um instrumento capaz de proporcionar uma verdadeira cultura de paz.

Considerando tais fatos, e através da utilização do marco teórico presente nos estudos de Luis Alberto Warat, é que se busca, através do presente estudo, responder a seguinte problemática: a proposta de mediação do excluído pode ser um caminho para resolver o problema dos refugiados, a partir do respeito às diferenças e particularidades, haja vista que o outro, assim como nós, também é um sujeito que possui emoções, medos e cultura própria.

Nessa toada, tem-se que o objetivo central do presente ensaio gire em torno da verificação de como esse modelo de mediação, ora proposto por LAW, funcionaria como instrumento de pacificação social, capaz de não apenas recuperar as diferenças que se perderam com a migração forçada, em especial a crise dos refugiados no Brasil, mas também servir de caminho a voz desses.

Destaca-se, por fim, que o texto adotará como método o dedutivo, utilizando-se a revisão da literatura nacional e internacional como instrumento para obtenção das considerações necessárias.

[1] Graduada em Direito pela UNISINOS. E-mail: ro-centeno@hotmail.com

[2] Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. E-mail: pedroneubarth@gmail.com

2 A MEDIAÇÃO DOS EXCLUÍDOS

A mediação pode ser definida como um meio que através da intuição, e de forma natural, procura-se enfrentar conflitos que colocam em oposição dois ou mais indivíduos, pontos de vista e posições diferentes.[3] O meio utilizado para solucionar a controvérsia será o diálogo, na falta de consenso provavelmente um terceiro será chamado, a fim de que possa facilitar o diálogo ou amenizar o ambiente para que seja possível chegar ao consenso.[4]

A mediação não é um método novo de resolução de conflitos, relatos sobre árbitros e mediadores remontam períodos anteriores a Jesus Cristo. Mediadores atuavam, e ainda atuam, por exemplo, no âmbito das religiões, ou seja, a resolução dos conflitos por meio de métodos diversos à violência não é novidade.

A mediação é multidisciplinar e interdisciplinar, haja vista que se relaciona com diversas áreas, como expõe Nunes:

> As várias disciplinas que envolvem a mediação, a multidisciplinariedade, como o Direito, a Filosofia, a Psicologia, a Comunicação, a Complexidade, a Teoria dos Jogos, a Ética, entre outras, precisam de intensa intercomunicação entre elas, a interdisciplinaridade, para gerar sinergia e o enriquecimento recíproco na atuação do mediador. Essa abordagem transversal, esse cruzamento entre os saberes, gera a transdiciplinaridade.

Faz-se oportuno mencionar que Warat trabalha com a noção de mediação dos saberes, e não com as de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, conforme se observa:

> [..] no hablo de interdisciplinariedad, ni de transdiscipliariedad, prefiero trabajar com la noción de mediacíon de los saberes. Esto, por que considero que los espacios dialógicos que se van abriendo, además de carnavalizados, son focos de permanente enfrentamiento y disputa.[5]

Diversos são os âmbitos de aplicação da mediação, desde "[...] o escolar ao sanitário, passando pelo familiar, o intercultural, o trabalhista, o escolar, a penitenciária, o organizacional, o comunitário e outros"[6].

Posições opostas que romperam a comunicação entre as partes podem ser recuperadas por meio da mediação. Considerando que há uma troca comunicacional, os integrantes do conflito expõem seus pontos controvertidos e, a mediação será o meio utilizado para conduzir o conflito e gerar um consenso. E aqui há que se destacar o desafio que a mediação enfrenta, que segundo Spengler é o de "[...] encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica".

Na mesma linha Gergen entende que a convivência isenta de conflitos é improvável, mas é necessário procurar meios que impeçam que divergências gerem violência, guerras, mortes, existe um grande desafio atual à nossa espécie, que é o de conseguir conviver com os outros. Assim, o autor entende que o diálogo é o melhor caminho na resolução de conflitos, e propõe um diálogo que seja transformador.

Segundo Gergen:

> O diálogo transformador pode ser visto como qualquer forma de intercâmbio que consiga transformar uma relação entre indivíduos que, do contrário, estão comprometidos com realidades separadas e antagônicas (e suas práticas relacionadas) em uma relação na qual realidades comuns e solidificadoras estejam sendo construídas.

---

[3] SICA, Leonardo. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social "crime pena". In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 161.

[4] SICA, Leonardo. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social "crime pena". In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 161 a 191.

[5] *[...] não falo de interdisciplinaridade, nem de transdisciplinaridade, prefiro trabalhar com a noção de mediação do conhecimento. Isso porque acredito que os espaços dialógicos que estão se abrindo, além de serem carnavalizados, são o foco de um confronto e disputa permanente. [...].* (Tradução nossa). WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997. p. 43.

[6] MARTÍN, Nuria Belloso. A mediação: a melhor resposta ao conlito? In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 335.

Diferentemente de pensar em um modo de diminuir os processos que lotam as estantes das varas judiciais, a mediação é um caminho capaz de colocar os envolvidos como protagonistas na resolução de seus conflitos, por meio da autonomia dos envolvidos, pela redução da dependência do juízo e pela busca do consenso que seja capaz de restabelecer a comunicação.

Luiz Alberto Warat define mediação como:

> [...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou **acordo transformador** das diferenças.

A ideia de vincular a mediação à ecologia política é uma tentativa de remeter à possibilidade de transformar os conflitos, que indique mais do que uma decisão, que leve "[...] **a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas no conflito**".

Mais do que um acordo, havendo a modificação das relações e uma melhor posição em relação à administração dos conflitos, haverá êxito na medição, considerando que sua finalidade é reestabelecer vínculos desfeitos e permitir que as partes, ainda que não extinto o conflito, possam com ele conviver.[7]

De uma maneira bastante particular Luiz Alberto Warat renova sua ideia de mediação, no que se refere aos livros *O ofício do mediador I* e *O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados*.[8] No último ele valoriza o diálogo, haja vista que é necessário dialogar para mediar os pontos em que existe divergência. E ressalta:[9] "[...] que é impossível ensinar alguém a mediar. Ninguém, acrescento, pode ensinar nada a ninguém; só podemos ajudar o outro a aprender alguma coisa [...] onde o mestre ajuda na medida em que aquele que queira aprender assume a própria responsabilidade sobre sua vida, trabalha sobre a própria existência e a própria experiência de aprender"[10].

Conforme Rocha e Gubert:

> Warat resgata sua própria experiência com os programas de Humanização da Justiça e dos Balcões de Direito do Ministério da Justiça, fazendo um contraponto crítico com a experiência de mediação norte-americana, de caráter mais burguês, voltada para os conflitos entre familiares e vizinhos, refletindo sobre os avanços e retrocessos de sua vivência concreta com os Balcões de Direito do Rio de Janeiro.[11]

Os problemas que assolam a população somente poderão ser resolvidos com diálogo, por meio da *mediação dos excluídos*. A violência não pode trazer a paz aos conflitos, mas sim o diálogo, que é o único capaz de trazer às comunidades o *sentido da pertinência*.[12]

Na oportunidade em que falamos de exclusão, ou esquecimento pelo Estado, se faz importante trazer algumas considerações de Eligio Resta sobre o direito fraterno. Este apareceu de maneira tímida com as grandes revoluções, tendo permanecido no subúrbio em relação aos outros ideais da Revolução Francesa (igualdade e liberdade), voltando de maneira anacrônica com as propostas que apresentou no passado.[13]

Nessa senda, a atualidade nos mostra que a forma estatal está desgastada, porquanto opera com um "[...] mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros".[14]

---

[7] HUBERMAN, Karina. O processo de mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo:** a mediação no direito. 2. ed., Buenos Aires: Almed, 1999.

[8] ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARAT. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 33, n. 01, 2017, p. 120. Disponível em: <ttps://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

[9] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03.

[10] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03, p. 194.

[11] ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARAT. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 33, n. 01, 2017, p. 121. Disponível em: <ttps://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

[12] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03, p. 193.

[13] RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 12.

[14] RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 12.

> O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar 'comum', somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade.[15]

Para Warat[16] as características da mediação são: "[...] sensibilidade, compaixão, alteridade, contágio (afinidade eletivas) e diálogo". Em relação à última:

> [...] o diálogo depende da descoberta por parte dos que se comunicam daquilo que eu chamo de afinidade eletivas, que permitem às partes descobrir o comum; essa tarefa não é fácil. O reconhecimento do comum exige que o encontro com o semelhante me torne insuportável ao diferente que me afasta.

Uma crítica muito forte de Luiz Alberto Warat é direcionada ao racionalismo, haja vista que ele deixa os juristas e o Poder Judiciário surdos, pois eles não conseguem escutar a "voz que vem da rua". A contrariedade de Warat à postura tradicional daqueles que trabalham com o Direito fica muito clara, e ele entende que o novo no Direito é produzido por aqueles que são excluídos, por isso a concepção de que a "rua" é quem produz o Direito.[17]

Há uma força social na mediação capaz de retirar os operadores do direito de seus labirintos, e levá-los para o mundo, para a existência. Por isso, que introduzir a mediação no mesmo rito processual pelos quais os conflitos geralmente são submetidos, pode ser contraproducente. Assim, é necessário que a prática jurídica aproxime-se dos excluídos.[18]

Estendo ao Direito a interpretação da metáfora do livro *A biblioteca de Babel*, de Jorge Luis Borges, Warat[19] fala:

> Posso prolongar a metáfora da biblioteca sem saída ao mundo para o estado de espírito do normativismo no Direito: a maioria dos juristas acreditam também que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça.

A falta de sensibilidade afeta as pessoas de uma maneira geral, que é provocada pelo crescimento virtual. Warat alerta que essa nova realidade acabará com a autonomia, pois haverá um outro virtual que terminará por furtar nossos desejos.[20]

O mundo virtual provocará a extinção do outro, a consequência será a perda da função da reprodução simbólica com o outro, assim, seremos privados da noção de pertencimento simbólica em relação à nossa espécie:[21]

> [...] ser privado do outro é ser privado da sexualidade, que é nossa condição de pertencimento simbólico à espécie. Seríamos privados da fantasia, dos desejos e afetos como condições de produção dos sentidos. Fantasia, desejo e carinho são coisas que se realizam com o outro.[22]

---

[15] RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 13.

[16] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03, p. 210.

[17] MELLEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Mediação Waratiana: uma aposta na alteridade. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha; LOIS, Cecilia Caballero; MELEU, Marcelino. **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito:** Cátedra Luís Alberto Warat. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 200 a 219. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

[18] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

[19] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

[20] WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997, p. 11.

[21] WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997.

[22] *[...] estar privado del otro es estar privado de sexualidad, que es nuestra condición de pertenencia simbólica a la especie. Estaríamos*

A alienação ocasionada pela virtualidade também provocará a perda da alteridade. Todavia a supressão do outro será maléfica para toda a espécie humana.[23] Diante de tal realidade, ao mediador cabe uma tarefa muito importante que é de:[24]

> [...] ajudar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar em comum. A modernidade nos impôs a necessidade de fazer tudo sozinhos. Agora é preciso que alguém nos ajude a aprender a fazer tudo em comum.[25]

Outro fator determinante a promover o nosso distanciamento da sensibilidade e do amor são as grandes catástrofes transmitidas pela mídia. Nota-se que de certa forma há um prazer no consumo das mazelas e misérias humanas. Tal atitude pode acabar nos transformando em uma espécie de vampiro que sobrevive sugando as misérias alheias.[26]

Diante de tal realidade, há a manutenção do mercado do espetáculo das mazelas, gerando um equilíbrio entre os sentimentos simulados e a ética, a fim de que possamos mostrar nossa pena.[27]

Estamos diante da cultura do medo, que oculta o:[28]

> [...] fracasso do individualismo possessivo, de uma humanidade ocidental e judeu-cristã que foi absolutamente incompetente para assegurar a convivência pacífica com o outro, com as diferenças. Um grande fracasso em termos de alteridade. Um fracasso que se oculta por trás do exitismo individual. Mas ocultando que sempre esse êxito dependeu do extermínio do outro, do diferente.[29]

Precisamos resistir[30] "[...] apostar na cultura, na alteridade, no desejo. A resistência cultural. A cultura da paz, da mediação, da alteridade, do amor. A resistência da paz. A mediação dos excluídos"[31].

Diante de toda a sua experiência Warat chega a seguinte conclusão:

> 1)A mediação comunitária dos excluídos é a forma de praticar a cidadania e os direitos humanos como pedagogia; 2) que a construção dos espaços que garantem o diálogo dos excluídos é a forma transmoderna de fazer a revolução das autonomias (a revolução que não aspira a conquista do poder mas a inscrição do amor no mesmo).[32]

Portanto, é importante que os conflitos originados pela diversidade social sejam resolvidos pela própria sociedade, só assim será possível a sua transformação. Mas, se outorgarmos de maneira integral ao Estado tal responsabilidade não haverá o fortalecimento da comunidade, tampouco esta será capaz de produzir suas soluções, constituindo uma forma de alienação.[33]

---

*siendo privados de la fantasía, de los deseos y de los afectos como condiciones de producción de los sentidos. La fantasía, el deseo y el afecto son cosas que se realizan con el outro [...].*WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho:** los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997. (Tradução livre nossa).

[23] WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997, p. 11.

[24] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[25] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

[26] WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997.

[27] WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997.

[28] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[29] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

[30] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[31] WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24.

[32] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03, p. 312. Tradução livre nossa.

[33] FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar

3 A CRISE DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Contemporaneamente, o aludido modelo de mediação, ora proposto por Luis Alberto Warat, pode passar a receber um novo olhar por parte da sociedade global, um olhar a partir da crise dos refugiados, que cada vez mais se acentua e "vêm ganhando destaque no cenário mundial em função das enormes transformações sociais, políticas, econômicas, culturais e ideológicas experimentadas, bem como quanto às desigualdades regionais acentuadas e os conflitos bélicos crescentes"[34].

Nessa esteira, é cogente se asseverar a respeito do referido fenômeno que seja esse um fato propriamente dito complexo, já que cada vez mais a realidade está a se transformar em processos ainda mais dinâmicos e incertos, que não se sujeitam as insuficiências presentes nos modelos conservadores de observação e que são conhecidos por realizar uma abordagem estanque e desconectada, não conseguindo, dessa forma compreender de forma ampla e suficiente, os acontecimentos complexos da Sociedade contemporânea.[35]

A crise dos refugiados, portanto trata-se de uma problemática humanitária de cunho histórico que necessita ser revista e trabalhada sob novas perspectivas sociais e jurídicas,[36] pois nunca antes o mundo presenciou migratório tão grande. Weyermüller, nessa senda, escreve que:

> O mundo assistiu estarrecido ao fenômeno do afluxo de refugiados para a Europa e, principalmente, para a Alemanha, o destino final de centenas de milhares de homens, mulheres e crianças. Esse movimento revelou o horror da guerra e expôs a incapacidade das Nações Unidas em resolver um conflito local que já se arrasta há anos na Síria. [...], mas também de outros focos de conflito, sobretudo da África, [...]. Todos esses conflitos têm em comum a brutalidade, o desrespeito aos direitos humanos, a incapacidade de diálogo, a intolerância e fatores históricos não resolvidos ou mal resolvidos em tratados. [...].
>
> É desse contexto caótico e brutal que tem origem boa parte dos refugiados [...]. É possível se imaginar o sofrimento que essas pessoas trazem consigo e o nível de esperança que nutrem ao conseguir ingressar em um país diferente [...]. Vidas que antes tinham uma história, uma ligação com um lugar, uma tradição cultural e religiosa milenar e vínculos de amizade que dificilmente serão refeitos algum dia. Milhares dessas vidas estão agora em novo solo [...], convivendo com uma cultura totalmente diferente, até em coisas simples como a alimentação, [...].[37]

Contudo, não obstante a relevância desse caos humanitário, é importante se destacar que o Estado Brasileiro também enfrenta suas mazelas migratórias, já que é o quarto Estado no:

> [...] processo da emigração haitiana no continente. [...] o primeiro fluxo emigratório ocorreu em direção à República Dominicana no final do século XIX até os anos 1930; o segundo fluxo de emigrantes foi para Cuba, entre 1915-1930; e o terceiro teve como destino os Estados Unidos, em especial, a partir de 1960. Essa característica de país de emigração, a conjuntura econômica internacional, a presença militar brasileira, a dependência das remessas e as restrições à entrada de imigrantes nos Estados Unidos e França, destinos primazes da emigração do Haiti, são elementos importantes que inseriram o Brasil na rota da emigração haitiana.[38]

Aqui, contudo, cabe realizar-se um pequeno recorte, por analogia, da temática refugiados ambientais,

(Orgs.). **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 246.

[34] SILVA, Juliana Giovanetti Pereira; JUNG, Pedro Ernesto Neubarth. Um debate sobre os Deslocados Ambientais, Migrantes e Refugiados: observações a respeito da Vulnerabilidade Jurídica e Social. In: **Anais do IV Congresso Direito e Cultura: Migrações regionais, culturalismo e novas formas de conflito,** São Leopoldo, 2017.

[35] ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. COMUNICAÇÃO ECOLÓGICA POR NIKLAS LUHMANN. **Novos Estudos Jurídicos,** [S.l.], v. 19, n. 1, 2014, p. 240. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5549/2955>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[36] WEYERMÜLLER, André Rafael. **Refugiados na Alemanha**: história, direitos humanos e adaptação. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2018, p. 196.

[37] WEYERMÜLLER, André Rafael. **Refugiados na Alemanha**: história, direitos humanos e adaptação. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2018, p. 182 a 186.

[38] BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. MIGRAÇÃO DE CRISE: A MIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL. **Revista Brasileira de Estudos de População,** [S.l.], v. 34, n. 01, 2017, p. 123. Disponível em: <https://rebep.org.br/revista/article/view/887>. Acesso em: 06 mai. 2018.

de modo a se explanar que os refugiados, sejam eles ambientais ou não, são todos aqueles que fogem, de modo forçoso, de um determinado desastre, crise ou problema, não devendo assim ser confundidos com os migrantes que, por sua vez são aqueles que se deslocam voluntariamente em um contexto de estresse,[39] outrossim de acordo com Weyermüller, os refugiados são uma situação mais específica, pois "quando não se tem escolha, quando se é obrigado a sair de seu lugar de origem, abandonando sua cultura e sua história, tem-se um sujeito de direito diferenciado em virtude de sua evidente fragilidade e vulnerabilidade"[40].

Nesta esteira, e retomando a crise dos refugiados no Brasil, tem-se que recentemente esse processo (re)tornou-se a agravar, com a chegada de refugiados vindos da Venezuela e que de acordo com Pinto e Obregon, teve seu estopim graças:

> [...] a economia da Venezuela que girou quase em 100%, durante 16 anos – ao longo do governo de Hugo Chávez –, em torno da exportação de petróleo. Os maiores poços encontravam-se no referido país e sua exploração era relativamente barata, todavia, em 2014, o preço do barril de petróleo venezuelano sofreu uma brusca queda de preço.
>
> Nesse sentido, sendo a economia venezuelana praticamente toda baseada na exportação de petróleo, o país ficou prejudicado. Para piorar a situação o país entrou em recessão em meados de 2014 [...].
>
> Nesse sentido, como consequência [...], o governo venezuelano começou a distribuir cestas básicas para a população na tentativa de diminuir as necessidades do povo, visto que a queda nas importações juntamente à inflação na Venezuela explode de maneira a causar gigantesca crise de abastecimento, chegando a faltar itens básicos nas prateleiras dos supermercados.
>
> Entretanto, a crise venezuelana não se encerra somente com a crescente inflação e racionamento de itens básicos. Resta claro, principalmente por parte dos veículos midiáticos, que o país enfrenta tanto uma crise econômica, quanto uma crise política.[41]

Traduzindo a vinda de refugiados ao Brasil em números:

> O ano de 2017 foi o maior em número de pedidos de refúgio, desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos. Foram 13.639 pedidos no ano passado, 6.287 em 2016, 13.383 em 2015 e 11.405 em 2014.
>
> No total, 33.866 pessoas solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017. Os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Os estados com mais pedidos de refúgio são Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864), segundo dados da Polícia Federal.[42]

É claro aqui o fato de que, assim como ocorrido com os migrantes haitianos vindos ao Brasil, os refugiados venezuelanos, também passaram por grandes dificuldades, uma vez que o Estado Brasileiro possui grandes dificuldades de:

> [...] proporcionar aos imigrantes a garantia e efetivação dos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como os direitos fundamentais sociais estabelecidos nos artigos 6º e 7º do mesmo diploma legal (1988), que pelo princípio da isonomia também contido no artigo 5º, se estende aos estrangeiros, como o direito a saúde, educação, acesso à justiça, entre outros.

---

[39] MORRISSEY, James. RETHINKING THE 'DEBATE ON ENVIRONMENTAL REFUGEES': FROM 'MAXIMILISTS AND MINIMALISTS' TO 'PROPONENTS AND CRITICS'. **Journal of Political Ecology,** [S.l.], v. 19, 2012, p. 38. Disponível em: <http://jpe.library.arizona.edu/volume_19/Morrissey.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[40] WEYERMÜLLER, André Rafael. **Refugiados na Alemanha**: história, direitos humanos e adaptação. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2018, p. 152.

[41] PINTO, Lara Constantino; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A CRISE DOS REFUGIADOS NA VENEZUELA E A RELAÇÃO COM O BRASIL. **Derecho y Cambio Social,** Lima, n. 51, 2018, p. 04 a 06. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista051/A_CRISE_DOS_REFUGIADOS_NA_VENEZUELA.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[42] BRASIL. CONARE. **Refúgio em números**. [S.l.: s.n.], [2017?]. Disponível em: <hhttp://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.p df>. Acesso em: 20 maio 18.

> A garantia aos imigrantes dos direitos humanos fundamentais pode ser considerada um grande desafio [...], pois o acesso a estes pelos próprios nacionais é dificultosa, problemática e ineficiente, muitos brasileiros sofrem para acessar as redes de saúde, educacionais, por falta de recursos públicos, infraestrutura e política pública.[43]

Nessa esteira, em que pese vislumbram-se dificuldades, tem-se que seja necessária uma reformulação e ampliação das políticas estatais e sociais frente a esse novo fluxo que se direciona ao país, a fim de se garantir os direitos humanos dos referidos refugiados e suas famílias, uma vez que o Estado Brasileiro como receptor possui o dever de garantir a estes seres humanos, seja em virtude de sua legislações interna, ou em razão dos Tratados Internacionais firmados, os direitos humanos fundamentais, em virtude do princípio balizador da dignidade humana.[44]

Aproximando-se da ideia de Warat acerca dos excluídos, vemos assim algumas ações em âmbito global, como mostram os dados do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), em que jovens refugiados participaram de uma reunião em Genebra que tem por finalidade encontrar soluções para crianças e jovens refugiados.[45]

Na aludida reunião foram trazidas novas perspectivas para as negociações, como a de um jovem chamado Mohammed que fundou:

> [...] a ONG Voluntários Sírios na Holanda (SYVNL, em inglês), que já tem mais de 600 membros trabalhando para aproximar os refugiados sírios e as comunidades holandesas locais. Para ele, os refugiados não devem ser incluídos apenas nas consultas sobre o pacto, mas também no planejamento, monitoramento e avaliação.

Contudo, é imperioso afirmar-se que a elevação da problemática dos refugiados, no Brasil leve a um abandono estatal, em que pese hajam direitos fundamentais postos, pois a uma grave crise político-institucional no Estado Brasileiro, além de *paradoxos* que levaram os migrantes a ficarem às margens da sociedade, em que o Direito, mesmo criado pelo Estado, não pode ser aplicado, gerando assim um meta-código de inclusão/exclusão[46] desses refugiados. Destarte, considerando a existência desse código, faz-se imprescindível uma mudança na forma como estamos a tratar nossos semelhantes, pois tal qual nós brasileiros são esses, também seres humanos, motivo esse pelo qual crê-se que somente através da mediação do excluído, consoante supra demonstrado, seja possível se conseguira atingir um diálogo maior entre todos os envolvidos, (re)possibilitando assim que os migrantes, sejam esses presentes no Estado Brasileiro, ou em qualquer outra nação, voltem a ter voz na tratativa de seus próprios problemas, a fim de que possamos chegar a uma solução.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de mediação do excluído de Luis Alberto Warat, consoante demonstrado, gira em torno do respeito às diferenças, nessa esteira é possível se asseverar que essa possa sim ser um meio para a solução dos conflitos que cada vez mais se fazem presentes na sociedade complexa, na qual nota-se em que há uma grande ênfase à diferença. Desse modo, faz-se necessária uma mudança na forma como tratamos os nossos semelhantes.

---

[43] SILVA, Juliana Giovanetti Pereira; GIOVANETTI, Lais. A diáspora haitiana para o Brasil: os desafios e a situação jurídica dos imigrantes haitianos no território brasileiro. In. BRAVO, Álvaro A. Sánchez; MIALHE, Jorge Luís (Orgs.). **Refugiados e Migrações no século XXI:** Direitos Fundamentais e relações internacionais. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 215 e 216.

[44] SILVA, Juliana Giovanetti Pereira; GIOVANETTI, Lais. A diáspora haitiana para o Brasil: os desafios e a situação jurídica dos imigrantes haitianos no território brasileiro. In. BRAVO, Álvaro A. Sánchez; MIALHE, Jorge Luís (Orgs.). **Refugiados e Migrações no século XXI:** Direitos Fundamentais e relações internacionais. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 218.

[45] ACNUR. **"Somos parte da solução", dizem jovens refugiados.** Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2018/05/10/somos-parte-da-solucao-dizem-jovens-refugiados/>. Acesso em: 20 mai. 18.

[46] JUNG, Pedro Ernesto Neubarth Jung; ROCHA, Leonel Severo. EL DUODÉCIMO CAMELLO EN EL PODER JUDICIAL: UNA ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES AUTOPOYÉTICO. **Revista De La Facultad De Derecho,** Montevidéu, n. 43, 2017, p. 42. Disponível em: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/578>. Acesso em: 06 mai. 2018.

Os refugiados, portanto, por se encontrarem em um abandono estatal, por parte de seus Estados de origem e, também dos Estados onde buscaram se abrigar, necessitam voltar a ter voz, pois somente assim conseguiremos proceder uma real transformação do sistema social, a mediação do excluído, assim, possibilitaria a realização de um diálogo maior entre todos os envolvidos, (re)possibilitando que os migrantes, sejam esses presentes no Estado Brasileiro, ou em qualquer outra nação, voltem a ter voz na tratativa de seus próprios problemas, como o ocorrido no caso do jovem Mohammed, que criou uma ONG, com intuito de ajudar a seus semelhantes, o que por conseguinte gerou uma solução, mesmo que provisória, que partiu dos próprios envolvidos. Enfim, não podemos outorgar de maneira integral ao Estado tal responsabilidade, pois esse já demonstra não conseguir solucionar a referida problemática, não produzindo soluções, mas sim paliativos. Uma verdadeira transformação e união dos povos só será possível se pudermos usar a mediação como um instrumento de aproximação e diálogo, como uma ferramenta que possa fazer com quem as diferenças virem oportunidades de crescimento e que, verdadeiramente, possamos aceitar e conviver com o outro de maneira pacífica.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **"Somos parte da solução", dizem jovens refugiados.** Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2018/05/10/somos-parte-da-solucao-dizem-jovens-refugiados />. Acesso em: 20 mai. 18.

BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. MIGRAÇÃO DE CRISE: A MIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL. **Revista Brasileira de Estudos de População,** [S.l.], v. 34, n. 01, 2017. Disponível em: <https://rebep.org.br/revista/article/view/887>. Acesso em: 06 mai. 2018.

BRASIL. CONARE. **Refúgio em números**. [S.l.: s.n.], [2017?]. Disponível em: <hhttp://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.p df>. Acesso em: 20 maio 18.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Orgs.). **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

HUBERMAN, Karina. O processo de mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo:** a mediação no direito. 2. ed., Buenos Aires: Almed, 1999.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth Jung; ROCHA, Leonel Severo. EL DUODÉCIMO CAMELLO EN EL PODER JUDICIAL: UNA ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES AUTOPOYÉTICO. **Revista De La Facultad De Derecho,** Montevidéu, n. 43, 2017. Disponível em: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/578>. Acesso em: 06 mai. 2018.

MARTÍN, Nuria Belloso. A mediação: a melhor resposta ao conlito? In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

MELLEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Mediação Waratiana: uma aposta na alteridade. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha; LOIS, Cecilia Caballero; MELEU, Marcelino. **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito:** Cátedra Luís Alberto Warat. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

MORRISSEY, James. RETHINKING THE 'DEBATE ON ENVIRONMENTAL REFUGEES': FROM 'MAXIMILISTS AND MINIMALISTS' TO 'PROPONENTS AND CRITICS'. **Journal of Political Ecology,** [S.l.], v. 19, 2012. Disponível em: <http://jpe.library.arizona.edu/volume_19/Morrissey.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

PINTO, Lara Constantino; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A CRISE DOS REFUGIADOS NA VENEZUELA E A RELAÇÃO COM O BRASIL. **Derecho y Cambio Social,** Lima, n. 51, 2018, p. 04 a 06. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista051/A_CRISE_DOS_REFUGIADOS_NA_VENEZUELA.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARAT. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 33, n. 01, 2017. Disponível em: <ttps://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. COMUNICAÇÃO ECOLÓGICA POR NIKLAS LUHMANN. **Novos Estudos Jurídicos,** [S.l.], v. 19, n. 1, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5549/2955>. Acesso em: 06 mai. 2018.

SICA, Leonardo. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social "crime pena". In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira; GIOVANETTI, Lais. A diáspora haitiana para o Brasil: os desafios e a situação jurídica dos imigrantes haitianos no território brasileiro. In. BRAVO, Álvaro A. Sánchez; MIALHE, Jorge Luís (Orgs.). **Refugiados e Migrações no século XXI:** Direitos Fundamentais e relações internacionais. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira; JUNG, Pedro Ernesto Neubarth. Um debate sobre os Deslocados Ambientais, Migrantes e Refugiados: observações a respeito da Vulnerabilidade Jurídica e Social. In: **Anais do IV Congresso Direito e Cultura: Migrações regionais, culturalismo e novas formas de conflito**, São Leopoldo, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y derecho**: los alredores de uma semiótica de la mediación. Buenos Aires: Almed, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 03.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Refugiados na Alemanha**: história, direitos humanos e adaptação. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2018.

RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONFLITOS COLETIVOS: BREVES NOTAS DE CONCEITOS E DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Dionara Oliver Alburquerque[1]

Tânia Maria dos Santos[2]

RESUMO: Este artigo tem como tema a questão da resolução dos conflitos coletivos, notadamente os que envolvem entes públicos no Brasil frente às recentes alterações legislativas, do Código de Processo Civil e Lei da Mediação. Nessa linha, o presente artigo objetiva abordar a mediação judicial sob o ângulo do poder público. Na contextualização do tema são apresentados conceitos de mediador e de mediação. E, como elemento principal, as peculiaridades da mediação em conflitos coletivos envolvendo entes públicos, especialmente à luz de princípios constitucionais. Não se pretende, obviamente, esgotar a análise de todas as questões relacionadas, apenas lançar luz sobre pontos importantes relacionados ao tema da mediação judicial como método adequado de resolução de conflitos, o qual pode gerar autorresponsabilização, fortalecimento do tecido social e do sentimento constitucional.

Palavras-chave: Conflitos Coletivos. Princípios da Mediação Judicial e Constitucionais.

ADEQUATE RESOLUTIONS OF COLLECTIVE CONFLICTS: BRIEF NOTES OF CONCEPTS AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN JUDICIAL MEDIATION

This paper have is subject to the issue of the settlement of collective conflicts, notably those involving public entities, in Brazil, in front of the recent legislative amendments, notably the Code of Civil Procedure and Mediation Law. Threfore, this paper this paper aims to analyze judicial mediation. For the best contextualisation of the theme, concepts of mediator and mediation are presented. As a main element, the peculiarities of mediation in collective conflicts involving public entities especially in the light of constitutional principles. It is not intended, obviously, to exhaust the analysis of all issues related, but only to shed light on important points related to the theme.da judicial mediation as an appropriate method of conflict, can generates autorresponsabilização, strengthening social tissue and constitutional sentiment.

Keywords: Collective Conflicts. Principles of Judicial Mediation and Constitutional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre resoluções adequadas de disputas; a) Espécies; b) Especificidades da mediação judicial; c) Conceitos basilares de conflitos coletivos e mediação judicial que envolvam públicos. 3. Princípios constitucionais e da mediação judicial em face de conflitos coletivos; a) a centralidade dos direitos fundamentais e princípios; b) Especificidades da mediação judicial; c) A incidência de princípios constitucionais na mediação judicial. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O estado constitucional democrático é o campo ideal e necessário para a tarefa difícil de expansão e efetiva paz social. Não à toa, a Constituição Federal, já em seu preâmbulo, ao instituir o Estado Democrático, assim o faz fundando-o na harmonia social e no comprometimento, na ordem interna e internacional, com

[1] Mestra em Mediação e Negociação de Conflitos pelo Institut Universitaire Kurt Bösch, Suíça, mediadora e instrutora de medição e coordenadora pedagógica do NUPEMEC/TJRS.

[2] Dra. em Direito pela UFRGS, advogada, professora universitária, mediadora no TJ/RS e na Justiça Federal 4ª região.

a solução pacífica de controvérsias.

Nesse contexto, a alta eficiência dos métodos consensuais de solução de conflitos, por ser de composição autônoma, tornou-se um importante meio contemporâneo pelo qual se busca uma solução adequada em vez de uma solução adjudicada e imposta.

No cenário legislativo nacional[3], trazido em especial pelas Leis nºs 13.105/2015 (novo CPC) e 13.140/2015 (Lei de Mediação), a solução dos conflitos pela jurisdição passou a ser tratada em caráter de excepcionalidade, isto é, nas situações em que as formas consensuais forem verdadeiramente incompatíveis[4]. Os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, que não é autocompositiva, foram contemplados no novo Código de Processo Civil como meios adequados para a resolução dos conflitos (RADs), também reconhecidos mundialmente como *Alternative Dispute Resolution* (ADR), com o objetivo de evitar a judicialização massificada.

Nesta parte inicial, há de se fazer duas consignações.

Uma que não há hierarquia entre os meios de resolução de conflitos porque, para cada espécie ou caso concreto de conflito, há um método correspondente que pode ser adequado para a solução. Nesse sentido, pode-se inferir que o processo judicial é mais eficaz para decidir questões que abarquem direitos indisponíveis, ou quando não houver equilíbrio entre as partes; a arbitragem é mais eficaz em situações em que há particularidades técnicas; a conciliação[5] é mais adequada para dirimir conflitos em relações descontinuadas e a mediação em relações que tendem a se prolongar no tempo.

Duas, sobre construções necessárias de pontes entre a ciência do direito[6] e alguns tipos de Resoluções Adequadas de Disputas (RAD), em especial a mediação judicial, pois em que pese serem mundos diferentes, a linguagem, para ter efeito e abrangência para convencer, há de estar no mesmo mundo ou buscar estar no lugar ou no mundo do outro. E nessa façanha discursiva linguística, que aqui não é o objeto, torna-se coerente partir da ideia de que ambos não trabalham com discursos[7] de *realidades dadas*. A ciência do direito tem por objeto a correção de raciocínios[8] e defender uma realidade dada seria, no mínimo, ingênuo porque abriria as portas para um proveito de vocábulos ambíguos e fórmulas vazias[9]. Ao passo que a mediação judicial tem por objeto, em sentido amplo, corrigir distorções de entendimento, ou mal-entendido, entre os mediandos sem priorizar as bases fatuais jurídicas ou processuais.

Mas tanto o direito quanto os métodos adequados de solução de conflito podem cair na mesma armadilha discursiva da *superidealização*. Levando, pois, em consideração o caráter dinâmico e aberto de

---

[3] É de uma envergadura considerável esse novo cenário, levando-se em conta que nos Estados Unidos da América a mediação goza de grande prestígio e é disseminada em mais duas mil leis e regulamentações estaduais. Mas não há uma legislação nacional de caráter unificador como a do Brasil.

[4] Art. 3º da Lei de Mediação: "Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público".

[5] O CPC acolhendo a Resolução nº 118/2014, do CNMP, distingue a conciliação da mediação. Em seus arts. 9º e 10, a mediação é indicada para solucionar controvérsias ou conflitos nos quais seja necessária a atuação integrada de ambas as partes divergentes com o objetivo de se pacificarem. Indica-se, ainda, que haja confidencialidade quando necessário e recomenda-se que as mediações comunitárias e escolares sejam informais (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 118/2014**. Disponível em: <www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 23 jan. 2017).

[6] Destacando que as atividades da ciência do direito, no sentido mais estrito e próprio, ocorrem em pelo menos três situações, que são: na descrição do direito vigente, na análise sistemática e conceitual e na elaboração de propostas para solução de casos jurídico-problemáticos. Neste sentido, HOLLERBACH, A. Ciência do direito. Tradução Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-24.

[7] O discurso transforma-se, de fato, em mera conversa, quando as palavras nada revelam senão apenas um meio para alcançar um fim. Em: BURKARD, F.-P.; PRECHET, P. (orgs.). **Metzler Lexukon Philosophie**. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 2008, S. 106. O conceito geral de discurso é a designação de um diálogo realizado à base de argumentos.

[8] Aqui correção de raciocínio é no sentido de deixar a coisa ou, a pessoa falar; é ser reflexivo; é levar o outro lado a sério.

[9] Nesse sentido, LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 302-306.

ambas, qualquer parte ou mediando pode introduzir qualquer asserção de natureza e atuação ampla. Assim, pode, de um lado, nos levar a situações em que a Lei Maior fosse encarada como "ovo do mundo jurídico"[10]; mas, por outro lado, a mediação como um "ovo de colombo" no qual tenderia a menosprezar caminhos percorridos em outros campos do conhecimento. Advertências na formação precípua do mediador judicial no sentido de que acordos ou resolução da questão juridicamente tutelada não deve ser a meta principal, uma vez que podem usurpar o significado e aplicação da Constituição Federal, em razão de prejudicar, inclusive, o pleno acesso à justiça. Portanto, a mediação não é um meio de desafogar o Judiciário nem uma panaceia, mas sim um caminho consensual e adequado na sociedade contemporânea.

Diante do exposto, este trabalho divide-se em duas partes. A primeira tem por objetivo apresentar conceitos basilares sobre resoluções adequadas de disputas, entendendo-se que o termo conflito é utilizado com espécie do gênero relação social. Na segunda, trataremos de princípios da mediação e constitucionais quando envolvidos entes públicos.

2 RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE DISPUTAS

a) Espécies

Os conflitos[11] envolvem grandes desafios na busca por estruturas técnicas necessárias, muitas vezes interdisciplinares, para aparelhar o jogo tenso e complexo no plano social-político-jurídico de um Estado. Não há condições ideais no mundo real. É inviável incluir todos os argumentos[12] e inexistir engano.

As Resoluções Adequadas de Disputas (RAD) incluem uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Os procedimentos primários de resolução são a negociação,[13] mediação,[14] conciliação e arbitragem. A doutrina também apresenta cinco modalidades denominadas "híbridas", combinação dos tipos primários, que são: o julgamento privado, a análise neutra dos fatos através de um perito, o minitrial, o *ombudsman* e o *summary jury trial*. E, ainda, o procedimento intitulado med-arb ou arb-med, resultado da combinação da mediação e da arbitragem.[15]

A grande vantagem é que os diferentes métodos podem oferecer, de acordo com suas respectivas

[10] ALEXY, 2011, p. 75-76, direciona que a jurisdição constitucional protege do risco da constitucionalização expansiva.

[11] A noção de conflito é intuitiva porque são essenciais à vida humana; os conflitos nunca desaparecem completamente porque são um processo natural das relações humanas. Mas o que altera é a forma de encará-los e sua natureza que pode exigir uma espécie de gerência a qual provoca uma análise, por vezes, complexa. A estrutura mínima do conflito é, universalmente, triangular, composta por duas pessoas e uma questão, e que nele atua-se sempre em três dimensões: a universal, a cultural e a individual, porque são compreendidos "como universalmente similares, culturalmente distintos e individualmente únicos", neste sentido ver AUGSBURGER, David W. **Conflict mediation across cultures**: pathways and patterns. Louisville KY: Westminster/John Knox Press, 1992, p. 17 apud BIANCHI, Angela Andrade; JONATHAN, Eva; MEURER, Olivia Agnes. Teorias do conflito. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 72. Outro livro pertinente e muito interessante é do ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflitos – hacia un nuevo paradigma**. Barcelona: Gedisa, 2009, no qual ele foge do lugar comum de confrontos entre grupos ou indivíduos como conflitos específicos e que não analizam o que lhes é comum, ou que pode ser aplicado a outros conflitos e apresenta ferramentas conceituais com pretensão de universalizar resultados.

[12] Etapas importantes na construção de um argumento são interpretação, pretensão de correção e a verificação pública, se for o caso, ou privada. Isto é, há de se ter o reconhecimento intersubjetivo de todos os envolvidos para concessões e assentimentos.

[13] Sobre a mediação sem mediador ou negociação direta ou resolução colaborativa, ver CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 709– 726.

[14] Sobre mediação privada e sua formação no país, ver SANTOS, Tânia Maria dos Santos. **Câmara Privada de Mediação**: desafios estruturais e princípios constitucionais. Trabalho apresentado em seminário <https://sociologyoflaw2017.com.br>, em junho 2017. A mediação privada é considerada eletista. Ver também ASSMAR, Gabriela; PINHO, Débora. Mediação privada – um mercado em formação no Brasil. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 589-606.

[15] WRASSE, Helena Pacheco; DORNELLES, Guilherme Dornelles. **Fórum múltiplas portas e os possíveis caminhos para solucionar os conflitos**, p. 27-45 In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (orgs.). **Do conflito à solução adequada**: mediação, conciliação, negociação, jurisdição e arbitragem [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

peculiaridades, opções que buscam alcançar um consenso, um entendimento provisório, a paz ou um acordo. Reconhece-se um consenso quando são tomadas decisões com base em recomendações de todos envolvidos, quando se concorda a respeito de uma alternativa construída que pode não contemplar interesses, incialmente, individuais.

O escopo é encaminhar o conflito para a "porta" que for a mais apropriada, não há hierarquia entre elas. Caso não se adéque a nenhuma, adjudica-se ou encaminha-se ao Poder Judiciário.

b) Especificidades da Mediação Judicial

A mediação é um procedimento[16] que visa a intervir para facilitar ou restabelecer a capacidade de diálogo sobre situações conflituosas entre pessoas, grupos, ou organizações. Também pode ser compreendida e aplicada como um saber disciplinar, multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, tais como saúde coletiva, psicologia, filosofia, antropologia, sociologia e direito[17].

A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), em seu art. 9º, dispõe que "poderá funcionar como medidor extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se"

Diferente da mediação judicial e do mediador judicial, a lei é omissa acerca de critérios de formação e de eventual cadastro de mediadores extrajudiciais, mencionando apenas que devem possuir a confiança das partes e capacitação. Caso prevista contratualmente, devem ser atendidos alguns requisitos práticos constantes dos arts. 21 a 23.

Dessa forma entende-se que, ao mencionar a mediação extrajudicial, a Lei objetivou o fomento da utilização desse instituto (mediador extrajudicial), mas não a sua normatização, ao menos por ora, legalmente.

Por disposição legal, art. 1º da Lei nº 13.140/2015, mediador judicial é o terceiro neutro e imparcial que auxilia os mediandos na construção, por si próprios, de alternativas de benefício mútuo.

O trabalho do mediador consiste em ajudar os participantes a encontrarem seus itinerários, suas próprias soluções para o conflito. "[…] Um mediador interessado nos processos emergentes estará atento ao surgimento daquilo que é utilizável na construção de possibilidades novas, respeitando o marco do que os participantes especificaram como projeto para sua mediação"[18].

Segundo Moore[19], o mediador é um gestor de conflitos do qual se espera a capacidade de "alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituado, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais". Preocupa-se com a justiça, mas sabe situá-la sem comprometer o equilíbrio entre os litigantes.

Por sua vez, Jean-François Six distingue "mediadores institucionais" (incluídos os mediadores judiciais), integrantes do quadro de órgãos públicos, e "mediadores cidadãos", normalmente voluntários que atuam em programas de mediação comunitária. Para o autor, os mediadores institucionais são,

> [...] essencialmente, especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder. Para esse autor, o "aumento dos conhecimentos necessários à decisão e uma grande virtuosidade para se encontrar no emaranhado da lei os tornaram pouco a pouco imprescindíveis". Todavia, o "perigo da burocratização da mediação institucional existe".[20]

---

[16] Ver CALCATERRA, Rubén Alberto. **Mediación Estratégica.** Barcelona: Gedisa, 2002, sobre elementos condicionantes da mediação quais sejam: reconhecimento do conflito pelas partes ou, a consciência que elas possuem dele; a necessidade das partes em de resolverem o conflito; e que as partes elejam a mediação como forma de assumir suas diferenças.

[17] O art. 694 do CPC/2015 esclareceu acerca do dever de dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, quando todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia em ações de família.

[18] SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 106-107.

[19] MOORE, Cristopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 29.

[20] SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.

Segundo ele, os mediadores cidadãos é aquele que pressente ou que sabe que tem um dom de suscitar ligações, de trazer luz a um momento opaco.

Outro ponto relevante na distinção da metodologia adotada por cada um dos dois perfis, que para Six podem perfeitamente coexistir, diz respeito ao ritmo dos trabalhos:

> O mediador institucional é apressado, pelo organismo que o colocou no lugar, para encontrar resultados, para chegar a soluções o mais rapidamente possível; ele deve apresentar rendimento, o que é compreensível. O mediador cidadão deve tomar tempo, afastar o simplismo, os atalhos, a precipitação, deve guardar o senso da duração e do recuo, da paciência e da distância.[21]

Mais do que uma distinção, Six deixa um alerta que deve ecoar do Chuí ao Monte Caburaí, juntamente com a constatação de Deborah Kolb[22], ao referir que a mediação tende a assimilar as características do processo que ela substitui. Ou seja, mediações ligadas a tribunais tendem a se descaracterizar, a terem um viés mais restritivo, que pode ser amenizado caso haja eficientes programas de capacitação supervisionados.

Topicamente, discorre Rubén Calcaterra[23], há cerca de três possibilidades de mediação. A primeira é uma efetiva relação da diminuição do índice de litigiosidade com aumento da paz social em razão da propriedade de equilibrar o poder entre as partes ao estabelecer condições ótimas para atingir negociações exitosas e acordos duradouros, tanto que se pode pensar na mediação como um processo para provocar mudanças no longo prazo, individuais e sociais. A segunda é que, embora, o processo de mediação diferencie-se claramente da psicoterapia, as intervenções do mediador podem resultar em um inegável potencial terapêutico, pois há uma espécie de "inteligência social" que contribui na individualização, correção e modificação de mecanismos que atribuem responsabilidades. E a terceira possibilidade da mediação é aliviar a sobrecarga judicial, e por seu baixo custo ampliar a base de acesso à justiça.

De modo objetivo, Rubén Calcaterra[24] explicita os elementos condicionantes do processo de mediação, quais sejam: reconhecimento do conflito pelas partes ou, a consciência que elas possuem dele; a necessidade de as partes resolverem o conflito; e que as partes elejam a mediação como forma de assumir suas diferenças.

Além de todos esses desafios práticos, de modo geral, no Brasil, ainda há a necessidade efetiva da institucionalização da mediação com a atribuição do valor próprio que lhe caracteriza e com a correspondente contrapartida em termos de valorização e remuneração.

No que se refere à responsabilidade pelo pagamento das despesas pela mediação, é dever das partes, nas pré-processuais inclusive. E será do Estado no caso de concessão de justiça gratuita[25]. Todavia, o magistrado pode arbitrar os honorários do mediador e conciliadores. Entretanto, o trabalho profissional do mediador é realizado com excelência, pendente de questões administrativas e legais de cada tribunal, após afixação da remuneração ou indenização.

c) Conflitos coletivos e mediação judicial

Conflitos coletivos envolvem, necessariamente, direito coletivos.

E definições e exemplos das três categorias de direitos coletivos em consonância com CDC no parágrafo único do art. 81, expomos da seguinte maneira:

> I. Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São exemplos os direitos das pessoas atingidas pelos efeitos da poluição em um determinado local, ou os das pessoas que assistirem a uma propaganda enganosa.

[21] SIX, 2001, p. 37

[22] KOLB, Deborah M. **Cuando hablar da resultado**: perfiles de mediadores. Madrid: Paidós Iberica, 1996, p. 364.

[23] CALCATERRA, Rubén Alberto. **Mediación estratégica**. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 47.

[24] Ibidem, p. 50.

[25] Art. 169 do CPC/2015. "As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. § 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador."

> II. Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. São exemplos servidores de um mesmo ente público que têm direito a condições de saúde e segurança no trabalho.
>
> III. Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. São exemplos pessoas atingidas pelos efeitos de um acidente ambiental (um vazamento de produtos tóxicos) ou de consumo (um lote de produtos defeituosos) específico. Aqui há a complexidade que melhor caracteriza os conflitos coletivos que envolvem políticas públicas.

Alerta-se que quando mecanismos de resolução são descartados, especialmente nos conflitos coletivos, a função do conflito é a produção de violência, desajustes ou outros conflitos.

Leciona Humberto Pinho[26] que quando os mecanismos de resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Enquanto os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que eles têm de melhor, que é sua capacidade de gerar satisfação de interesse e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção de violência, desajustes ou outros conflitos[27].

Nessa direção, Luciane Moessa também discorre:

> A complexidade dos conflitos coletivos envolvendo políticas públicas exige, cada vez mais, do Poder Público, a adoção de ferramenta de prevenção ou tratamento adequado, na esfera dos poderes Executivo e Legislativo, e a implementação de novos caminhos para resolução, em face da crescente judicialização destes conflitos e da insuficiência do processo adversarial tradicional, pensado para dar conta de conflitos atomizados, e com um paradigma voltado para o passado, para resolvê-los. A inegável repercussão social de tais conflitos torna urgente a utilização de instrumentos capazes de dar conta destes desafios. Se eles não são os mais numerosos no âmbito do Poder Judiciário, são, sem dúvidas, os que apresentam maiores impactos e maior relevância na sociedade civil.[28]

Para dar conta da imposição legal, art. 565 *caput* do Novo Código de Processo Civil, tanto na esfera federal como no Rio Grande do Sul, o NUPEMEC-TJRS e CEJUSCON-JF 4ª região capacitam mediadores para atuação em conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, já que o procedimento da mediação, nesse caso, por toda sua especificidade, também pende de um desenho específico.

Levando em consideração que mencionamos institutos ainda considerados novos no Brasil, importante realizarmos distinções entre conciliação, mediação avaliadora e facilitadora.

Segundo Riskin[29], as orientações do mediador podem variar de acordo com a definição do objeto da autocomposição e com a percepção do mediador quanto ao seu papel. Expõe, ainda que, quanto ao papel desempenhado pelo mediador, este pode optar por seguir uma orientação mais facilitadora ou mais avaliadora.

Os dois extremos desse espectro distinguem-se à medida que no modelo puramente avaliador o mediador aprecia as propostas e os argumentos substanciais das partes e recomenda termos de acordo, em vez de simplesmente administrar o processo. Enquanto no modelo facilitador, o mediador age somente como facilitador ou administrador da negociação entre as partes ou do processo de resolução da disputa.

De forma inolvidável, no Brasil o modelo adotado para mediação judicial é o modelo da mediação facilitadora. Já as denominadas mediações avaliadoras podem ser equiparadas às conciliações qualificadas.

> Assim, o mediador puramente facilitador não expressa qualquer opinião sobre o mérito de qualquer questão substancial. Em contrapartida, no modelo avaliador, o mediador não

[26] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t. 1, p. 219-235, abr./jun. 2011.

[27] Manual de Resolução Consensual de Conflitos Coletivos, ENAM, 2009, p. 242.

[28] SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 9.

[29] RISKIN, Leonard L. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 1, p. 7-52, winter 1996.

> apenas serve como administrador do processo, mas também oferece, como especialista, uma avaliação do caso (avaliando as características positivas e negativas dos argumentos de cada parte ou de suas propostas), recomendações sobre a substância do acordo (incluindo, por exemplo, predições do desenrolar nos tribunais ou outras consequências) e fortes pressões em aceitar essas recomendações.[30]

Ainda de acordo com o *Manual de Mediação Judicial*, "vale registrar que pesquisas realizadas no Brasil têm indicado que mediações facilitadoras proporcionam maiores graus de satisfação de usuário com índices de composição também mais elevados do que autocomposições avaliadoras"[31].

Além disso, na literatura estrangeira há enfáticas posições no sentido de que a medição avaliadora não pode ser considerada mediação[32]. Outros estudos ainda indicam que a adoção de programas de mediação sem abordagem da técnica facilitadora produz resultados ruins ou péssimos do ponto de vista de satisfação do usuário e tendem a produzir reduzidos índices de adimplemento espontâneo de acordo – o oposto do que ocorre em mediações com alto grau de satisfação do usuário[33].

A abordagem facilitadora também oferece melhores condições para educar os usuários sobre suas capacidades, responsabilidades e respeito mútuo, conduzindo à pacificação social. Até por isso, dentre os princípios da mediação está o empoderamento e a validação, destacados no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais *in verbis:*

> Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem púbica e às leis vigentes, empoderamento e validação. [...]
>
> VII – Empoderamento – Dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.
>
> VIII – Validação – Dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.[34]

Os conflitos que envolvem o Poder Público, conforme ressalta Luciane Moessa[35], decorrem do que se denomina de relacionamentos consanguíneos, porque não é possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tenham um relacionamento constante com o Estado, desde o seu nascimento até a sua morte, salvo raras exceções; bem como há nos conflitos que envolvem diferentes entes públicos, cujas competências são complementares, devendo ser desempenhadas no interesse geral.

Por fim, ressalta a autora que a mediação de um conflito há de ser uma intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes envolvidas no conflito para que seja construída uma solução pelas próprias partes, sendo considerado um método mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, pois tem uma abordagem ampla, pedagógica e transformativa, possibilitando aprendizados e melhor administração de conflitos futuros.

---

[30] RISKIN, Leonard L. Understanding Mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 1, p. 7-52, winter 1996.

[31] SOUZA, Aiston Henrique de (org.) **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 139.

[32] KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. Mapping mediation*:* the risks of Riskin's Grid. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 3, n. 71, 1998.

[33] RHODE, Deborah I. **In the interest of justice***:* reforming the legal profession. New York: Oxford University Press, 2000, p. 135.

[34] Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

[35] SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 30 e ss.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA MEDIAÇÃO JUDICIAL EM FACE DOS CONFLITOS COLETIVOS

a) A centralidade dos direitos fundamentais e princípios

A integração dos direitos humanos ao universo cultural brasileiro partiu de movimentos sociais que recuperaram e solidificaram direitos civis e políticos. Essa efetivação de direitos nos aproximou de respostas satisfatórias aos anseios e sustenta a dignidade humana.

E nesse contexto constatou-se que fontes de agressão aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado[36]. Respostas inadequadas a agressões também são originadas nos centros de poder não estatais, e por esta razão os direitos fundamentais passam a desempenhar também a função de defesa contra ameaça e agressões. Restrições a direitos fundamentais exigem que, quanto maior for a afetação, maior será o peso das razões que a fundamentam (Lei do Sopesamento)[37].

Nesse sentido, o tratamento dispensado no novo Código Civil à mediação judicial fortalece a indisponibilidade da tutela constitucional adequada aos direitos fundamentais e a preservação do espírito constitucional democrático, em especial ao devido processo legal e do amplo acesso à justiça. Portanto, transitou-se da *tutela processual*, que é um fim em si mesma para *tutela de direitos* que é, efetivamente, a finalidade do processo[38].

Argumentos sob a perspectiva do participante não anula a necessidade de demonstrar a destruição da hierarquia de primazias *prima facie*, nos princípios e nas regras, nas possíveis associações de normas de direito fundamental. Os princípios para valer definitivamente dependem do exame de possibilidades fáticas e jurídicas que contribuem para inserção da ponderação com princípios contrários; as regras têm caráter *prima facie* forte porque têm determinações jurídicas e fáticas[39].

Ludwig[40] ressalta que o princípio da proporcionalidade como guia da ponderação não representa garantia contra um abuso retórico quando não poderia ser mais um sinônimo de racionalidade e bom senso, que poderia ser tomado como um conceito vago e apenas dourar um argumento fraco. Assim, observa que, por detrás da estrutura argumentativa da proporcionalidade, operam-se diferentes modelos de argumentação que são proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais; proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais, e proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade.

Portanto, em consonância com um arcabouço teórico, os princípios não são tomados com vaguezas conceituais. Nesse sentido, percebe-se a necessidade de se apurar se princípios atribuídos à mediação judicial são, tecnicamente, normativos, e se não são, efetivamente, uma regra. A literatura sobre o assunto

---

[36] BALTAZAR JÚNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência ("Untermassverbot"). In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 74. Nas p. 81-88 o jurista brasileiro apresenta as críticas da proibição de insuficiência, destacando a autonomia da proibição de insuficiência frente a proibição de excesso e a compatibilidade entre proibição de insuficiência e proibição de excesso.

[37] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 352 e 611, quando ressalta que os direitos fundamentais não podem ser divididos de uma forma tão refinada que excluam impasses estruturais que poderiam torná-los sem importância ou impasses reais no sopesamento, de forma a torná-los praticamente sem importância. Importa registrar que um grande objetivo da teoria alexyana foi a construção de um conceito do direito, que inseriu correção com conceitos morais. Ver a tradução do conceito de direito de Alexy em LUDWIG, 2014, p. 321. Há outra tradução do conceito em ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011a, p. 151.

[38] DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Jus Podium, 2016, p. 36.

[39] A argumentação dos princípios é a parte importante da argumentação sistemática, todos os princípios de direito e todas as normas jurídicas têm caráter deontológico (de dever). De modo amplo, tem-se que cuidar com sedutores parâmetros como da primazia do bem coletivo sobre direitos individuais, pois essa situação pode desembocar no *holismo jurídico*, "segundo qual todas premissas já estão contidas ou escondidas no sistema jurídico e, ainda, somente precisam ser descobertas" em **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39.

[40] LUDWIG, op. cit., p. 448.

aponta[41] que ora o legislador parece fazer referência a princípios basilares, ora aparece se referir a normas com estrutura de regras. Exemplificando, o princípio da oralidade, intimamente ligado ao da informalidade, tem o caráter comunicativo ou regulativo sobre as sessões e audiências, sobre o qual não se deve ter o registro de todas as informações.

b) Especificidades de princípios da mediação judicial

A mediação é uma possibilidade real de *win-win situation*, ou situação em que todos os envolvidos possam ter satisfação com desfecho. Nesse contexto, muitos princípios, de fontes variadas[42], contribuem para a realização dessa situação.

Na Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, no art. 2º encontra-se a previsão dos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé; o novo Código de Processo Civil, no art. 166 acrescenta mais dois: independência e decisão informada.

É importante mencionar que, apesar de haver princípios iguais que devem ser seguidos pelo Juiz e Mediador, a aplicação e desenvolvimento diferem. A imparcialidade, por exemplo, entre as partes para um juiz exige, geralmente, *um não estar com um e com outro*; enquanto o mediador *deve estar com um e com outro*.

Cumpre salientar também que a mediação, bem como os demais métodos autônomos de resolução de conflitos, é abrangida pela segurança jurídica, e à medida que os vícios que os atingirem como fraude, dolo ou erro, podem ser judicialmente discutidos e são passíveis de rescisão ou anulação da decisão nos casos previstos.

O cotidiano tem apontado espécies de princípios indissociáveis com regularidade. A voluntariedade, em muitas situações, traz a boa-fé necessária para se restabelecer diálogo e na propositura de soluções pelos próprios mediados. É essencial que os participantes possuam boa-fé objetiva ou processual e, consequentemente, a intenção verdadeira de abertura ao momento ou ao tempo. No entanto, a boa-fé é mais bem compreendida como um dos tipos do princípio da eticidade ou da conduta ética, pois é um complemento ao que é declarado e convencionado e, o mais importante, está inserida num valor maior que a dignidade humana, ou a pessoa humana como fonte de valores.

A voluntariedade confere às partes o direito de participar do procedimento de forma livre, exercendo em plenitude a autonomia individual[43] sem interferência ou coação. E a boa-fé complementa com uma autolegislação em consonância com a clássica concepção kantiana de autonomia da vontade individual, que é a imposição da lei a si mesmo de maneira com finitude; a autodeterminação é um dos principais alicerces da revolução na modernidade[44].

No que tange à informalidade, esta é caracterizada pela ausência de uma estrutura previamente estabelecida e pela inexistência de norma material quanto ao procedimento, mas podem ser aplicadas técnicas de negociação. Ainda sob os auspícios desse princípio, esta oralidade é caracterizada pela simplicidade e clareza que fortalece outros princípios. A informalidade aliada à oralidade e o não exame do processo e suas possíveis provas mostram-se como barreira que evita a formação de espirais de conflitos.

Diante das especificidades na Administração Pública a publicidade é a regra e a confidencialidade

[41] PEIXOTO, Ravi. Os "princípios" da mediação e da conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 91-108.

[42] Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores (Resolução 125/2010 do CNJ, anexo III, arts 1º a 8º), a Lei 13.140/2015 e o Código de Processo Civil no art. 166.

[43] A assegurada na Constituição Federal art. 5º, *caput* e especificamente nos incisos II, IV, X e LIV.

[44] Ver LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 168-179. Essa obra, em várias passagens, retoma pensamento kantiano, especialmente como um expoente da consciência da finitude humana e um divisor de água para a compreensão da razão humana prática. Demonstrou, em várias passagens, que tentar colocar no lugar da lei moral máximas particulares e não universalizáveis é espontaneísmo moral ou heteronomia que se afina com a postura solopsista.

é a exceção ao desenvolvimento da mediação. No entanto, a confidencialidade não é relevante para o resultado nem na mediação privada, pois nas sessões privadas, seja com entes públicos ou os particulares, se for revelada ao mediador alguma situação que não é desejável que chegue ao conhecimento de outros, o mediador mantém sigilo, até para não se prejudicar na condução do procedimento.

Interessante a tomada de posição da Luciane Moessa em consonância com direito estadunidense, no sentido de defender:

> [...] que não existe, na esfera pública, como existe nos conflitos na esfera privada, a necessidade de separação das figuras do terceiro que facilita o diálogo (o mediador) e do terceiro julgador (que decidirá o conflito se o acordo não for alcançado). Por tal razão, se forem devidamente capacitados, entendo que também os magistrados podem conduzir o processo de resolução consensual de conflito que envolva entes públicos, sendo de certa maneira artificial aqui a distinção que se costuma fazer entre mediação e conciliação. [45]

Portanto, apesar da omissão legislativa quanto às exceções aplicáveis à regra da confidencialidade e possíveis abrangências em processos que envolvem entes públicos, na integração da mediação judicial não haverá retrocessos. Evidentemente, no cotidiano da mediação não há dificuldades em romper com a confidencialidade quando os mediandos dispensam, expressamente, a confidencialidade; e, quando o mediador tiver informações acerca de um crime ou da iminência de um crime, até porque essa é uma das advertências na declaração e abertura da mediação.

Assim sendo, nota-se a evidente relevância de características cognitivas no(a) Mediador(a), profissional escolhido(a) para contribuir com o encerramento da divergência que está a ser tratada e auxiliar no consenso das partes.

Essa é a principal atribuição do(a) Mediador(a): administrar o conflito, para que as pessoas envolvidas façam, por si e entre si, um acordo benéfico, numa relação de Mutualismo (que é quando a colaboração de todos os envolvidos resulta no bem de cada um em particular).

Elencamos e sugerimos abaixo algumas particularidades imprescindíveis ao(à) Mediador(a) de Conflitos que você, quando contratá-lo(a), deverá considerar:

• Sigilo e ética: é fundamental por parte do(a) Mediador(a) resguardar o sigilo e garantir que nenhuma informação ali tratada ou exposta seja divulgada em outro local ou a outras pessoas alheias ao conflito, agindo com ética e respeito ao(s) cliente(s);

• Confiança: o(a) Mediador(a) precisa ser alguém que expire confiança e credibilidade aos clientes, de forma que tenha em si a ética e a responsabilidade sempre presentes;

• Consciência: muitas vezes, de fronte a um conflito, tendemos a perder o discernimento que nos é habitual. A consciência, por parte do(a) Mediador(a), é fundamental para que ele tenha o profissionalismo em primeiro plano e não deixe a reunião de Mediação perder o foco. Quando a reunião se desdobra para um caminho mais nebuloso, lá está o(a) Mediador(a) para relembrar aos envolvidos a essência da questão;

• Neutralidade: não é papel do(a) Mediador(a) afirmar quem está certo ou errado; diante disso, deve ser neutro e tratar todas as pessoas envolvidas com a maior equidade possível;

• Autocontrole: em discussões, é comum o temperamento oscilado e nervosismo das partes; entretanto, é recomendável que o(a) Mediador(a) tenha autocontrole em sua dinâmica, para que rapidamente possa controlar e ajustar os ânimos dos clientes, de modo a que a discussão não perca o objetivo principal, que é o acordo benéfico às partes;

• Aceitação/contratação em comum: o(a) Mediador(a) deve ser aceito em comum acordo entre os clientes ou, estes em conjunto, selecionar o referido Profissional, de modo a não haver prerrogativas a um ou desvantagens a outro;

---

[45] SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça [recurso Eletrônico] / coordenadora: Luciane Moessa de Souza – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 306.

• Paciência: nas reuniões de Mediação, essa particularidade é importante. Saber ser paciente e manter a serenidade quando o conflito está sendo tratado e questões delicadas estão sendo postas em pauta é fundamental!

• Otimismo: recomenda-se que o(a) Mediador(a) tenha postura progressista, colaborativa e positiva ante à conversa, conduzindo os interessados à visão madura do conflito, de forma que o problema seja convertido em vantagens aos clientes.

c) A incidência de princípios constitucionais na mediação judicial

A aplicação de meios adequados em conflitos coletivos que envolvam o Poder Público indica maior importância dos parâmetros legais. O diálogo produtivo e um possível acordo são construídos nos limites da interpretação possível, levando em conta também outros interesses legítimos das partes.

As etapas do processo de mediação de conflitos coletivos possuem singularidades[46] que devem, rigorosamente, observar princípios constitucionais sem olvidar-se das interligações das correlações diversas categorias de princípios que podem ser aplicados no caso[47].

Nesse contexto, a relação da democracia, enquanto princípio[48], e a máxima efetividade dos direitos fundamentais é próxima e profunda. Mas não simples, pois se caracteriza pela conflitividade e contraditoriedade. Daí a necessidade de um tribunal constitucional argumentativo, que é o espaço para a representação[49] argumentativa, pois atua para além da representação tradicional do cidadão, no qual a unidade do Estado não visa somente a uma concepção material ou funcional.

A natureza da democracia é levar o cidadão a sério, e neste sentido a afirmação de Robert Alexy é contundente: "Democracia é, sob esse aspecto, reflexiva"[50]. Portanto, nesse sentido, as resoluções adequadas de conflitos fundamentam-se na democracia e nos direitos fundamentais porque são formas que garantem o controle e a participação dos próprios cidadãos na administração da justiça.

Após a compreensão do princípio democrático, inferir que os princípios da solidariedade e do acesso à justiça estão enlaçados pelo princípio nuclear dos direitos fundamentais e da República do país, que é o da dignidade humana. E mais, o efetivo acesso à justiça e à solidariedade são instrumentos catalizadores da mediação judicial sob o contexto do Estado Constitucional Democrático de Direito para que se forme e estabeleça uma sociedade mais unida, participativa e mantenedora da paz social.

---

[46] Ver SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136-165. Assim, as etapas podem ser: diagnóstico do conflito, planejamento do processo, sessões de mediação e realização de estudos técnicos, redação de acordo, ratificação e/ou homologação do acordo, avaliação do processo. No ensejo, acrescenta-se que os conflitos coletivos pode ser não judicializados e ser resolvidos na mediação privada, ou até pré-processuais; e, nos conflitos judicializados não há limitação a este quando se trata de solução do conflito, a causa de pedir pode ser ampliada por consenso e as partes podem ser ampliadas na mediação e, em geral, há acordos provisórios.

[47] MORI, Amaury Haruo. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p. 176-195, constam princípios aplicáveis à mediação e conciliação relacionando-os com os participantes, com o procedimento e mediadores.

[48] O fundamento de nossa ordem constitucional, no art. 1º da CF, envolve também assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais considerando que o Estado não seja um fim em si mesmo. E, portanto, o Estado deve disponibilizar um espaço para que encontrem uma solução adequada para o problema.

[49] A necessidade da representação foi desenvolvida pelos maiores pensadores, conforme ressaltam inúmeros doutrinadores. Em Montesquieu, "a grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disso, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia" (Cfr. MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171). Aristóteles já antevira o perigo inerente às democracias, de que a força do número da maioria imperaria sobre as pessoas de bem; por essa razão recomendou que não se entreguem os cargos mais importantes à maioria dos cidadãos livres por causa da sua corrupção e ignorância, mas que, ao invés disso, pudessem participar através da eleição e censura (Cfr. ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 173. Em KANT, I. **Sobre la paz perpétua**. Madrid: Aliança, 2012, p. 56, sentenciou: "Toda forma de governo que no sea representativa es em propriedade uma *no forma* [...]", em português À paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 141).

[50] ALEXY, R. Minha filosofia do direito a institucionalização da razão. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 28.

A pacificação de conflitos e o acesso à justiça[51], portanto, são indissociáveis e devem ser universalmente garantidos de forma efetiva e não meramente formais. Para esse fim, tem-se que contornar ou ultrapassar empecilhos como a morosidade, a ausência políticas públicas voltadas à divulgação dos possíveis caminhos para reconhecimentos sobre seus próprios os direitos e os meios adequados e o excesso de formalidade para a resolução de questões pouco complexas que refletem o distanciamento da realidade da população.

O cidadão torna-se protagonista judicial ou "operador processual ativo" quando acessa a justiça, efetivamente, em especial, nos meios adequados de resolução de disputas. É uma maneira de descentralização da jurisdição processual[52], que é quase exclusiva dos juízes togados, retornando o processo para a participação democrática.

As bases do acesso à justiça encontram-se ameaçadas quando a mediação e outros meios de pacificação de conflitos servem de abrigo para livrar dos riscos de um processo judicial, que muitas vezes é lento, ineficaz e oneroso, e até mesmo para evitar práticas protelatórias a lei da mediação[53].

Quando se consegue superar obstáculos que envolvem o acesso à justiça e opta-se por um dos meios de pacificação de conflitos ruma-se à consolidação da solidariedade (CF, art. 3º, I)[54], pois o objetivo do agir com outro faz com que todos sejam corresponsáveis num movimento de unificação da humanidade para mundo civilizado e não bárbaro. O reconhecimento dá direito à solidariedade, além dos direitos individuais e sociais com a expansão para direito a paz representa uma época de fortalecimento democrático. Há de se fazer valer concretamente no âmbito das ações do Estado, que deve estimular os meios de pacificação dos vínculos entre os seres humanos, fortalecendo a significância do outro que refletirá no sentido que se busca da própria sociedade.

O acesso à justiça e à solidariedade são alicerces basilares da democracia e dos direitos fundamentais e, por essa razão, são também da mediação judicial. Tanto que a mediação atinge a plenitude quando se considera o outro ultrapassando as superficialidades, quando a efetividade é alcançada em resoluções adequadas de conflitos coletivos aproximando a sociedade aos ideais supremos da nação brasileira de justiça e solidariedade.

Além dos princípios democráticos do acesso à justiça e da solidariedade, devem ser evocados os da eficiência e da razoável duração do processo.

O princípio da eficiência (art. 37, *caput* da CF) reclama que a resolução de conflitos seja um resultado da melhor junção entre custo e benefício, que envolva menor tempo, menos desgaste e melhores resultados às partes. Esse princípio é especialmente importante nos conflitos que envolvem entes públicos entre si, pois a solução consensual deve ser buscada em todos os momentos até que se alcance êxito, no âmbito administrativo inclusive, sem perder de vista que um acordo inviável pode se torna num acordo descumprido. O princípio da razoável duração do processo (administrativo e judicial), art. 5º inc. LXXVIII da CF, alterado com EC nº 45/2004, que inclui os meios que garantem celeridade à sua tramitação. Portanto, foi concedida mais relevância à celeridade na tramitação processual e serve de base para a implementação das RADs.

Enfim, em consonância com tendência de privilegiar cultura do consenso em detrimento da adversarial, atitudes preventivas para celeridade indica que é desejável reduzir resolução de divergências por meio da litigância concedendo espaço ao diálogo, exercício pleno da autonomia, como forma cooperação para vitórias recíprocas e sociais.

---

[51] Art. 5º, XXXV, CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[52] Ver GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira. Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça. **Revista Opinião Jurídica – Revista do curso de Direito da Unichristus**, Fortaleza, n. 17, p. 108-131, 2015.

[53] Art. 17, parágrafo único.

[54] Vários dispositivos constitucionais estão relacionados com o princípio da solidariedade, tais como os artigos 40, 194, 195, 196, 203, 205, 227 e 230.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou esclarecer parâmetros conceituais e procedimentais dentro de uma perspectiva constitucional sob a lente dos conflitos coletivos que envolvam entes públicos.

No entanto, para superar os desafios impostos pela atual situação do setor da justiça dos países da América Latina[55], há de se desenvolver competências básicas[56] nos envolvidos com a mediação judicial.

Uma das competências é a sinceridade porque não se resolve problemas ocultando-os, embelezando-os com palavras bonitas ou descrevendo-os com eufemismos, o tema deve ser abordado com o espírito de crítica adequado. Outra competência é a criatividade para descobrir quais são e onde estão as oportunidades de solução que nos são oferecidas. E uma terceira competência é a coragem, tendo em vista que as circunstâncias históricas exigem que se abra mão das estruturas que durante séculos nos têm amparado e com as quais se está acostumado.

Em uma época de "imediatismo", há de se resistir à tentação constante do *hic et nunc*[57] e introduzir tempo e distanciamento. Não é uma resistência fácil, as técnicas audiovisuais, por exemplo, exacerbam o sonho de aprender o mundo diretamente, em uma espécie de embriaguez, e recusam a lenta mediação da linguagem. Reintroduzir pacientemente o recuo em relação a toda situação, não querer logo um resultado, aí está uma ascendência que o mediador não pode diligenciar.

Com esses focos estampou-se a doutrina consagrada sobre princípios da mediação no âmbito constitucionais apresentando a diversidade de fontes e regulares indissociabilidades. E mais, que para preservar e potencializar a mediação judicial, além da extrajudicial e pré-processual, é necessário compreendê-la mais que um auxiliar no problema estrutural do Poder Judiciário.

Enfim, a mediação judicial tem o papel de desenvolver o potencial de promover autorresponsabilidade aos envolvidos em conflitos para soluções dialogadas, justas e pacíficas, em especial, quando envolvem entes públicos. O sentido dessa busca contribui ao fortalecimento do sentimento constitucional na população no qual o cidadão se identifique com os valores e princípios da Constituição.

REFERÊNCIAS

ABREVAYA, Sergio Fernando. **Mediación prejudicial**. Madrid: Libreria Editorial Historica, 2008.

ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoria del discurso racional como teoría de la fundamentacion jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____ **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ASSMAR, Gabriela; PINHO, Débora. Mediação privada – um mercado em formação no Brasil. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 589-606.

BACELLAR, Portugal Roberto. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência ("Untermassverbot"). In: HECK, L. A. (org.).

[55] Nesse sentido ver SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, p. 186.

[56] Interpretação construída a partir do entendimento de diversos autores: Hernandéz Valiente, René, "La justicia em Centroamérica em la década de los noventa", Seminario Justicia y Desarrollo em América Latina Y el Caribe, San José de Costa Rica, 4 al 6 febrero de 1993, publicado em Washington D.C., 1993, p. 65/86; Shihata, Ibrahim F.I., Judicial reform in developing coutriens and the role of the world Bank, The World Bank Conference on Judicial Reform in Latin American and the Caribbean, Washington D.C., 13 y 14 de junio de 1994; Shihata, Ibrahim F.I., "La reforma judicial em los países em desarrollo y el papel del Banco Mundial", Seminario Justicia y Desarrollo em América Latina y el Caribe, San José da Costa Rica, 4 al 6 febrero de 1993, publicado em Washington D.C., 1993, p. 287/312.

[57] Expressão latina que significa aqui e agora, imediatamente.

Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Porto Alegre: SAFE, 2014.

BIANCHI, Angela Andrade; JONATHAN Eva; MEURER, Olivia Agnes. Teorias do conflito. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 71-83.

BURKARD, F.-P.; PRECHET, P. (orgs.). **Metzler Lexukon Philosophie**. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 2008.

CALCATERRA, Rubén Alberto. **Mediación estratégica.** Barcelona: Gedisa, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 709-726.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflitos – hacia un nuevo paradigma.** Barcelona: Gedisa, 2009.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e sessão(ões) de mediação na lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 509-528.

GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira. Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça. **Revista Opinião Jurídica – Revista do curso de Direito da Unichristus**, Fortaleza, n. 17, p. 108-131, 2015.

HALLAK, Eduardo. Impedimentos, impossibilidades e penalidades referentes ao mediador, p. 169-178. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HOLLERBACH, A. Ciência do direito. Tradução Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-24.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014.

MANUAL DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS COLETIVOS. ENAM, 2009.

MENDONÇA, Rafael. **A ética da mediação ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MOORE, Cristopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORI, Amaury Haruo. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013. p. 165-198.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t. 1, p. 219-235, abr./jun. 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz, RS: Essere nel Mondo, 2015. Livro digital.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GT19: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIOLOGIA DAS VULNERABILIDADES: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS

A IMPORTÂNCIA SOCIAL DO AUXÍLIO RECLUSÃO E SEUS REFLEXOS EM UMA SOCIEDADE DOMINADA PELA CULTURA DO MEDO

Autor: Tiago Adami Siqueira[1]

RESUMO: Trata-se de ensaio voltado para a análise da importância do auxílio-reclusão em uma sociedade dominada pela cultura do medo. O artigo contextualiza a proteção previdenciária enquanto um direito fundamental, bem como a importância do auxílio-reclusão para o equilíbrio social e a manutenção econômica dos dependentes do Regime Geral de Previdência Social. O ensaio trata também da ligação entre a visão distorcida que algumas pessoas possuem de tal benefício previdenciário e a intolerância social que circunda a sociedade na pós modernidade.

Palavras-chave: Auxílio-Reclusão. Cultura do Medo. Direitos Fundamentais. Previdência Social.

ABSTRACT: That refers to an assey turned to analyses of importance of reclusion aid in a society controlled by the culture of fear. The text describes social security protection while being a fundamental right, as well as the importance of reclusion aid to social balance and economical maintenance of dependents of social security general management. The essay also refers to connection between distorted sight that some people have of such social security benefit and the social intolerance that goes around society on post-modernity.

Keywords: Reclusion Aid. Culture of Fear. Fundamental Right. Social Security.

1 A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA ENQUANTO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Neste artigo far-se-á a contextualização da proteção previdenciária do auxílio-reclusão com a chamada cultura do medo, presente na sociedade brasileira contemporânea. O estudo tem por objetivo relacionar a visão preconceituosa da sociedade brasileira em relação a este benefício previdenciário com a denominada cultura do medo.

No Brasil a proteção previdenciária é classificada e considerada um direito fundamental, tanto pelo quesito ontológico, ligado à sua estrutura, finalidade e funções, como pelo quesito dogmático normativo, estando garantida na Constituição Federal (SERAU JR., 2015, p. 31).

O auxílio-reclusão é um benefício previdenciário constantemente criticado nos canais de mídia e, também, pela população em geral. Ocorre que as pessoas, na maioria dos casos, não sabem qual o contexto social deste benefício e qual a proteção que ele visa conceder. Tratado comumente como uma espécie de "bolsa preso" pelos cidadãos, na verdade o auxílio-reclusão é um benefício extremamente importante para a manutenção social das famílias de baixa renda.

As sociedades desiguais do ponto de vista socioeconômico tendem a ter elevados índices de criminalidade e violência. O auxílio-reclusão é um benefício de extrema relevância, pois alberga na sua proteção justamente os dependentes daqueles segurados que se encontram em condições de vulnerabilidade social. Portanto, faz-se necessário iniciar este artigo contextualizando a proteção previdenciária enquanto um direito fundamental.

Não raro, tratados como sinônimos direitos humanos e direitos fundamentais, pelo menos do ponto de vista conceitual, não possuem a mesma representação. Direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes ao ser humano, positivados na esfera constitucional do Estado, enquanto que os direitos humanos

[1] Servidor Público Federal, vinculado ao Instituto Nacional do Seguro Social. Mestrando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle/Canoas. E-mail: tiago.adami.s@gmail.com

guardam relação com os documentos de direito internacional, por serem posições reconhecidas como essenciais ao ser humano enquanto tal, independente de sua vinculação ao ordenamento constitucional interno. Assim, os direitos humanos possuem uma validade universal, têm um caráter supranacional. Os direitos humanos estão ligados a própria condição de dignidade, ao passo que quando positivados no plano interno (constituições) são transformados em direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 29-33).

Os direitos fundamentais pretendem tutelar, sob um prisma axiológico, os interesses e necessidades básicas atinentes ao princípio da igualdade real. Sob um prisma dogmático, são aqueles direitos postos em normas de maior valor no âmbito do ordenamento jurídico, como por exemplo, na constituição e, até mesmo, advindos de tratados e convenções internacionais, sendo nestes casos denominados de direitos humanos. Porém, nem sempre existe uma ligação lógica entre estes dois prismas (SCHWARZ, 2013, p. 100).

Todavia, não se pode restringir os direitos humanos aos direitos positivados no plano internacional, se assim o fizermos, corremos o risco de ingressarmos em uma tautologia perversa. A essência da proteção humana, dos direitos do homem e da busca pela dignidade da pessoa humana está acima de qualquer regulamentação ou análise interpretativa formal. Tratar de direitos humanos é tratar do processo de luta pela dignidade humana, pela conquista dos direitos sociais e combate às desigualdades (HERRERA FLORES, 2009, p. 17-22).

Uma constituição ou um tratado internacional não são os criadores de direitos humanos, além do que admitir que o direito cria o direito é ir ao encontro de um positivismo retrógrado. Os direitos são materializados após lutas sociais que buscam as garantias dos bens indispensáveis para se viver com dignidade, que são: liberdade, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, alimentação sadia, cidadania, lazer, cultura, proteção social (previdenciária), entre outros (HERRERA FLORES, 2009, p.28-30).

As lutas sociais são geradas justamente devido às desigualdades entre os seres humanos, a busca pelo tratamento igualitário leva aos processos de construção dos direitos humanos e fundamentais. Com o direito à seguridade social e à proteção previdenciária não foi diferente, estes foram conquistados após lutas e organização social. São constantemente ameaçados e influenciados por práticas e ideias econômicas neoliberais, assim faz-se necessário, para a própria manutenção e ampliação da cobertura previdenciária, o estudo histórico da construção dos direitos humanos e seu impacto na consolidação de um direito previdenciário inclusivo.

Desta feita, os direitos humanos são o resultado provisório de lutas sociais pela dignidade humana, cujo resultado deverá ser garantido por normas jurídicas, políticas públicas e econômicas (HERRERA FLORES, 2009, p. 31-34). Para WOLKMER (2017, p. 34): "Dessa forma, tem-se a dignidade humana enquanto conquista de uma práxis histórica de libertação como polo fundante de todas outras formas de Direito."

No mundo atual, praticamente não há Estado que não tenha aderido, ao menos em parte, aos pactos internacionais de direitos humanos. Porém, mesmo que inegável o progresso na esfera da positivação destes direitos, longe estamos de solucionar os problemas inerentes a esta matéria, principalmente pelo enorme desequilíbrio entre ricos e pobres (SARLET, 2015, p. 21-24).

No século XIX, com a expansão da revolução industrial e o aumento das desigualdades sociais e econômicas, correntes socialistas, capitaneadas por Marx, começaram a reivindicar um comportamento mais ativo do Estado em busca de justiça social (SARLET, 2015, p. 47).

Posteriormente, com a Revolução Francesa, a liberdade individual foi afirmada frente ao poder estatal, sendo garantida a propriedade. Com isso a burguesia revolucionária pode acabar com os privilégios que eram concedidos à nobreza feudal no Estado Absolutista. Nesta época os trabalhadores foram desvinculados dos feudos e puderam vender sua mão de obra livremente. Ocorre que não demorou para alguns membros dessa emergente burguesia começarem a explorar estes trabalhadores "livres" que não detinham os meios de produção, assumindo, os burgueses, uma posição de superioridade em relação ao demais trabalhador.es Assim o Estado passou a ter que deixar sua posição passiva e iniciar sua atuação na regulação destas relações e na concessão de prestações e garantias sociais, começando a ter um papel ativo nesta seara (GALVÃO, 1981, p. 11).

Fica claro aqui o constante e evolutivo processo de lutas sociais pela conquista de direitos. Após a Revolução Francesa e com o advento da Revolução Industrial, um determinado grupo de cidadãos que não detinha propriedades e os meios de produção, passou a ser explorado, sentindo então a necessidade de uma real garantia de direitos individuais, de liberdade e igualdade.

Assim, nasce a concepção do Estado do bem-estar social *(Welfare State),* no qual as desigualdades são minimizadas e todos os cidadãos podem gozar dos direitos de liberdade e igualdade que foram conquistados no século anterior. Porém, na prática, apenas parte da sociedade que detinha os meios de produção, a propriedade de terras e os comércios pode usufruir destas liberdades e garantias conquistadas na Revolução Francesa.

A base do Estado do bem-estar social não é calcada somente em valores éticos, mas também como um mecanismo de controle social contra as ideias socialistas e comunistas que se difundiam no século XIX e em outros períodos da história. A proteção previdenciária é um anseio social que surge no início do século XX, sendo enquadrada pela doutrina como direitos humanos de segunda geração, caracterizados também pela garantia de direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos trabalhistas e demais direitos sociais, inclusive os previdenciários, foram conquistados devido ao tensionamento causado pelos movimentos de lutas sociais que pleiteavam uma mudança dos sistemas político e jurídico (FREITAS JR, 2011, p. 161). Os processos de lutas somados a inquietação popular fizeram com que a classe dominante não visse outra forma de controle social, senão, concedendo certos direitos sociais. Conforme leciona Antônio Carlos Wolkmer:

> Mais especificamente sobre a peculiaridade deste processo, devem-se considerar as profundas modificações sociais e econômicas ocorridas na Europa e no Ocidente: em parte, devido à amplitude dos conflitos sociais e ao consequente alargamento da "questão social"; ao crescimento de reivindicações das massas urbanas trabalhadoras, associadas, em determinado momento, às representações socialistas e anarco sindicalistas; à contribuição da Igreja Católica na afirmação de uma doutrina de justiça social; e, de outra parte, aos novos rumos do desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro; aos efeitos da Grande Guerra e ao decisivo impacto ideológico da Revolução Russa de 1917 (WOLKMER, 1998, p. 17-18).

A Constituição Mexicana (1917) foi a primeira a ter o status de constituição social, normatizou em seu texto, com um título específico no artigo 123, os direitos ao "Trabalho e à Previdência Social". Após a Constituição de Weimar (1919) na Alemanha, pós Primeira Guerra Mundial, garantiu na sua parte II, direitos e deveres fundamentais. Esta base constitucional influenciou várias constituições do pós-guerra, inclusive a Constituição Brasileira de 1934. A Constituição alemã foi proclamada quando o país vivia uma crise institucional, econômica e social, na qual a massa operária estava em greve e sob influência de forças socialistas. Caracterizou uma primeira tentativa de construção de uma social-democracia, unificando tanto as ideias liberais burguesas individualistas com os ideais socialistas (SANTIN, 2017, p. 126-127).

Neste diapasão, a proteção previdenciária e a organização da seguridade social como um todo são fundamentais para a diminuição das diferenças entre as camadas sociais. O benefício de auxílio-reclusão possui papel fundamental na proteção da camada social mais pobre e vulnerável. Considerado por alguns doutrinadores mais uma "jabuticaba" brasileira, por não possuir no direito comparado proteção semelhante, este benefício protege os dependentes do segurado recluso, evitando assim que estes tenham que também "entrar" no mundo do crime para manterem seu sustento.

2 O AUXÍLIO-RECLUSÃO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Os benefícios do Regime Geral de Previdência Social possuem um objetivo claro que é a proteção social. Têm a função de proteger os segurados e os dependentes da Previdência Social em situações de vulnerabilidade e risco social, tais como: doença incapacitante ao trabalho, invalidez, morte, maternidade e velhice. Dentre os benefícios previdenciários que protegem as situações relatadas, temos: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadorias por idade e por tempo de contribuição.

> O Estado do Bem-Estar pretende a garantia de padrões mínimos de vida digna para o indivíduo e a comunidade, considerando como necessidades básicas a expansão do emprego, a saúde e a educação. Não há dúvida de que a prisão do(a) provedor(a) da família implica consequências de ordem material, econômica e financeira àqueles que deles dependam, chegando, muitas vezes, a situações nas quais os dependentes do segurado da Previdência Social preso fiquem expostos à situação de abandono total. No modelo do Estado do Bem-Estar, não só o Estado, mas todos os indivíduos devem se empenhar pelo bem comum, isto é, devem procurar minimizar, ao menos financeiramente, as dificuldades encontradas pelos dependentes do segurado preso que perde a situação do emprego (PACHECO, 2009).

Com base na função protetiva dos benefícios do regime geral de previdência social, muitas pessoas e até canais de mídia, costumam divulgar o auxílio-reclusão como sendo um benefício ao preso, uma espécie de "bolsa preso"[2]. Fazem, costumeiramente, comparações que um preso receberia um salário maior no auxílio-reclusão que um trabalhador na aposentadoria, após contribuir durante toda sua vida laboral. Ocorre que a visão protetiva e o objetivo da proteção social do auxílio-reclusão não é de amparar o preso, pelo contrário, o objetivo é amparar a família do recluso, os seus dependentes legais[3].

> O legislador constituinte originário houve por bem apontar a prisão do segurado como risco social a ser coberto pelo regime previdenciário. Note-se que a prisão decorre de ato do próprio segurado, o que pode levar a críticas, mas a verdade é que o benefício é dirigido aos dependentes do segurado, como já foi dito, e não a este. Assim, a prisão do segurado de baixa renda provoca uma necessidade social, exatamente a falta de condições de subsistência dos dependentes por incapacidade laboral do recluso, o que será coberto por este benefício previdenciário (VIANNA, 2013, p. 555).

O benefício de auxílio-reclusão é um benefício previdenciário, portanto, de natureza contributiva. Muito embora, conforme já relatado, seja taxado pela opinião pública como um benefício de cunho assistencial.

A intenção do legislador foi conceder, ou seja, albergar no guarda-chuva dos benefícios previdenciários proteção à família do preso. Para tanto, o segurado (preso) necessita estar vinculado formalmente à previdência social, possuindo qualidade de segurado[4]. Portanto, fica clara a intenção do legislador em proteger apenas os dependentes do segurado recluso.

A Constituição Federal, em seu artigo 201, disciplina que será concedido auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. Destarte, além do requisito do preso estar vinculado ao Regime Geral de Previdência Social no momento de sua prisão, é necessário que o mesmo seja de baixa renda. Ou seja, a proteção previdenciária aos dependentes dos presos, por força constitucional, restringiu-se aos segurados hipossuficientes economicamente[5].

O critério adotado pelo Regime Geral de Previdência Social para auferir a condição de baixa renda do segurado recluso foi o objetivo, regulamentado no artigo 116 do Decreto 3.048/99. Foi fixada uma renda limite, no momento da reclusão, para os dependentes do segurado preso terem direito ao benefício. Esta renda limite é atualizada através de portaria ministerial anualmente, respeitando os critérios de correção

---

[2] Um exemplo de notícia vinculada na mídia que propaga uma ideia errada do auxílio-reclusão. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/editorial/bolsa-para-presidiarios> Acesso em: 13 dez. 2017.

[3] Conforme dispõe o artigo 16 da Lei 8.213/91: *"... são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave."* Sendo que a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

[4] Assim dispõe o artigo 80 da Lei 8.213/91: *"O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço."*

[5] Na vigência da Lei 8.213/91, após a Emenda Constitucional nº 20, são requisitos para a concessão do auxílio-reclusão: a) efetivo recolhimento à prisão; b) demonstração da qualidade de segurado do preso; c) condição de dependente de quem objetiva o benefício; d) prova de que o segurado não está recebendo remuneração de empresa ou de que está em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou abono de permanência em serviço; e) renda mensal do segurado inferior ao limite legal estipulado.

do salário-mínimo nacional. Atualmente, no momento da reclusão ou no último mês contribuído, a renda mensal do segurado preso não pode ser superior a R$ 1.319,18[6]. A jurisprudência, em alguns julgados, entende que se o segurado é desempregado no momento da prisão e, portanto, não possui renda, bastaria ter qualidade de segurado para seus dependentes terem direito ao gozo do benefício[7]. Segundo o entendimento jurisprudencial dominante, nos casos de desemprego do segurado recluso a condição de vulnerabilidade social é presumida,

O requisito renda também causa outras divergências entre o entendimento da autarquia previdenciária (INSS) e a jurisprudência, pois, diante da expressão "auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda", prevista no inciso IV do artigo 201 da CF, há duas possíveis interpretações.

Alguns sustentam que este requisito refere-se ao segurado, ou seja, exige-se que antes de ser preso, o segurado não estivesse recebendo salário maior que o estipulado em portaria ministerial. Portanto, o segurado (preso) é quem deveria ser de baixa renda. Por sua vez, outra corrente sustenta que o requisito de baixa renda deveria ser analisado em relação aos dependentes, uma vez que o benefício seria a eles destinado. Portanto, para estes, o dependente é quem deveria ser hipossuficiente economicamente.

Neste sentido foi o enunciado da Súmula 5 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não à do segurado recluso"[8].

Porém, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 587.365 e 486.413, o Supremo Tribunal Federal pacificou a discussão, consolidando o entendimento de que o requisito de baixa renda está ligado ao segurado, e não aos seus dependentes. Aplicou-se, portanto, a interpretação literal e teleológica do dispositivo constitucional.

A proteção concedida aos familiares do segurado recluso assemelha-se a da pensão por morte, pois em ambos os casos o segurado instituidor passa a não poder mais prover seu lar, seja por estar detido, ou no caso da pensão por morte, em decorrência de óbito. Por óbvio, o auxílio-reclusão será mantido somente até a soltura do preso.

O auxílio-reclusão também será concedido aos presos em prisão preventiva ou temporária, regime fechado ou semiaberto, sendo vedada ao preso exercer atividade remunerada. Não cabe a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que esteja em livramento condicional ou que cumpra pena em regime aberto, justamente pelo fato de poderem exercer atividade remunerada, e assim proverem economicamente seus dependentes.

Sendo um direito fundamental, considera-se que a proteção do auxílio-reclusão não deveria ser restritiva ao quesito baixa renda, e que esta restrição viola princípios basilares da própria Carta Magna, como: isonomia e a dignidade da pessoa humana. Partindo da ideia central de que a proteção do auxílio-reclusão funciona como salvaguarda para as famílias que perdem seus provedores por algum período de tempo, torna-se contraditório, do ponto de vista axiológico, conceder esta proteção apenas àquelas famílias que são de baixa renda.

Um elemento que reforça esta visão é o fato do auxílio-reclusão estar previsto no artigo 229 da Lei 8.112/91, lei que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, sem a necessidade do segurado (servidor) recluso precisar comprovar ser de baixa renda, e não fixando limite de ganhos mensais para os dependentes terem direito ao benefício.

Entende-se, portanto, que o auxílio-reclusão deveria ser concedido levando-se em conta apenas dois requisitos: a) qualidade de segurado; b) a existência de dependente válido. Porém, não foi esta a opção do

[6] Valor fixado por portaria do Ministério da Fazenda nº 15, de 16 de janeiro de 2018 (Publicada no D.O.U de 17/01/2018, seção 1, página 28).

[7] Conforme observa-se nas decisões do Tribunal Regional da 4ª Região, proferidas nos seguintes processos: a) TRF4, AC 5037172-63.2015.4.04.7000, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 13/12/2017 e b) TRF4 5036626-61.2017.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 13/12/2017.

[8] A súmula foi editada em 2008, mas cancelada na sessão de 04-12-2009, Proc. nº 2008.71.95.001809-3.

legislador que vinculou o gozo do benefício à condição de baixa renda do segurado recluso.

3 A CULTURA DO MEDO E A LEGITIMAÇÃO DO AUTORITARISMO COMO FORMA DE SUPRESSÃO DE GARANTIAS SOCIAIS

A sociedade brasileira contemporânea está imersa em um sentimento de medo relacionado à insegurança. Há uma percepção geral que após a consolidação do estado democrático ocorreu um aumento da criminalidade no país. Muitas vezes está percepção legitima condutas autoritárias que contrariam as garantias conquistadas na Constituição Federal de 1988. Pastana define que:

> Cultura do medo representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduz a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpétua uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos. Quando afirmamos a existência de uma cultura do medo na atualidade, por exemplo, não estamos dizendo que o medo é exclusivo deste momento. Na verdade o medo sempre acompanhou o homem, haja vista a busca permanente de unidade, coesão e a organização em grupo para se fortalecer e se proteger, ou seja, para enfrentar e eliminar as causas do medo (PASTANA, 2005, p. 183).

Atualmente, vive-se uma espécie de sentimento coletivo de insegurança que acaba alterando o modo de vida das pessoas. Porém, esta percepção nem sempre está ligada a um real aumento da violência criminal. Neste sentido, Pastana complementa:

> Atualmente o problema social da violência urbana torna-se secundário diante de um problema ainda mais pungente que é o medo generalizado e exacerbado do crime. O medo associado à criminalidade nas metrópoles como São Paulo tornou-se um problema que se incorporou ao modus vivendi da população urbana. É hoje um assunto valorizado pela imprensa e pelas autoridades, determinando mudanças no comportamento e hábitos sociais. Cada vez mais, as cidades assumem feições ditadas por uma arquitetura do medo. Muros mais e mais altos, cercas em volta das residências, sofisticados sistemas de segurança e alarme. assim como se verificam outros fenômenos correlatos: crescimento visível das empresas privadas de vigilância, elevada quantidade de armas de fogo em circulação, êxodo de zonas e regiões onde o risco de se transitar sozinho pressupõe-se b elevado, além de demais mecanismos de autoproteção. Diante disso, os indivíduos e as instituições moldam seus comportamentos à nova realidade e reorientam-se para conviver com o medo e a insegurança, sob a tensão e a expectativa de serem vítimas de ofensas criminais (PASTANA, 2005, p. 184).

Constata-se que um grupo crescente de pessoas não está preocupado em manter as garantias advindas com o estado democrático de Direito, pelo contrário, estas pessoas mantêm um discurso que legitima a punição a qualquer custo, sem a observância de princípios basilares como: a presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. A sociedade atual, cada vez mais, endossa condutas autoritárias de agentes públicos de segurança.

Agentes políticos que em seus discursos "pregam" a utilização de práticas violentas contra supostos "bandidos"; que são contra as garantias constitucionais de liberdade, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana são tidos como "mitos", heróis, salvadores.

Políticas de desencarceramento em outros países apresentam excelentes resultados, porém, no Brasil, há uma espécie de consenso popular que a melhor forma de diminuir os índices da violência urbana é a prisão. Este pensamento finalístico não leva em consideração todo um cenário complexo de grande desigualdade, falta de oportunidades de ascensão social, educação e saúde pública de baixa qualidade.

A cultura do medo acaba segregando as pessoas, fazendo com que a sociedade fique homogênea e dificultando a convivência entre cidadãos diferentes (culturalmente, economicamente). As pessoas acabam por conviver apenas em seus ciclos sociais, morando em condomínios fechados, cercando-se de muros, comprando apenas em lugares com segurança particular (shoppings e centros comerciais privados). Segundo Pastana, este comportamento só faz aumentar as desigualdades sociais e a própria sensação de insegurança:

> Seja como for, esses enclaves representam um espaço que contradiz diretamente os ideais de heterogeneidade, acessibilidade e igualdade que ajudaram a organizar tanto o espaço público moderno quanto as modernas democracias. Privatização, cercamentos, policiamento de fronteiras e técnicas de distanciamento criam um outro tipo de espaço público: fragmentado, articulado em termos de separações rígidas e segurança sofisticada, e no qual a desigualdade é um valor estruturante. No novo tipo de espaço público, as diferenças não devem ser postas de lado, tomadas como irrelevantes, negligenciadas. Nem devem também ser disfarçadas para sustentar ideologias de igualdade universal ou de pluralismo cultural. O novo meio urbano reforça e valoriza a desigualdade e a separação e é, portanto, um espaço público não democrático (PASTANA, 2005, p. 188).

Bauman sintetizou bem os efeitos da cultura do medo sobre a segregação social, balizada em fatores econômicos, e os efeitos desta sobre a aumento exponencial das desigualdades:

> Em síntese, a transformação nasce dos efeitos produzidos por um duplo movimento: por um lado, é nas grandes áreas urbanas que se concentram as funções mais avançadas do capitalismo, que tem se reacomodado segundo uma lógica de rede, cujos núcleos estruturais são justamente os centros globais. Por outro, as cidades tornam-se objeto de novos e intensos fluxos de população e de uma profunda redistribuição da renda: seja nos bairros nobres, com a formação de uma elite global móvel e altamente profissionalizada, seja nos bairros populares, com a ampliação dos cinturões periféricos, onde se junta uma enorme quantidade de populações deserdadas. Em suma, a cidade social democrata que se afirmou no segundo pós-guerra torna-se ameaçada em suas fundações, pois o tecido social é submetido a intensas pressões que produzem uma verticalização crescente: os ricos tendem a se tornar ainda mais ricos, desfrutando as oportunidades disponibilizadas pela ampliação dos mercados, enquanto os mais pobres afundam na miséria, destituídos de sistemas de proteção social (BAUMAN, 2005, p. 12).

Outra questão central é o próprio sistema prisional brasileiro que não cumpre sua função de ressocializar o apenado. Segundo dados do Ministério da Justiça[9], o Brasil ocupa hoje a posição de quarto país com a maior população carcerária do mundo, com mais de 600.000 presos abarrotados em 370.000 vagas. Isso além de representar uma violação aos direitos fundamentais, demonstra a total ineficiência do sistema carcerário brasileiro.

O preso no Brasil sofre muita discriminação, fica estigmatizado quase que de forma perpétua. Essa discriminação estende-se aos seus familiares, logo a proteção previdenciária é fundamental nestes casos. O Brasil inova em proteger através do Regime Geral de Previdência Social os dependentes dos segurados presos de baixa renda.

Tal proteção previdenciária é um grande avanço social em busca da efetivação de uma real ressocialização do apenado e da diminuição que o impacto de uma reclusão pode trazer a todo grupo familiar. Não se pretende aqui fomentar que réus condenados, com trânsito em julgado, em suas ações penais fiquem impunes, mas sim que o sistema de punição funcione como um meio de ressocialização eficaz. A pena, ainda que do ponto de vista sentimental e psicológico também seja cumprida pelos familiares do apenado, não pode influenciar no quesito socioeconômico destes. Aqui entra a importância do auxílio-reclusão como um benefício que tem a função de manutenção econômica dos familiares do segurado preso.

A imprensa, assim como distorce em muitas situações, a real proteção e importância do auxílio-reclusão, ainda propaga o sentimento de insegurança na sociedade.

> Ressalta-se que a imprensa tem parcela significativa de responsabilidade nesta estigmatização. No caso específico da violência criminal o processo de produção da informação, por um lado, não reflete a realidade e a intensidade dos eventos que deveria recobrir; por outro, adequa-se à concepção dominante de violência e de sujeitos violentos que a sociedade hegemonicamente retém em seu imaginário (PASTANA, 2005, p. 189).

Percebe-se que em uma sociedade fragmentada e desigual, o preso e seus familiares acabam sendo marginalizados e o mesmo reflete-se na opinião social quanto à pertinência do auxílio-reclusão enquanto proteção previdenciária. Opta-se por propagar notícias inverídicas e excluir ainda mais o preso e seus

[9] Informações contidas no site: < ttps://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/17/politica/1487367954_615189.html> – Acesso em: 13 dez. 2017.

familiares do convício social, como uma espécie de fuga da realidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estruturas sociais, em parte, são garantidas pela manutenção da paz social (GNTA, 2014, p. 84). Para a manutenção desta ordem social e, consequentemente, a diminuição das desigualdades geradas pelo capitalismo, é necessário que se ofereça assistência aos membros hipossuficientes da sociedade (GIDDENS, 2005, p. 272).

Os mecanismos de proteção social que o Estado oferece são fundamentais para a manutenção da estabilidade social, pois estes funcionam, ou ao menos deveriam funcionar, como ferramentas para diminuição das desigualdades. A Previdência Social é um desses pilares, sendo fundamental para a proteção dos trabalhadores em momentos de vulnerabilidade social. Dentre estas destaca-se a reclusão, situação na qual o trabalhador fica impedido de prover o sustento de sua família devido a sua condição de preso.

Roosvelt[10] na concepção do *welfare state* propôs uma segunda carta de Direitos que incorporou garantias sociais e estabeleceu uma nova base de segurança nos Estados Unidos e, depois, serviu como modelo para outros países. Para ele, a verdadeira liberdade individual não existe sem segurança econômica e independência financeira mínima: "homens com necessidades não são livres." Ele acreditava que pessoas com fome e desempregadas eram a matéria-prima para as ditaduras (CARBOBELL, 2010, p. 52). Nesta análise, pode-se auferir, inclusive, que o auxílio-reclusão contribui para a redução da criminalidade, pois garante condições mínimas socioeconômicas aos dependentes legais do segurado recluso, dificultando que estes sejam aliciados pelo mundo do crime.

Embora muito criticado pela opinião pública em geral, o auxílio-reclusão cumpre uma função social importantíssima, sendo em muitos casos a única fonte de renda de famílias de segurados da Previdência Social que se encontram reclusos.

Porém, as críticas a esta prestação previdenciária também surgem de importantes doutrinadores do direito brasileiro como, por exemplo, Sérgio Pinto Martins:

> Eis um benefício que deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por se encontrar nesta condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, homicídio, etc (MARTINS, 2005, p. 414).

Essas são visões restritivas que não contemplam o todo da função social deste benefício previdenciário. Conforme tratado neste ensaio, entende-se que o benefício de auxílio-reclusão deveria ser extensivo a todos os dependentes de segurados reclusos e não apenas àqueles de baixa renda. A proteção previdenciária, conforme foi abordado, encontra-se no rol dos direitos fundamentais. Sendo assim, o benefício em tela possui grande relevância em um contexto socieconômico de enorme desigualdade e discriminação.

Atualmente, parcela considerável da sociedade, prefere marginalizar o problema da violência, em vez de enfrentá-lo, buscando soluções. Algumas vezes, com a sede e o sentimento equivocado de "justiça a qualquer custo", parte da população crítica e é contra ações que objetivam o benefício de todos. Esquece-se, frequentemente, que a criminalidade encontra terreno fértil para sua propagação justamente quando o Estado não está presente fomentando políticas sociais. As favelas são exemplos notórios do que a omissão estatal pode gerar.

> Verifica-se, atualmente, que a exigência fundamental desta sociedade aterrorizada é um rigor punitivo traduzido em penas severas para os transgressores e a criminalização generalizada de condutas. A cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado

[10] Franklin Delano Roosevelt, então presidente dos Estados Unidos, em um famoso discurso no dia 11 de janeiro de 1944 no qual propôs diversas ações para implemento de políticas e programas sociais. A ampliação da intervenção do Estado, com o planejamento econômico, ficou conhecida como "New Deal". Foi uma resposta a crise econômica de 1929 que colocou em xeque a viabilidade das medidas econômicas liberais, que apontava o mercado capitalista como o instrumento ideal para se alcançar o equilíbrio econômico e social, sem a intervenção maciça do Estado.

> desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A repressão passa a ser a "tábua de salvação" da sociedade e quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará. A segurança torna-se plataforma política e algumas vezes a causa da derrocada de um governo. A promessa é sempre o rigor (PASTANA, 2007, p. 110).

Em um cenário de uma sociedade dominada pelo medo, na qual as pessoas procuram se distanciar do convívio social, cercando-se de seguranças e muros, onde uns tem medo dos outros, não fornecer uma proteção digna aos dependentes do trabalhador preso, contribui, e muito, para o aumento da sensação de insegurança.

Acerca da sensação de insegurança, Bauman ensina que a liberdade balizada na segregação social, não é uma forma de liberdade plena:

> A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto está só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida. Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros. (BAUMAN, 2003, p. 24).

Relevante frisar que o auxílio-reclusão não se trata de um benefício assistencial, uma benevolência social de distribuição de renda, mas sim uma prestação previdenciária, amparada por devida fonte contributiva, que respeita o equilíbrio financeiro e atuarial de todo o sistema.

Conclui-se, portanto, que o constituinte brasileiro foi inovador no sentido de considerar a prisão uma contingência social a ser protegida pelo sistema previdenciário, porém esta proteção não deveria ser restrita apenas aos segurados de baixa renda.

Percebe-se, também, uma clara ligação entre a percepção distorcida de parte da população sobre este benefício e a cultura do medo, que por vezes, endossa e fomenta condutas autoritárias.

Para Bauman (2007, p. 60-72) as desigualdades sociais estão em franca progressão, sendo o mercado sem fronteiras (liberalismo econômico) uma receita para a instalação da injustiça e desordem mundial. Estes fatores estão diretamente ligados ao aumento da violência, que gera, por sua vez, um sentimento de medo generalizado, estimulando uma ação defensiva das pessoas.

Esta ação defensiva desemboca em um sentimento de guerra constante. Gera uma polarização de ideias e uma divisão entre ricos e pobres (estes comumente marginalizados), na qual uns tentam se proteger dos outros, sem, bem certo, saberem quem é o verdadeiro inimigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade.** Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Meedeitos. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____**. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CARBONELL, Miguel. **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición.** El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

GALVÃO, Paulo Braga. **Os direitos sociais nas constituições.** São Paulo: Ltr, 1981.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **A solidariedade social previdenciária nos 25 anos da Constituição de 1988.** SERAU JR., Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente (coords.) **A seguridade social nos 25 anos da Constituição.** São Paulo: Ltr, Juruá, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger. Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** Editora Atlas. 22ª Edição. São Paulo. 2005

PACHECO, Marta Ribeiro. Auxílio-reclusão. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 30, junho. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao030/marta_pacheco.html> Acesso em: 14 dez. 2017.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo e Democracia:** um paradoxo brasileiro. Londrina: Revista Medições. V.10, n. 2, p. 183-198, Jul/Dez, 2005.

PASTANA, Débora Regina. **Medo e Opinião Pública no Brasil Contemporâneo.** Estudos de Sociologia, Araraquara, v.12, n. 22, p. 91-116, 2007.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Ltr, 2013.

SERAU JR., Marco Aurélio. **Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Ltr, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. **Direitos Fundamentais e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade.** PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (coord). **Teoria crítica dos direitos humanos.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos; LORENA, González Pinto (Org.). **Justiça e Direito Humanos: para uma discussão contemporânea desde a América Latina.** Canoas: Ed. Unilasalle, 2017.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA DIANTE DA INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO

Rafael dos Santos Marques [1]

Rogério Santos Rammê[2]

RESUMO: O artigo analisa as hipóteses autorizativas do corte do fornecimento de água tratada diante do inadimplemento do usuário, na perspectiva da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Considerando a fundamentalidade do direito à vida e a essencialidade do serviço de fornecimento de água tratada, a análise do corte de fornecimento desse serviço essencial, na hipótese de inadimplência do usuário, deve ser apurada diante do caso concreto, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, porquanto, demonstrada a absoluta falta de recursos pelo beneficiário do serviço de fornecimento de água tratada, o seu não fornecimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito fundamental à vida. Trata-se de pesquisa qualitativa, que se utilizou de dados documentais, doutrinários e jurisprudenciais referentes ao tema da pesquisa. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Fornecimento de Água. Inadimplemento do Usuário. Suspensão de Serviço Essencial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível o corte do fornecimento de água tratada diante da inadimplência do usuário ou tal prática viola o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais correlatos?

A importância do tema decorre da aparente divergência, a ser efetivamente apurada por meio de análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial, relativo à garantia da água como serviço público essencial, inclusive em atendimento da premissa da dignidade da pessoa humana, viés sob o qual não se poderia interromper o abastecimento de água, em face da possibilidade de interrupção nos casos de não pagamento pelo usuário.

Aborda-se aqui a fundamentalidade do acesso à água tratada para garantia da própria vida e de uma vida digna, direitos que, por sua importância, são tutelados pela Constituição Federal já no seu início, respectivamente nos artigos 5º, *caput*, e 1º, III, sem esquecer-se do viés consumerista que incide sobre a relação concessionária-usuário (Lei nº 8.078/90) e a legislação específica sobre o tema (Leis nº 8.080/90, 8.987/97, 9.433/97, 9.984/2000, 11.445/2007), inclusive no que tange ao abastecimento de água como serviço público essencial (artigo 10, I, da Lei nº 7.783/89), considerando, em oposição, a contribuição pecuniária que de todos é exigida ao funcionamento adequado e permanente do sistema..

2 O ACESSO À ÁGUA TRATADA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 estabelece que as águas podem ser de domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal. As águas de domínio da União são aquelas que se encontram em terras do seu domínio, ou que banham mais de um Estado, servindo de limite com outros países ou unidades da Federação (artigo 20, inciso III, CF/88).

As águas de domínio dos Estados e do Distrito Federal são todas as outras, incluindo as águas de origem subterrânea (artigo 26, incisos I, II, III e IV, CF/88). A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, em seu artigo 5º, inciso III, estabelece como um de seus instrumentos a outorga dos direitos de uso de recursos

[1] Bacharel em Direito (Centro Universitário Metodista IPA). E-mail: rafa.s.marques@hotmail.com

[2] Doutor em Direito (PUCRS). Professor universitário (Centro Universitário Metodista IPA). E-mail: rogerio.ramme@ipa.metodista.br

hídricos. Já a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que instituiu a Agência Nacional de Águas (ANA), em seu artigo 4º, inciso IV, confere competência à ANA para emitir outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União.

Cândido Furtado Maia Neto, pontua: "Somente na última década se percebeu no Brasil a necessidade de proteção na esfera governamental dos recursos hídricos. A água, porém, como bem vital sempre esteve sob tutela na legislação hídrica"[3]. Cabe destacar que o acesso a água tratada no Brasil é regulado pelo Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, regulamentador da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências.

Porém, a água, como recurso hídrico é regulada pela Lei nº 9.433/9,7 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, estabelecendo os fundamentos, os objetivos da gestão, as suas diretrizes e fixou os instrumentos de planejamento econômico e administrativo para que o gerenciamento da água venha a ocorrer no Brasil.

A política nacional de recursos hídricos busca a integração e participação de toda a sociedade e dos entes federativos em suas ações. Portanto, se faz necessário um comprometimento de todos os entes, para que cumpram suas obrigações e deveres estabelecidos nas diretrizes da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, as quais foram pactuadas por diversos seguimentos da sociedade, como usuários da indústria, turismo, agropecuária, abastecimento de água, geração de energia, entre outros. Além dos governos e dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.[4]

Ainda, a esfera do poder executivo o Ministério do Meio Ambiente, entre 2003 e 2005, estabeleceu um planejamento estratégico para a gestão de águas no país, por meio do Plano Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, aprovado por unanimidade pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos em janeiro de 2006, estabelecendo diretrizes e políticas públicas para o uso racional da água no Brasil até 2020. O PNRH foi uma enorme conquista para a população brasileira, inclusive com reconhecimento internacional, tendo em vista que objetivou de maneira participativa orientar a gestão das águas sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social. O PNRH tem como escopo: garantir água de melhor qualidade e em quantidade suficiente para todos; minimizar conflitos pelo uso da água, bem como melhor preparar-se para os eventos críticos, como secas e inundações; e entender a conservação da água como valor socioambiental relevante.

Já o tratamento da água destinada ao abastecimento da população tem o objetivo básico de torná-la própria para o consumo do ponto de vista de potabilidade, ou seja, o tratamento da água tem a finalidade de eliminar as impurezas prejudiciais e nocivas à saúde. O problema também é que grande parte dos mananciais está poluído, o que torna mais complexo o processo de tratamento e, portanto, mais cara a água. Entretanto, existem sistemas públicos de abastecimento que não requerem o tratamento das suas águas. São casos normalmente em que se aproveitam águas de bacias protegidas ou se abastecem com águas de poços profundos. Assim, o processo de tratamento para abastecimento público de água potável tem as seguintes finalidades básicas: higiênicas - eliminação ou redução de bactérias, algas, protozoários e outros microrganismos, substâncias venenosas, mineralização excessiva, teor excessivo de matéria orgânica; estético - remoção ou redução de cor, turbidez, dureza, odor e sabor; e econômico - remoção ou redução de dureza, corrosividade, cor, turbidez, odor, sabor, ferro, manganês etc.[5]

Cabe destacar também, que o acesso a água tratada está disposto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, ratificado pelo Brasil, como um direito humano de acesso a quantidades mínimas de água potável a toda a população.

---

[3] NETO, Cândido Furtado Maia. **Água:** direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. 2008, p. 35. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892>. Acesso em: 24/10/2017.

[4] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006.

[5] GUIMARÃES, Carvalho e Silva. **Fontes de água para abastecimento**: Saneamento Básico. 2007. Disponível em:http://www.ufrrj.br/institutos/it/deng/leonardo/downloads/APOSTILA/Apostila%20IT%20179/Cap%201.pdf Acesso em: 25/10/2017, pag. 106.

2.1 ACESSO À AGUA TRATADA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais estão atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor nuclear do sistema constitucional brasileiro e do qual decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, existe um caráter cultural da dignidade humana, atrelada à construção de experiências experimentadas por comunidades e diversas gerações da humanidade. Sarlet discorre sobre um conceito de dimensão dúplice da dignidade da pessoa humana, com uma característica intersubjetiva, definindo-a como:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[6]

A Constituição Brasileira, no seu art. 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático. Dessa forma, afirma o dever do Estado para com o seu povo, no sentido de propiciar condições para que estes alcancem sua dignidade.

O acesso à água tratada como direito fundamental, entretanto, não está expresso literalmente nos dispositivos constitucionais. Ainda assim, a Constituição Federal ao estabelecer as diretrizes dos direitos fundamentais e, em especial, o valor da dignidade da pessoa humana, o engloba, visto que o acesso a água tratada e potável está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao direito à saúde, amplamente protegidos pelos dispositivos constitucionais. Inclusive, nesse sentido, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal deixa claro o caráter exemplificativo do rol dos direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional ao estabelecer um cláusula de abertura a outros direitos que sejam materialmente fundamentais. Como nos ensinam João Hélio Pes e Taís Hermann da Rosa[7], trata-se do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, que permite considerar como direitos fundamentais situações jurídicas não previstas na Constituição Federal, mas que se relacionam com os outros princípios constitucionais, ou tratados e convenções internacionais, da qual o Brasil seja signatário.

A partir dessa linha de raciocínio fundamenta-se o acesso a água tratada como direito fundamental, tendo em vista, não só a garantia a dignidade da pessoa humana, mas, também, o compromisso assumido pelo país diante de tratados e convenções internacionais. Nesse particular, destaca-se que o Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, reconhece o direito ao acesso a água tratada como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e a alimentação, dispondo que é um direito essencial de todo o ser humano o acesso a quantidade suficiente de água limpa para o uso pessoal e doméstico.

Para Cândido Furtado Maia Neto[8] é indispensável a existência de água para a vida, o que justifica a tutela efetiva das águas através dos sistemas jurídicos legais e através da difusão dos instrumentos de Direitos Humanos em relação à proteção da vida e da água, que são bens invioláveis e de interesse indisponível, inalienável, inderrogável e irrenunciável.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o direito ao acesso a água tratada no Brasil é um direito fundamental, levando em consideração ainda o que a doutrina conceitua como "mínimo existencial", ou

---

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pag. 73.

[7] PES, João Hélio; ROSA, Taís Hemann da. **O emprego do princípio da dignidade da pessoa humana pelos tribunais brasileiros.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82cadb0649a3af49. Acesso em: 25/10/2017.

[8] NETO, Cândido Furtado Maia. **Água:** direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. 2008, p. 326. Disponível em: http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892. Acesso em: 24/10/2017.

seja, avaliar, na atualidade social, qual seria o mínimo para se viver com uma vida digna, o que não se confunde com o mínimo para a sobrevivência.

2.2 O ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

A água foi considerada como bem de domínio público na Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. O seu fornecimento é de responsabilidade do Poder Público, tendo em vista seu caráter de essencialidade. A Lei de Greve (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989), por exemplo, estabelece expressamente (art. 10), que o serviço de abastecimento de água é essencial. Nesse sentido, nas palavras de Leonardo Bessa e Gabriela César[9]:

> A essencialidade diz respeito à necessidade do ser humano, garantindo, assim, sua saúde, segurança, bem-estar e a vida com dignidade, elemento fundamental para estabelecer quais serviços devem ser prestados pelo Poder Público. (...) Esse caráter essencial do fornecimento de água traz consigo outras perspectivas, quais sejam: o direito de acesso a esse serviço deve ser garantido a todas as pessoas em igualdade de condições, ou seja, todos devem poder usufruir do serviço adequadamente, sem distinção de qualquer ordem, principalmente a econômica.

Importante reiterar, assim, que o acesso à água é intrínseco à garantia de uma vida saudável e com dignidade; todas as pessoas devem ter o acesso a água tratada em quantidade suficiente para sua subsistência, com custo acessível e fisicamente disponível, para usos pessoais e domésticos, conforme previsto na legislação brasileira.

Especificamente quanto à quantidade necessária, cumpre apontar que dados da Organização Mundial da saúde (OMS)[10], preveem que a quantidade de água, qualitativamente aproveitável, suficiente à vida para usos domésticos é de 50 litros ao dia por pessoa (o que equivale a aproximadamente 18m³ por ano). Em caráter excepcional, no entanto, admite-se, que em países mais pobres a quantia suficiente se reduza a 25 litros de água por dia, por pessoa.

É competência e dever do poder público dar acesso ao abastecimento de água tratada a toda população, como explicitado na lei de saneamento básico. Os fornecimentos de serviços públicos essenciais, como de água, luz e gás, são prestados por empresas privadas através de permissão ou concessão dos entes públicos, conforme disposto na Lei n. 8.987/95. Frisa-se que, tanto os serviços que sejam prestados diretamente pela Administração quanto os que forem fornecidos por setores privados, em especial estes, necessitam observar os princípios previstos no referido diploma legal para o desempenho de suas atividades. Entre os princípios elencados na lei – regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade das tarifas –, cabe destaque para o princípio que trata da continuidade dos serviços. Destaca-se, porém, que a própria lei prevê hipóteses nas quais o serviço pode sofrer solução de continuidade: uma delas é justamente quando o usuário deixa de realizar o pagamento pecuniário pelo serviço.[11]

A partir disso a Lei nº 9.433/97, buscou implementar diversos instrumentos políticos para alcançar uma adequada gestão dos recursos hídricos no Brasil. O enquadramento dos corpos de água em classes tem como escopo assegurar a qualidade das águas para os usos a que forem destinados, diminuindo assim, os custos de combate a poluição, mediante ações preventivas permanentes.

O poder público através do instrumento da outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos autorizou o usuário a utilizar as águas de seu domínio, por tempo determinado e em condições preestabelecidas. Os critérios de outorga são definidos e estabelecidos pelos Conselhos e Comitês de Bacia Hidrográfica,

9 BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016, p. 245. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acessado em: 05/11/2017.

10 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006, pag. 17.

11 BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2016, p. 246. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017.

objetivando assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos de água superficial e subterrânea e o efetivo exercício do direito de acesso à água. Ainda, através do mecanismo da cobrança pelo uso da água, fica evidente o reconhecimento da água como bem econômico, dando ao utilizador uma visão de real valor, incentivando a racionalização e uso consciente da água, além de obter recursos para os programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos. Os critérios de cobrança são definidos pelos Conselhos, e os Comitês definem os valores a serem cobrados. [12]

O abastecimento de água tratada não está atrelado, somente, à dignidade da pessoa humana, no âmbito individual, mas também à tutela do Estado no que tange à saúde coletiva, tendo em vista que é dever do Poder Público promover políticas públicas de controle da saúde pública. [13]

Pode-se afirmar que os gastos são menores em se tratando de investimento em saneamento básico do que na resolução dos problemas advindos da precariedade, como falta de água tratada e má higienização. Pesquisas apontam que para cada R$ 1,00 investido em saneamento básico, economiza-se de R$ 4,00 a R$ 5,00 em gastos com saúde pública, afinal a água não tratada é um enorme difusor de doenças, das mais variadas, responsáveis por milhares de mortes todos os anos no país. Levantamentos recentes da Organização Mundial da Saúde (OMS)[14] apontam que mais de um quarto das mortes de crianças com menos de cinco anos são causadas por fatores ambientais como poluição, falta de saneamento e uso de água imprópria para o consumo. Anualmente, 1,7 milhão de meninos e meninas nessa faixa etária morrem porque vivem em locais insalubres. Ainda segundo a OMS, as causas mais comuns de mortes entre crianças de um mês até cinco anos são diarreia, malária e pneumonia. A escassez de recursos hídricos próprios ao consumo humano acarreta na morte de 361 mil meninos e meninas na mesma faixa etária por diarreia por não terem acesso água potável, esgoto e higiene. A OMS estima que a falta de limpeza, saneamento e água limpa em unidades de tratamento está associada à morte de 270 mil crianças que falecem durante o primeiro mês de vida.

Nesse sentido, de acordo com o art. 3º da Lei nº 8.080/90, as ações e serviços de saúde, tais como o saneamento básico - que inclui o fornecimento de água tratada para consumo - constituem fatores determinantes para promoção, proteção e recuperação da saúde. Já a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e da outras providências, universaliza o acesso ao saneamento básico a todos os domicílios do país, definindo-o como um conjunto de serviços, infraestrutura e operacionalização do abastecimento de água potável, esgoto sanitário e limpeza urbana.

No entendimento de Gerivaldo Alves Neiva[15], existe uma relação entre a realidade atual do saneamento básico do país e a nova Lei, que reconhece a deficiência do serviço, prevê a universalização do acesso, a integralidade das ações e o abastecimento de água e esgotamento sanitário como complementos da saúde pública e proteção do meio-ambiente.

Cabe aqui colacionar os ensinamentos de Leonardo Bessa e Gabriela César[16]:

> Portanto, como se pode perceber, o acesso à água é intrínseco à garantia de uma vida saudável e com dignidade. Estipular medidas que deixem de fora do abastecimento de água uma parcela da população, principalmente aqueles que não podem pagar por seu tratamento e fornecimento, é fomentar a busca por medidas alternativas, como assim fizeram os povos em outras épocas. Isto se torna perigoso e, a longo prazo, dispendioso para o próprio Estado, o qual arcará, inevitavelmente,

[12] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006, p. 34.

[13] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** 2016, p. 246. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961. Acesso em: 05/11/2017.

[14] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Poluição e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, diz OMS.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/poluicao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>. Acesso em: 06/11/2017.

[15] NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07/11/2017.

[16] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016, p. 245. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017.

> com custos maiores na área da saúde pública, posto que as consequências possíveis e previsíveis são o alastramento de doenças e epidemias.

Infelizmente, no Brasil, a implementação do saneamento básico para toda a população poderá levar décadas, e essa ausência de água potável, higiene pessoal e tratamento de esgoto, ainda fará muitas vítimas fatais ao longo dos anos, afetando principalmente as crianças e os idosos que vivem nas periferias e regiões mais podres do país.

3 A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA NO BRASIL

Tendo como base o conceito de dignidade da pessoa humana e o texto constitucional, parte-se para a análise da possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água tratada pelo inadimplemento do usuário, levando em consideração a essencialidade desse recurso natural para a sobrevivência humana.

Na visão de Paulo Cesar Soares Cabral Filho[17], a Lei nº 11.445/2007, que institui o marco regulatório do saneamento básico, trouxe novamente a discussão sobre a interrupção do fornecimento do serviço público prestado sob regime de concessão em razão do inadimplemento pelos usuários. Segundo o autor, isso ocorre pelo fato de o tema da interrupção ou mesmo a restrição da prestação do serviço público ante o descumprimento da contraprestação a que está obrigado o usuário, partindo da premissa que o acesso a bens imprescindíveis à sobrevivência digna, é causa de conflito de interesses ao qual o Estado não pode se mostrar indiferente, tendo em vista que é o titular do serviço.

A Lei nº 11.445/2007, prevê no artigo 40, inciso V, a possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água por inadimplemento do usuário, desde que com prévio aviso. Entretanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo, prevê critérios e condições especiais para a população de baixa renda, beneficiária de tarifa social[18], como prazos e critérios a fim de preservar mínimas condições para mantença da saúde das pessoas atingidas. Porém, há um questionamento a ser feito, como demonstra Gerivaldo Alves Neiva[19]:

> A Lei, no entanto, não define a forma da notificação, não estabelece qual o prazo de notificação para o usuário residencial de baixa renda e também não indica como preservar as condições mínimas de saúde dos atingidos. Quem vai lhe fornecer água potável enquanto perdurar a interrupção? E se contrair alguma doença por motivo de consumo de água poluída, quem é o responsável? Por fim, não esclarece também a Lei à cerca da quantidade de meses em atraso, ou a quantidade de tarifas não pagas, que possam ensejar a suspensão no fornecimento. A interpretação literal remete ao reconhecimento de mais de um mês de atraso, sendo que cada mês representa um pagamento, vez que a lei menciona, expressamente, *"tarifas"*. Da mesma forma, por *"notificação formal"* entende-se a correspondência enviada ao endereço do consumidor com Aviso de Recebimento. Esta permissão, no nosso entender, não está em sintonia com o fundamento da República Federativa do Brasil, disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Esse questionamento é pertinente, pois houve uma omissão legal quanto aos pontos supracitados, os quais criam uma série de discussões a respeito da suspenção ou não do fornecimento, tendo em vista que a própria lei refere que deve haver a universalização do serviço de abastecimento - o que se supõe que se aplica

---

[17] FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário: a solução da lei nº 11.445/07. **Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades**, p. 97-98. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27/10/2017.

[18] Os descontos são fornecidos em diversos estados do Brasil a pessoas de baixa renda, um estado que podemos citar, que recebe em torno de 60% de desconto em suas contas é o Rio Grande do Sul. A redução do valor na conta de água, é controlado separadamente por cada empresa de abastecimento, as companhias empregam seus critérios da maneira que lhes convém melhor. CALENDÁRIO BOLSA FAMÍLIA 2017. **Tarifa social da água.** Disponível em: <http://calendariobolsafamilia2015.com.br/tarifa-social-de-agua/>. Acesso em: 12/11/2017.

[19] NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acessado em: 07/11/2017.

à população de baixa renda - e prevê o corte do fornecimento pelo inadimplemento do usuário, o qual, como é sabido, nem sempre tem condições de arcar com a contraprestação, nem mesmo com o desconto da tarifa social.

Outra possibilidade de interrupção do fornecimento dos serviços de concessão e permissão dos serviços públicos está disciplinada no artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, que permite a interrupção do serviço público de abastecimento de água tratada quando a pessoa estiver inadimplente, considerando o interesse da coletividade, mediante situação de emergência ou prévio aviso. No entanto, foi aprovado recentemente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal do Brasil (CCJ), mais precisamente em março desse ano, um projeto de lei[20] que impede o corte de luz, água, telefonia ou internet de locais que prestarem serviços de utilidade pública, como escolas, hospitais, delegacias de polícia e unidades do Corpo de Bombeiros. A proposta original, do senador Dario Berger (PMDB-SC), buscava proibir definitivamente a interrupção do fornecimento dos serviços nos locais referidos. Porém, o senador Paulo Paim (PT-RS), relator do projeto, sugeriu estipular um prazo de 60 dias após o prévio aviso para as concessionárias efetuarem o corte do fornecimento dos serviços, com o intuito de evitar abusos na inadimplência dos órgãos públicos. O texto foi aprovado e seguiu para análise na Câmara do Deputados, onde aguarda movimentação. Entretanto, a interrupção do serviço de fornecimento de água tratada, perante os demais usuários, não abarcados pelo projeto aprovado na CCJ, afeta diretamente a saúde e o bem estar da população, portanto o que se deve observar é até que ponto essa possibilidade de interrupção é correta, levando em consideração tanto a água quanto recurso hídrico finito, quanto o interesse econômico e a vida do cidadão. Saliente-se que a Lei nº 8.987/95 regulamenta o artigo 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que transfere para a iniciativa privada, a prestação do serviço de abastecimento de água, através de contratos de concessão.[21]

Nesse viés, criou-se uma relação de consumo entre o usuário do serviço de abastecimento de água e a concessionaria prestadora do serviço. Obviamente, pela natureza e caráter essencial do serviço, essa relação torna-se desigual, perante a vulnerabilidade socioeconômica latente do consumidor/usuário, tendo em vista, também, que se trata de um contrato de adesão, cabendo ao usuário apenas aceita-lo, sem discussão. Portanto, é aplicável a essa relação contratual o Código de Defesa do Consumidor e somente subsidiariamente e em outros aspectos o Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 22 estabelece que, os serviços públicos, inclusive os prestados por concessionárias ou permissionárias, devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nesse sentido a Lei de Greve nº 7.783/89, reconhece, nos artigos 9º e 10º, o abastecimento de água como serviço essencial, vedando sua paralização total em caso de greve. Tudo em consonância com os princípios elencados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 11.445/07 (Lei do saneamento básico), anteriormente referidos. Entretanto, apesar do Código de Defesa do Consumidor, permitir a cobrança de débitos perante o usuário/consumidor inadimplente, também aponta, no artigo 42, que tal cobrança não pode ser feita de maneira vexatória, mediante constrangimento ou ameaça. Diante disso, pode se considerar o corte do fornecimento de água pelo inadimplemento do usuário como uma maneira de coagir o mesmo a efetuar o pagamento o mais breve possível, já que necessita da continuidade do serviço.

Em síntese, o Código de Defesa do Consumidor, abarca a dignidade da pessoa humana, demonstrando que os serviços essenciais devam ser contínuos e que a cobrança de débitos não pode constranger ou coagir o usuário/consumidor; por outro lado a Lei nº 8.987/95 – posterior ao CDC – que disciplina o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 6º, § 3º, que: "não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: (...) II - por inadimplemento do usuário, considerado

[20] Projeto de Lei do Senado n° 292, de 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121291>. Acesso em: 14 de nov. 2017.

[21] Segundo Marcos Juruena Villela Souto: "As concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei nº 8.987/95)." SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p.10.

o interesse da coletividade"; nesse mesmo sentido, como destacado, a Lei nº 11.445/2007, prevê no artigo 40, inciso V, a possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água por inadimplemento do usuário, desde que com prévio aviso, estabelecendo apenas, o parágrafo 3º do referido artigo, critérios e condições especiais para a população de baixa renda, beneficiária de tarifa social, de modo a preservar mínimas condições para mantença da saúde das pessoas atingidas.

Daí a necessidade de avaliar a possibilidade de interrupção ou não do fornecimento de água, perante o caso concreto, tendo como base os princípios constitucionais e as leis correlatas, com o intuito de permitir o diálogo das fontes envolvidas.

3.1 A POSIÇÃO DA DOUTRINA DIANTE DA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ÁGUA TRATADA NA HIPÓTESE DE INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO

Necessário, primeiramente, nesse ponto, estabelecer o conceito de serviço público, e, considerando que a legislação falha em defini-lo, cabe buscar junto aos doutrinadores do direito essa definição, sempre sem esquecer-se que a relação contratual estabelecida com o usuário é balizada, tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas leis regulamentadoras citadas, em especial as Leis nº 8.987/95 e 11.445/2007.

Segundo Dirley da Cunha Junior, serviço público é todo o serviço ou atividade prestado pelos órgãos da administração direta ou pelas entidades indiretas ou ainda pela iniciativa privada.[22] Já para Celso Antônio Bandeira de Melo,

> Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.[23]

A doutrina compreende o fornecimento de água tratada como um serviço de caráter fundamental e essencial para a população, pois é um serviço ligado diretamente à saúde, ao bem estar e à vida de todos. Teoricamente, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais e com o reconhecimento da água como um bem indispensável para a vida e saúde da população humana, não seria viável o corte do fornecimento por inadimplemento do usuário/consumidor, uma vez que acarretaria perigo eminente à integridade e dignidade do individuo. Porém, deve haver a ponderação levando em consideração o mínimo existencial e o uso racional desse recurso, pois se trata de recurso não renovável. Talvez aí resida um argumento razoável a justificar a interrupção do serviço.

Na visão de Jacintho Arruda Câmara, deve-se evitar o descontrole e o risco de falha na manutenção do serviço de fornecimento e abastecimento de água. A esse respeito, o autor afirma:

> Sustenta-se que, caso fosse exigida do prestador de serviço público a continuidade da prestação nos casos de inadimplência, poderia haver, na hipótese do crescimento do número de devedores, risco para a manutenção do sistema como um todo. Haveria, por assim dizer, um risco sistêmico, provocado pela assunção de custos pela prestadora de serviço público sem a devida contraprestação imediata.[24]

Já para Gerivaldo Alves Neiva[25], o corte do fornecimento de água, pelo simples fato da falta de pagamento pelo usuário, configuraria, além de constrangimento e ameaça ao consumidor, como disposto

[22] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed.. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 170.
[23] MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 628.
[24] CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 108.
[25] NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07/11/2017.

no artigo 42 do CDC, um abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes". O autor, conclui que o escopo da suspensão do serviço de abastecimento de água seria uma retaliação pelo não pagamento da tarifa, levando em conta que a parte contratante continuará necessitando do serviço e, consequentemente, da continuidade da vigência do contrato. O autor pontua, ainda, que o contrato tem uma função social e que partindo desse princípio a cláusula contratual de corte do fornecimento pelo inadimplemento do usuário, viria a ferir tal princípio.

Por seu turno, Paulo Cesar Soares Cabral Filho[26] entende que o acesso a água tratada é essencial para a sobrevivência e dignidade da pessoa humana, e que mesmo se tratando de uma relação contratual, não pode de maneira nenhuma ser vista pela ótica dos contratos típicos do direito civil. O autor pontua que há uma distinção entre interrupção e restrição do serviço de fornecimento de água tratada, perante a não contraprestação do usuário, principalmente para os beneficiários da tarifa social, demonstrando que uma é diferente da outra, pois o que a lei prevê nesses casos é apenas a restrição do fornecimento, o que não interrompe o fornecimento de água totalmente, possibilitando assim condições mínimas para a mantença da saúde e dignidade da pessoa humana. Portanto, na visão de Filho, não é possível a interrupção do serviço essencial de fornecimento de água tratada, perante o inadimplemento do usuário, por tratar-se de um serviço de caráter fundamental para a sobrevivência e dignidade do cidadão, ainda que exista a previsão legal para tanto, pois tais previsões afrontam os princípios norteadores da nossa Carta maior.

Em contrapartida, na visão de Fernando Costa Azevedo[27], na hipótese de ser inviável interrupção do serviço mesmo no inadimplemento do consumidor, haveria um estímulo àquele consumidor de má-fé, que deixaria de arcar com a prestação pecuniária pelo serviço de abastecimento propositalmente, acarretando o enriquecimento sem causa do usuário inadimplente, situação essa que poderia gerar um aumento dos custos do serviço, repassando-os para os usuários/consumidores adimplentes, ou ainda inviabilizaria o continuidade dos serviços prestados pelas concessionárias.

Para Segalla[28], a estruturação compreendida para o fornecimento e tratamento de água e esgoto, não atende somente a interesses individuais, mas também da coletividade, pois trata-se de instrumento de saúde pública, os quais combatem doenças e epidemias transmitidas por meio da contaminação da água. Portanto, a suspenção desses serviços essenciais, acarretariam risco real à saúde pública.

Bessa e César[29], concluem que o corte do fornecimento de água perante o não pagamento do serviço pelo usuário deve ser analisado perante o caso concreto, verificando se há ou não ofensa a dignidade da pessoa humana que está diretamente sendo afetada pela medida; enfatizam ainda, que deva ser levado em consideração as consequências drásticas que podem sofrer os hipervulneráveis, que são as crianças e os idosos, em razão de fato atribuído a terceiro, ou seja, o titular da conta.

Nota-se que a doutrina observa a restrição ou interrupção do serviço público de abastecimento de água tratada, em face do inadimplemento do usuário sob diversas perspectivas, tanto baseando-se nos princípios constitucionais e nos princípios que regem os serviços públicos essenciais, quanto com base nos dispositivos legais em especial aqueles da lei de permissões e concessões que preveem a necessidade de contraprestação. O grande desafio dos operadores do direito é interpretar conjuntamente as inúmeras normas que regulam a relação discutida no presente artigo, pois a dificuldade está no diálogo entre elas, tendo em vista que em diversos momentos o que está positivado em uma é o contrário do que está positivado na outra.

[26] FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. **Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário:** a solução da lei nº 11.445/07. Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades, p. 106. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27/10/2017.

[27] AZEVEDO, Fernando Costa de. **A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário:** argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. Revista do Direito do Consumidor, v. 16, n. 62, abr./jun. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-101.

[28] SEGALLA, Alessandro. **A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal.** Revista de Direito do Consumidor. n. 37, Jan- Mar/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 106.

[29] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017, p. 252.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O Superior Tribunal de Justiça adotou, a partir de 2003, através do REsp nº 363.943[30] (que tratava do corte do fornecimento de energia elétrica perante o inadimplemento do usuário, aplicado analogicamente aos demais serviços), um posicionamento de que a interrupção não fere o princípio da continuidade, referido anteriormente no texto quando citado o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que, os serviços públicos, inclusive os prestados por concessionárias ou permissionárias, devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essências, contínuos. Entendeu a Corte que a interrupção do fornecimento de água tratada, em face do inadimplemento do usuário, é legítima, desde que haja comunicação prévia, e o usuário permaneça inadimplente, em acordo com a Lei nº 8.987/95, artigo 6º, § 3º, inciso II, que demonstra a possibilidade do corte em face do inadimplemento do usuário. Além disso, o acórdão apontou que não há previsão legal para o fornecimento gratuito dos serviços. Em outro acórdão (REsp 684.020/RS), também é explicitado que a decisão não fere o princípio da continuidade na esfera dos serviços públicos essenciais. Ainda refere que "a continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos artigos. 42 e 71 do CDC)"[31]. Diversos outros julgados sobrevieram com igual entendimento. O foco passou a ser conferido à Lei n. 8.987/95, deixando de lado o Código de Defesa do Consumidor. Consequentemente, passou-se a relativizar, no contexto em questão, a suposta violação ao princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Curiosamente, para o Ministro Luiz Fux[32] as concessionárias já contabilizam o inadimplemento dos usuários em suas avaliações de perda, sendo notório que essas empresas de maneira nenhuma saem no prejuízo. O Ministro ainda destaca sua indignação perante o corte do fornecimento de água em virtude do inadimplemento, quando o usuário encontra-se em situação de miserabilidade, entendendo que há outras formas de cobrança do débito. Porém, no acórdão que apresenta as ponderações referidas (EREsp 337.965/MG), Fux segue o entendimento da Corte, no sentido de concordar com o corte do fornecimento.

Entretanto, entende o STJ, de forma taxativa, que só cabe o corte de tais serviços, relativos a inadimplência de conta regular, no mês de consumo vigente, não abarcando débitos pretéritos, os quais devem ser cobrados por meios ordinários de cobrança, pois, do contrário, incidiria em constrangimento e ameaça ao usuário/consumidor, como prevê o artigo 42 do CDC, já que tal cobrança agiria como meio de coação para que o usuário efetuasse o pagamento. Ainda que o STJ tenha entendimento consolidado quanto o não cabimento da interrupção do fornecimento de água por débitos antigos, em se tratando de dívida atual recentes acórdãos ratificam a possibilidade do corte do fornecimento de água em face de inadimplemento do usuário, conforme se verifica abaixo:

> Essa Corte Superior pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. (…) Agravo Regimental da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A desprovido.[33]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de ter decisões divergentes, adota majoritariamente o mesmo entendimento do STJ, inclusive quanto a impossibilidade do corte por débitos pretéritos, como trecho de recente acórdão da Segunda Câmara Cível do TJRS: "O corte amparado em dívida pretérita, contudo, revela-se abusivo e ilegítimo, pois constrange o consumidor ao pagamento, sem atender aos interesses da coletividade, em manifesta afronta ao disposto no art. 42 do CDC. Precedentes do STJ."[34]

Importante demonstrar, a título ilustrativo, trechos de recentíssimas decisões provenientes do TJRS:

---

[30] BRASIL, 2007, REsp 363.943/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.3.2004.

[31] BRASIL, 2007, REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006.

[32] BRASIL, 2004, EREsp 337.965/MG, Rel. Min. Luiz Fux, pag. 9, DJ 08.11.2004.

[33] BRASIL, 2014, AgRg no AREsp 239.749/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01.09.2014.

[34] Apelação Cível Nº 70074855297, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 25/10/2017.

> Mesmo em se tratando de bem vital, como o é a água, tal não leva a que seu fornecimento pelo Estado fique à margem da interrupção, em face de inadimplência do usuário. Por mais respeitáveis que sejam os argumentos opostos, a Lei n.º 11.445/07 dá guarida ao procedimento, que não se encontra vetado pelo CDC. Hipótese em que o corte é contemporâneo ao inadimplemento das faturas referentes aos meses de consumo, a autorizar entendimento no sentido do cabimento da suspensão do serviço, na linha da orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.[35]
>
> Quanto à suspensão do fornecimento do serviço de abastecimento de água, a atuação da empresa-ré reflete exercício regular de direito, na medida em que a jurisprudência já firmou entendimento no sentido de que é autorizado o corte por inadimplemento de fatura atual, levando-se em conta que o serviço exige contraprestação pecuniária para a regularidade correspondente.[36]

As situações em que o TJRS entende por ilegal o corte do fornecimento de água são as eivadas de vícios, como a falta de aviso prévio perante o usuário inadimplente; o corte por débitos pretéritos; ou ainda a demora em reestabelecer o fornecimento dentro do prazo legal estipulado, que é de 48 horas, após o pagamento.

Portanto, observa-se que o entendimento jurisprudencial dominante, tanto no STJ quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é o de que é possível realizar o corte do fornecimento de água perante o inadimplemento do usuário, desde que trate-se de inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo e após prévio aviso, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a água, em especial a potável, é um dos elementos mais importantes para a vida da humanidade. Inegável é sua essencialidade para os mais diversos fins, pois está ligada diretamente à alimentação, saúde e higiene da população, justificando, assim, que o acesso à água figure como direito fundamental, conforme se sustenta por meio do presente estudo.

Apesar disso, evidenciou-se a negativa por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça em garantir o acesso ao abastecimento de água tratada ao usuário inadimplente, mesmo que esse seja pessoa de baixa renda. Demonstrando, claramente, com isso, uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e também aos princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor, que protegem a parte hipossuficiente nas relações contratuais em que se vislumbra nitidamente uma disparidade.

Como resposta ao problema de pesquisa proposto, entende-se que a posição jurisprudencial dominante que simplesmente autoriza o corte de abastecimento de água, em se tratando de dívida atual antecedida de prévio aviso, é por demais simplista e acarreta violação da dignidade humana daqueles indivíduos que se encontram em absoluta incapacidade de arcar com o pagamento pelo serviço. Entende-se, com o amparo da Lei 11.445/2007, que deveria dar-se continuidade ao avanço legislativo que a referida lei promoveu, no ponto em que prevê, mas não regulamenta, prazos e condições especiais para os usuários beneficiários da "Tarifa Social". Ademais, além dessa regulamentação, deveria haver apenas uma restrição, e não uma interrupção total do abastecimento, preservando as condições mínimas, quais sejam: o de fornecimento de água tratada para uso pessoal e doméstico em quantidade e qualidade suficientes, estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde, preservando inclusive o acordado no Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil. A falta da água tratada e saneamento básico afeta diretamente a saúde pública, o que acarreta em um maior dispêndio de valores pelo Estado, onerando, por consequência toda a sociedade, o que gera muito mais custos do que efetivar as políticas públicas de prevenção, como o acesso ao saneamento básico para toda a população. Nesse ponto, as decisões tem apenas levado em consideração o viés econômico do setor empresarial.

---

[35] Apelação Cível Nº 70075631549, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 08/11/2017.

[36] Apelação Cível Nº 70072658214, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 28/06/2017.

Conclui-se, notadamente a partir dos aportes doutrinários levantados na pesquisa, que a hipótese inicial da pesquisa restou confirmada. Os Tribunais deveriam analisar o corte do fornecimento de água pelo inadimplemento do usuário, no caso concreto, observando as peculiaridades do caso e verificando as condições reais do usuário/consumidor, com o escopo de avaliar se a decisão fere ou não o princípio da dignidade da pessoa humana e sempre garantindo o mínimo existencial. Por mais que os Tribunais estejam abarrotados de demandas, essa questão tem natureza diferenciada, pois está ligada incontestavelmente a vida e a dignidade do ser humano, não podendo ser decidida de maneira uniforme em todos os julgados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. **Revista do Direito do Consumidor,** v. 16, n. 62, abr./jun. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água: manual de uso:** vamos cuidar de nossas águas: implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006. Disponível em: <http://www.comiteibicui.com.br/artigos/Manual%20de%20Uso%20da%20Agua.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

CALENDÁRIO BOLSA FAMÍLIA 2017. **Tarifa social da água.** Disponível em: <http://calendariobolsafamilia2015.com.br/tarifa-social-de-agua/>. Acesso em: 12/11/2017.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões.** São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 6 ed.. Salvador: Juspodivm, 2007.

FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário: a solução da lei nº 11.445/07. **Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

GUIMARÃES, Carvalho e Silva. **Fontes de água para abastecimento: Saneamento Básico.** 2007. Disponível em: <http://www.ufrrj.br/institutos/it/deng/leonardo/downloads/APOSTILA/Apostila%20IT%20179/Cap%201.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional**. Jus Navigandi, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07 nov. 2017.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Água: direito humano fundamental máximo**. **Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania.** 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892>. Acesso em: 24 out. 2017.

PES, João Hélio; ROSA, Taís Hemann da. **O emprego do princípio da dignidade da pessoa humana pelos tribunais brasileiros.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82cadb0649a3af49>. Acesso em: 25 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEGALLA, Alessandro. A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito do Consumidor.** n. 37, Jan- Mar/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

A INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM NOSSO TEXTO CONSTITUCIONAL E A PROGRAMACIDADE (DIREITO AO PLANEJAMENTO) PARA SUA EFETIVAÇÃO

Roberto Ponath[1]

Henrique Alexander Grazzi Keske[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal analisar a viabilidade do reconhecimento do Instituto jurídico do Direito ao Planejamento à luz de uma nova interpretação hermenêutica acerca das normas Constitucionais programáticas, tendo em vista que estamos a pouco de completar trinta anos da promulgação da nossa constituição de 1988, denominada, Constituição "cidadã", e causa perplexidade como muitos comandos constitucionais, principalmente os que tangem à implementação de políticas públicas planejadas objetivando a concretização de direitos fundamentais sociais, ainda não se tornaram efetivos, por simples falta de (in)compreensão dos legisladores, dos administradores públicos e de uma parcela razoável dos operadores do direito.

Palavras-chave Direitos Sociais. Normas Programáticas. Políticas Públicas. Direito ao Planejamento.

1 INTRODUÇÃO

As normas constitucionais são dotadas de supremacia formal frente às normas de legislação, não existindo norma constitucional desprovida de eficácia jurídica. As normas de organização definem o funcionamento do Estado, enquanto as normas definidores de direitos geram direitos subjetivos individuais, políticos, sociais e difusos. As normas programáticas definem como deve ser a atuação do Estado para garantir, através de um planejamento de políticas públicas a concretização de direitos assegurados pela Constituição. Portanto, as normas programáticas são normas Constitucionais interpretativas e integradoras, que vinculam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário (estado uno). Sob essa ótica, incumbe ao Poder Legislativo o dever de produzir, esses direitos, tornando-os exigíveis por meio de legislação ordinária, derivada das diretrizes programáticas fixadas pelas normas, ao poder Executivo incumbe, dentro da legalidade, atuar de forma a dar efetividade à legislação oriunda das normas programáticas e ao Poder Judiciário incumbe interpretar, da forma mais ampla possível, os preceitos constitucionais presentes nas normas programáticas e na legislação ordinária produzida, vinculando dessa forma o Estado (uno) a um dever de implementar políticas públicas planejadas, que visem dar efetividade aos direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente.

2 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS VIA POLÍTICAS PÚBLICAS PLANEJADAS E TRANSPARENTES

Com a promulgação da constituição de 1988, chamada de constituição cidadã, renovaram-se as esperanças de tornar realidade, o sonho de grande parte da sociedade brasileira de ter acesso a direitos básicos, como acesso à saneamento básico, à educação, saúde, trabalho, entre outros direitos sociais que garantissem o exercício da cidadania e o mínimo de dignidade humana, art.1°, I, III, fundamento dessa mesma Constituição, (COSTA, 2016).

O Brasil, segundo Karina Brandão Alves de Castro, é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, assinado em conjunto com mais de cento e cinquenta países, sendo "promulgado no Brasil via Decreto nº 591/1992"[3], onde o Estado Brasileiro assumiu compromisso, perante a comunidade

[1] Bacharel em Direito com formação pela Universidade Feevale. Advogado. E-mail: robertoponathcambelo@gmail.com

[2] Doutor em Filosofia. Advogado. Professor do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: henriquek@feevale.br.

[3] No seu art. 2º, item 1 estabelece uma obrigação de os Estados criarem condições para que sejam efetivadas os direitos econômicos, sociais e culturais ao prever: Cada Estado- parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio

internacional, em criar meios, administrativos, jurídicos e econômicos, que possibilitem, verdadeiramente, a efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais:

> A partir dessas disposições, resta evidente a obrigatoriedade de o Estado - Parte envidar esforços, via orçamento, para realizar a devida alocação de recursos e implantar a estrutura técnica para efetivação dos direitos sociais, não sendo admitida a alegação genérica da reserva do financeiramente possível, sobretudo, quando relacionado à efetivação de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. (CASTRO, 2015, p.6)

A partir dessa nova relação, os direitos fundamentais (artigos. 5º/17) se unem definitivamente às normas que instituem programas (artigos. 196 a 202), impondo, dessa forma, à administração pública a obrigação de planejar o ingresso de recursos, o gasto público e o investimento, a fim de buscar efetivar os direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente:

> A Constituição do Estado Democrático de Direito, por conseguinte, proclama o princípio do planejamento orçamentário ou da programação, que transcende os limites da Constituição Orçamentária para penetrar em todos os outros subsistemas do texto fundamental. (ANJOS, 2010, p.250)

Reconhecendo-se o planejamento como comando constitucional, faz-se necessário, segundo Leonel Ohlweiler, entender e compreender melhor o real significado das normas constitucionais programáticas, que versam sobre o planejamento de políticas públicas, pois:

> O constitucionalismo, como grande advento, colocou, na pauta de discussões, a importância de textos constitucionais capazes de indicarem fins, objetos e projetos para a sociedade. Em países periféricos como o Brasil, marcados pelas promessas não cumpridas da modernidade, é crucial apontar a relação de co-pertença entre Constituição e políticas públicas. (OHLWEILR,2007,274)

De acordo com o entendimento de Juliano Ribeiro dos Santos Veloso, o Instituto do Planejamento está presente há bastante tempo em nosso ordenamento jurídico, por meio de norma constitucional, leis infraconstitucionais e até mesmo em portarias. (VELOSO, 2014, p.21); sendo classificado em função do tempo em curto (Lei Orçamentária), médio (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e longo prazo (Plano Plurianual):

> Essa noção de tempo é crucial em termos de acompanhamento e concretização de resultados. Muitas vezes, uma tutela judicial não pode ser cumprida imediatamente, mas, no médio prazo, isso pode se tornar realidade. Em termos de método de Planejamento, necessário se faz prever reserva para eventuais demandas judiciais, também democráticas, não prevista inicialmente no orçamento. (VELOSO, 2014, p.90)

Assevera, Jessé Torres Pereira Junior, o planejamento compreende todas as estratégias e atos administrativos que tenham como objetivo definir e traçar diretrizes de políticas públicas em âmbito nacional ou regional:

> O planejamento a que se refere o preceptivo constitucional desdobra-se tanto para os macros sistema das políticas públicas, que a Constituição também traça em suas linhas gerais, como é endereçado às micro atividades do dia a dia da gestão pública, de sorte que em ambos os níveis de atuação — macro e micro — o Estado, dado o seu perfil regulador, estará vinculado ao dever jurídico de elaborar planos comprometidos com o desenvolvimento. (JUNIOR, 2015, p 81-115)

Segundo Juliano Ribeiro Santos Veloso, em termos de políticas públicas, o Instituto do planejamento está presente em grande número, em nossa constituição, podendo ser classificada em políticas públicas, da seguinte forma:

> agrícola(artigo 187), previdenciária(artigo 202), educação (artigos 208,212, §3º, 214,30, VI), cultura (artigo 201, §3º, 216, 6º,) juventude (artigo 227), e idoso (artigo230), habitação e saneamento

---

como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo a adoção de medidas legislativas.

> básico (artigo 23,IX), reforma agrária (artigo184, §4°), assistência social(artigo 204,I e parágrafo único) transporte (artigo 208, VII) alimentação(artigo 208, VII), saúde (artigo 227,§1°), assistência ao deficiente (artigo 227,§1°, VII), prevenção do uso de entorpecentes (artigo 227, § 3/, VII), idoso(artigo 230,§1°) e fundo de erradicação à pobreza (artigo 79 do ADCT).Não quer dizer que o planejamento não esteja elencado em outra políticas, mas está previsto expressamente nesses artigos. (VELOSO, 2014, p.88)

No entendimento de Marcell Braga Leitão, nossa Constituição atribuiu e repartiu competências a cada um dos seus entes federados, União, Estados e Municípios, obrigando-os, para, em conjunto ou individualmente, elaborarem políticas públicas concretizadoras de Direitos Sociais. Assim:

> Em relação à efetivação das políticas públicas, devemos observar que no primeiro momento, cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis, consubstanciando os anseios da sociedade, delimitando as ações e as metas a serem alcançadas, também aprovando o orçamento disponível para cada esfera de governo. No momento seguinte, após possuir aparato legislativo, cabe ao Poder Executivo complementar as ações definidas em lei, buscando mecanismos para a efetivação das políticas públicas.(LEITÃO,2011,p. 4)

Maria Coeli Simões Pires, entende que, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, com a inclusão cada vez maior de direitos fundamentais sociais nos textos constitucionais, e com o reconhecimento da necessidade de implementação de políticas públicas planejadas, afim de efetivar esses direitos, formou-se uma nova relação jurídico-constitucional entre Estado, administração pública e os cidadãos:

> Nesse sentido, o novo marco constitucional prevê especial ênfase normativa no processo de democratização da Administração Pública, isto é, enfatiza a importância da participação da cidadania e desperta nos administrados o seu papel de coautores, como componentes de uma esfera pública de cidadãos ativos, e não de meros clientes e expectadores passivos das prestações materiais por parte da Administração. Assim, inverte-se o programa tecnocrático vigente no Estado Social, no qual a Administração Pública era tratada como uma esfera estranha e fechada aos cidadãos, para uma perspectiva de concepção, implementação e controle de políticas públicas em cujo ciclo se privilegiam a participação e o poder reivindicatório da cidadania no âmbito de uma esfera pública adensada. (PIRES, 2011)

Nessa nova relação jurídico-constitucional, atribuiu-se ao administrador público, papel fundamental no que tange a materializar, no mundo dos fatos, os direitos prometidos pelo texto constitucional, devendo utilizar-se de políticas públicas de desenvolvimento, com diversos instrumentos, a exemplo do planejamento. (LANG, 2015, p.408)

A partir dessa análise, entende Maria Paula Dallari Bucci, deve prosperar o entendimento de que política pública não é um simples ato administrativo e, sim, um conjunto de ações que devem buscar, como meta, a máxima efetivação de direitos fundamentais sociais, através de políticas públicas planejadas com outros órgãos estatais, sociedade civil, setores econômicos e sociedade em geral. Essas políticas públicas devem ser implementadas a partir de uma detalhada pesquisa, capaz de apontar, em primeiro, lugar a origem da ineficácia estatal, analisar custos e, posteriormente, traçar diretrizes e caminhos a serem percorridos para que se tornem verdadeiramente efetivas, com o mínimo de desperdício de recurso público. Assim deve se entender que as diretrizes das políticas públicas, e os objetivos de determinado programa, não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir dos Poderes Públicos, que levarão a resultados desejados. (BUCCI, 2006, p.254)

O conceito do que seria uma política pública planejada, fica bem definido nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

> As Políticas Públicas são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. [...] Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originará a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao modus faciendi, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades das metas obtidas mediante processo de opção de escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins. [...] Metas constituem os objetivos a

> serem alcançados: decorrem, na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas econômicas, representando os fatos que, em determinados lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. (CARVALHO FILHO, 2008, p.111)

André Bogossian detalha como deve ser elaborada uma política pública séria e planejada, afim que se obtenha um resultado satisfatório perante o objetivo traçado:

> 1. reconhecimento do problema – identifica-se nessa etapa um dado fático (qual seja a situação material a exigir a intervenção estatal) e um dado mais analítico, de reconhecimento de qual seja o fato, descartados os elementos contingentes da situação fática, o efetivo tema em discussão;
>
> 2. formação da agenda – compreendendo um mecanismo mais ou menos aberto a agentes não governamentais, de estabelecimento de priorização para as ações públicas, incluindo (ou não) o problema recém-identificado, segundo uma ordem de precedência que reconfigure (ou não) aquela anteriormente estabelecida;
>
> 3. formulação da política pública – momento exploratório das várias possibilidades de ação tendo em conta o problema identificado na primeira etapa, a agenda traçada na segunda, e as inter-relações entre as várias políticas públicas já em andamento;
>
> 4. escolha da política pública a ser implementada – concretiza-se aqui, à vista das alternativas pontadas na etapa anterior, a decisão acerca de qual a linha de ação a ser adotada, a partir (em princípio) da indicação de qual seja aquela que produz a otimização de esforços e/ou benefícios, tendo em conta os recursos disponíveis e mesmo as iniciativas já em andamento;
>
> 5. implementação da política pública eleita – etapa de concretização das atividades pontadas na formulação, e especificadas pela escolha;
>
> 6. análise e avaliação da política pública executada – na qual se dará a diagnose dos resultados alcançados, com o que se (re) legitima a ação adotada, agregando informações ao capital de conhecimento da Administração, permitindo ainda o redirecionamento de ações futuras. (BOGOSSIAN, 2015)

Assim, chega-se ao entendimento de que políticas públicas não são simples atos administrativos e, sim, programas que devem ser implantados após criteriosa análise, para que produzam os efeitos esperados. Da mesma forma, faz-se necessário o reconhecimento de que as políticas públicas vinculam as Administrações Públicas e não apenas os governantes que, periodicamente, alternam-se no exercício do poder. (OHLWEILR,2007. p. 279).

Dessa forma, o administrador público, servidor do Estado, eleito ou nomeado, passa a ser o elo de ligação entre os direitos reconhecidos aos cidadãos e a busca de concretização dos mesmos por parte do Estado:

> Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o Estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do Estado. (TORRES PEREIRA,2015, p.81-115)

A importância do planejamento, em relação às políticas públicas, e à forma com que essas políticas planejadas devem vincular os administradores públicos, fica bem definido nas palavras de Juliano Ribeiro Santos Veloso:

> O planejamento é condição para a efetivação do Estado Social, republicano, democrático de direito. Os direitos sociais somente se tornarão concretos por meio do planejamento público[...]. Logo o planejamento é ainda a condição de efetividade do ordenamento jurídico brasileiro e está diretamente ligado ao regime democrático. O planejamento pode servir para ampliar ou reduzir a

> efetivação do Estado. A relação entre planejamento e Estado Democrático é inafastável pelo simples fato de que um Estado aleatório, desorganizado e ineficiente na consecução das metas públicas que o ordenamento jurídico lhe imputa, mostra-se injustificável. (VELOSO, 2014, p.23)

Ana Paula de Barcellos entende que, apesar do instituto do planejamento estar presente em todo nosso ordenamento jurídico, indicando normas, comandos e formas de como o Estado deve proceder na implementação de políticas sérias e planejadas, isso acaba se demostrando insuficiente para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais presentes no texto constitucional, pois dependem da compreensão do administrador do que verdadeiramente seria uma política pública planejada:

> Duas conclusões preliminares podem ser apuradas a partir dos dados apresentados. Embora as normas de direitos fundamentais sejam importantíssimas, depois de sua edição haverá sempre a necessidade de uma diversidade de outras normas, programas, atos administrativos, atos concretos para que algo comece a efetivamente a acontecer no mundo real. O processo de construção dos direitos fundamentais é longo, complexo e envolve muitas etapas no plano normativo, na elaboração de planos, na sua execução, na sua observação de resultados, na revisão desses planos, etc. isso significa, portanto que o compromisso com a construção dos direitos fundamentais demanda um esforço continuo - a rigor, permanente, ou ao menos de longuíssimo prazo. (BARCELLOS, 2016, p.35)

Segundo Leonardo Augusto Gonçalves, infelizmente passados quase 30 anos da promulgação de nossa Constituição, não se percebe grandes avanços na implementação de políticas públicas planejadas que possibilitem o uso responsável dos escassos recursos disponíveis que visem a dar efetividade aos direitos garantidos no texto constitucional. (GONÇALVES,2009, p. 2)

Esse fato, segundo entendimento de Juliano Ribeiro Santos Veloso, decorre de uma certa incapacidade, ou incompreensão de reconhecer-se o planejamento como Instituto jurídico, que apesar de estar presente em praticamente todos os tipos de normas do ordenamento, ainda não foi compreendido na lógica sistêmica do Direito brasileiro. Dessa forma, não se vislumbra grande expectativa em tornar realidade, a curto prazo, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, sem uma mudança de interpretação em relação às normas constitucionais programáticas. (VELOSO, 2014, p.14)

3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO AO PLANEJAMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO

A Constituição apresenta em seu texto, um rol de direitos fundamentais sociais, estabelecendo ser um dever constitucional do Estado, garantir a efetivação plena desses direitos fundamentais sociais e mais, a própria Constituição determina ao Estado, por meio das normas programáticas, o dever de planejar e implantar políticas públicas, afim de garantir aos cidadãos, o acesso a esses direitos (BRANDÃO, 2013, p. 251-290)

Os direitos fundamentais sociais, atualmente reconhecidos e consolidados, passaram por um período considerado de baixa normatividade e inclusive de eficácia duvidosa, pelo fato de sua efetivação estar dependente das disposições de normas programáticas: entretanto atualmente a grande questão discutida sobre os direitos sociais diz respeito à sua judicialização, e a busca judicial por sua efetivação. Por conta disso:

> Quando se entendia que nem todas as normas constitucionais tinham por si só força normativa fazia sentido entender as disposições sobre direitos sociais como regras programáticas. Hoje a realidade já não pode ser vista assim por três motivos principais: a concepção de que os princípios são normas e, portanto, dotados de normatividade [...] e, sobretudo, de não se poder admitir que mesmo após mais de 22 anos de Constituição o legislativo ainda não tenha sido capaz de regulamentar os direitos constitucionais. Disso tudo surge a noção de que mesmo sem a regulamentação por lei o que está assegurado na Carta Magna poderá ser assegurado pelo poder judiciário. (COELHO NETO, 2012, p. 242)

Corroborando com esse entendimento, Rafael José Nadim de Lazari afirma:

> O constitucionalismo do Estado social evidenciou o entendimento da força normativa da Constituição, o valor dos princípios e da materialidade da Constituição. É a Constituição dirigente que supera a denominação de "normas programáticas" ou "normas compromissárias", traz um novo paradigma de interpretação dos textos constitucionais. Os direitos sociais positivados nas constituições constituem-se em obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade. (LAZARI, 2011, p. 11)

Segundo Luís Roberto Barroso, a grande mudança de paradigma, ocorrida no processo evolutivo do constitucionalismo no século XX, foi a atribuição à norma constitucional, o status de norma jurídica. Isso se refletiu diretamente na nossa Constituição de 1988, impondo um novo papel ao judiciário, frente à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Após o reconhecimento que "as normas constitucionais contém comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral", cabe ao Poder Judiciário, respeitando a autonomia dos outros poderes (Executivo e Legislativo), o papel de disciplinar o que está no plano normativo e o que permite à realidade fática, em relação efetivação dos direitos fundamentais sociais, não permitindo omissões dos entes responsáveis por essa concretização, nem lhe impondo prestações positivas irrealizáveis, desde que respeitados os direitos subjetivos dos cidadãos. (BARROSO, 2013, p.241-244.). Nessa mesma linha, pode-se afirmar que:

> A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ela atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais. (BARROSO, 2013, p.241-244.)

De acordo com o entendimento de Rafael José Nadim de Lazari, o constituinte de 1988 foi muito entusiástico ao incluir, no texto constitucional, um grande rol de direitos fundamentais sociais a serem providos pelo Estado, sem, contudo, indicar como seriam efetivados, com quais recursos e a que tempo. Desses fatores, resultou a necessidade de uma maior ingerência do Poder Judiciário em relação aos outros poderes na busca de soluções:

> Clarividente, neste diapasão, a técnica de "cláusulas abertas", genéricas, adotada pelo constituinte de 1988, possibilitando ampla margem de interpretação pelo aplicador do direito, seja este na condição de Agente Executivo, definidor e implementador de políticas públicas típico, ou de Agente Judiciário, na condição de solucionador de demandas via provocação de interessados e implementador de políticas públicas atípico. O problema é que, dentre os direitos constitucionalmente previstos, garantiu-se o acesso à justiça e a inafastabilidade do Judiciário, o que fez com que as pessoas passassem a procurar a função julgadora em prol da minimização de suas mazelas sociais. (LAZARI, 2011, p. 3)

Ainda segundo, Rafael José Nadim de Lazari, isso trouxe dois problemas a serem equacionados:

> O primeiro deles, de ordem econômica, consiste no fato de serem os direitos sociais problemáticos aos cofres públicos porque, apesar de dispendiosos, são geralmente destinados a atender a um interesse individual e não coletivo [...]. Já o segundo destes problemas, de ordem jurídica, decorre da questão de muitos destes direitos sociais terem sido trazidos à Constituição Federal na condição de normas constitucionais programáticas. (LAZARI, 2011, p. 6)

Segundo Ana Lucia Pretto Pereira, a Constituição de 1988, garante os direitos fundamentais sociais, e disponibiliza meios e ferramentas jurídicas para sua tutela, mas, infelizmente, grande parte da população brasileira ainda não tem acesso à grande parte desses direitos previstos e garantidos no texto constitucional pelo uso indevido da ferramenta da reserva do possível , trazida originalmente da Alemanha para servir de meio para justificar a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, fundado no argumento da falta

de disponibilidade econômica, visto que, reconhecidamente, a efetivação desses direitos dependem da disponibilidade de grande volume de recursos. No caso brasileiro, ainda segundo a mesma autora, essa ferramenta está sendo utilizada de forma diversa daquela pretendida originalmente pelo legislador e vem servindo de argumento protetivo do Estado, frente a sua própria ineficácia em gerar desenvolvimento econômico e consequente geração de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido:

> Essa realidade, quando confrontada com a Constituição que preconiza i) a erradicação da pobreza, ii) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, iii) a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da república, iv) a promoção do bem-estar de todos, v) a saúde enquanto direito fundamental, e vi) a educação fundamental enquanto direito público subjetivo, sem qualquer margem para dúvida denuncia existirem pessoas que estão excluídas desse sistema. (PRETTO PEREIRA, 2014, p.20)

Nesse diapasão, pode-se reconhecer que nossa Constituição Federal, quando estabelece a obrigação ao Estado de implementar políticas públicas, no sentido de efetivar materialmente os direitos fundamentais sociais, está diretamente garantindo outro direito constitucional, o princípio da dignidade humana. No entanto, pode-se, igualmente, apontar as dificuldades que o Estado enfrenta, frente a essa obrigação determinada pela Constituição; o que é devido à escassez de recursos, pois o processo de concretização das políticas públicas depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado; sendo que, quando ficar comprovada a incapacidade financeira do Estado em implementar essas políticas públicas destinadas à concretização dos diretos fundamentais sociais, este estará amparado pelo princípio da reserva do possível, oriundo do direito Alemão, entendendo assim, ser razoável a aplicação deste argumento por parte do Estado.(LOPES MEIRELLES, 2014, p.425)

Em relação ao uso da reserva do possível, como argumento para a não efetivação de direitos sociais, garantidos em nosso texto Constitucional, Dirley da Cunha Junior, embora reconhecendo toda a contribuição da doutrina estrangeira, afirma que nossa doutrina comete um equívoco quando transporta diretamente esse conceito da doutrina alemã, sem fazer a necessária distinção das condições socioeconômicas, políticas e sociais de ambas as realidade, visto que a Alemanha já possui um excelente padrão social, enquanto o Brasil ainda está distante de alcançar um padrão mínimo de efetivação dos direitos sociais, exigindo assim do Estado uma atuação planejada de políticas públicas, afim de alcançar o mínimo existencial:

> Assim, enquanto a Alemanha, se insere entre os países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não tem o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área de saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdências sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende de luta pelo direito entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.(CUNHA JR, 2014, p.586-603.)

Dirley da Cunha Junior complementando sobre a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível, nos moldes do Direito alemão, no caso brasileiro, cita dados do IBGE, que demostram, apesar do Brasil estar entre as dez maiores economias do mundo, ainda está longe de proporcionar o mínimo essencial de acesso aos direitos fundamentais sociais a milhões de brasileiros, que se encontram à deriva de seus direitos constitucionalmente garantidos, sem "um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, educação, assistência social e vive , enfim, em condições indignas e subumanas". Dessa forma entende que:

> Transladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vêm robustecer a flagrante contradição entre pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, garantidos de padrões mínimos de existência para a maioria da população. (CUNHA JR, 2014, p.604-605)

Existe, ainda, no caso brasileiro, divergência na doutrina em relação ao conceito de mínimo existencial

de direitos fundamentais sociais que devem ser garantidos pelo Estado. Entretanto, a doutrina majoritária reconhece que a efetivação desses direitos contempla diretamente um dos princípios fundantes da nossa Constituição, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa Humana, exigindo dessa forma atitudes positivas do Estado, dentro de seus limites orçamentários, (desde que comprovada essa limitação) para a efetivação do mínimo de direitos fundamentais sociais. Assim:

> Verifica-se que todos os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscam assegurar a dignidade na vida dos jurisdicionados. Essa relação com o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a caracterização dos direitos sociais como "fundamentais". Como se disse acima, as diversas definições doutrinárias de mínimo existencial apresentam, em comum, a relação com as prestações materiais que assegurem condições mínimas de sobrevivência, as quais estão previstas, no texto constitucional brasileiro, como "direitos sociais". (MATSUDA, 2011, p.16)

Dessa forma, uma justificativa concreta pela não concretização de algum direito garantido constitucionalmente só será convincente se submetida ao exame da proporcionalidade, possibilitando dessa forma uma investigação aprofundada da conduta do Estado, frente ao seu dever de concretizar os direitos fundamentais sociais:

> Assim, imaginemos uma situação em que o poder público, suscitando limitações relacionadas à reserva do possível, deixa de implementar integralmente determinado direito social em favor de um indivíduo. Ao tomar essa decisão, o Estado age com certo grau de discricionariedade, a qual, no entanto, é limitada pelo princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade exigirá que a justificativa apresentada pelo Estado para restringir o direito social seja legítima e materialmente constitucional. Ou seja, o bem jurídico a que o Estado visou proteger quando recorreu à reserva do possível deverá ser mais relevante que a parcela do direito que sofreu a restrição. A proporcionalidade exigirá, também, que tenha sido protegido, ao menos, o mínimo existencial, sendo esse requisito denominado de "proibição da insuficiência". (MATSUDA, 2011, p.18)

Segundo Ana Paula de Barcellos, é obrigação do Estado e direito fundamental do cidadão, ter uma justificativa técnica, concreta e convincente sobre a não concretização de direitos fundamentais sociais, amparada na teoria da reserva do possível, pois, a simples possibilidade potencial que toda a norma carrega de afetar a vida das pessoas já é suficiente para que o indivíduo tenha direito em receber explicações. Além disso, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais sociais possuem superioridade hierárquica, dessa forma todas as normas derivadas, tanto jurídicas ou administrativas editadas pelo Estado, que visam dar efetividade ou não a direitos fundamentais sociais, são dotadas de direito a uma justificação técnica concreta, pois todos os atos ou omissões administrativas afetam direta ou indiretamente à efetivação de tais direitos:

> Em resumo, o direito de cada indivíduo ser tratado com respeito decorre de sua dignidade. Um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus é o direito de receber justificativas em relação aos atos que irão afeta-lo ou o afetem. As normas produzidas pelo Poder Público afetam os indivíduos direta ou indiretamente, de modo que há um direito fundamental de receber justificativas acerca das ações estatais em geral e, em particular, na elaboração normativa. (BARCELLOS,2016, p.92-104.)

Esse direito a uma justificativa concreta, conforme Alice Gonçalves Borges, decorre do princípio da legalidade, consagrado no art. 85, VI da Constituição Federal que estabelece que todas as políticas públicas devem estabelecer um planejamento prévio definido no Plano Plurianual, nos termos do art. 165, § 4º, a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve estar em harmonia com o Plano Plurianual (art. 166, § 4.º), bem como da Lei Orçamentária Anual, sob pena do administrador público ser responsabilizado com base no art. 167, também da Constituição Federal.(BORGES,2014).

Conclui-se assim, que essa atribuição aferida ao Estado pelo texto Constitucional, em buscar a efetivação dos direitos fundamentais sociais exige da administração pública uma atuação responsável e dirigente. Dessa forma, o administrador público, na implementação desses programas, deve buscar um diálogo permanente com a sociedade em geral, a fim de que a elaboração dessas políticas públicas, que

busquem a efetivação dos direitos fundamentais sociais sejam transparentes, passíveis de fiscalização, aproximando assim política, administração pública e sociedade. Destarte, conclui-se que as decisões do Poder Público, que ocorrem para a construção dos seus programas de ação, já não fazem mais parte de uma instância impenetrável para o jurídico, inquebrantável, permitindo assim, o acompanhamento e participação de toda a sociedade, quanto à forma e uso dos escassos recursos disponíveis:

> Centralizando a questão no âmbito dos direitos sociais, "o fundamento das políticas públicas assenta-se na própria existência dos direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente positivados, [...] Não há dúvida que a questão referente às políticas públicas ganha dimensão significativa com o Estado Social de Direito, mas é preferível fundar hermeneuticamente as políticas públicas nos direitos fundamentais e no constitucionalismo, pois materializar direitos individuais, como segurança, liberdade, propriedade, também exige, por parte do Estado, um conjunto de políticas públicas. A ação de planejamento da Administração deve voltar-se para o dever de realizar a Constituição em sua totalidade, assumindo capital importância a normatização referente aos direitos fundamentais. (OHLWEILER,2002)

Assim, diante da inércia e omissão do poder público, (Executivo e Legislativo) em implementar políticas públicas planejadas, para concretizar o acesso mínimo aos direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição, surge o direito subjetivo do cidadão buscar a efetivação desses direitos por via judicial. Essa situação coloca o Poder Judiciário em situação delicada, pois, ao mesmo tempo que é o defensor da Constituição e assim garantidor dos direitos fundamentais sociais nela contemplados, também deve respeitar o princípio da separação dos poderes, impondo-se, assim, que suas decisões respeitem ao princípio da proporcionalidade no atendimento das demandas, para não inviabilizar o acesso de outros cidadãos aos seus direitos. (LIMA, 2015, CONGRESSO COMPEDI)

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, cresceu significativamente o número de ações judiciais que demandam sobre a efetivação de direitos fundamentais sociais, sobre políticas públicas, sobre relação entre poderes e questões do dia a dia, fazendo assim, "juízes e tribunais deixarem de ser um departamento técnico especializado e passarem a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo". Destaca Luís Roberto Barroso que o fenômeno do ativismo é recente no Brasil:

> Sob a Constituição de 1988, aumentou, de maneira significativa, a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo. (BARROSO, 2013, p.410)

Segundo entendimento de Alice Gonzalez Borges, essa atuação ativista do judiciário vem gerando uma grande discussão sobre qual limite estaria restrita a atuação do Juiz no caso concreto. Para melhor compreensão do tema, segundo a mesma autora, faz-se necessário distinguir primeiramente ativismo judicial de judicialização:

> Na judicialização, o Judiciário decide, porque é o que lhe cabe fazer: na medida em que uma norma constitucional permite que dela se extraia uma pretensão subjetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Com o ativismo judicial, o julgador vai mais além. Instalando-se em situações de retração do Poder Legislativo," [...] o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BORGES, 2014)

Corroborando com esse entendimento, Bruno Paiva Menezes assevera:

> O Judiciário, com a promulgação da CF/88, viu aumentar sua área de atuação, pois tem sido provocado com mais constância a apreciar políticas públicas e atos legislativos, em razão, sobretudo, da omissão das instituições estatais, das posturas ilegais, do descumprimento a metas constitucionais, bem como dos deveres e dos direitos estipulados pela Carta Magna. (MENEZES, 2012)

Segundo Juliano Ribeiro Santos Veloso, diante desses fatos, mais o fato da falta de compreensão

correta do texto constitucional de 1988 pela doutrina brasileira, que interpretou de forma equivocada teorias estrangeiras, gerou-se assim um caos interpretativo ao não perceber que a efetivação dos direitos fundamentais sociais passa obrigatoriamente pela compreensão de que o sucesso de qualquer política pública passa por uma redefinição de conceito e práticas, tanto da Administração pública como do Judiciário. (VELOSO,2014, p.172-175)

Chega-se, dessa forma, a um conceito novo, relacionado ao tema que diz respeito à definição de um processo de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, das políticas públicas e da separação entre os poderes, atualmente em voga:

> 1) O ativismo judicial é mais que mera atividade criadora do juiz. É preciso precaução contra reações adversas que podem derivar de uma decisão dita ativista, sob pena de consubstanciação de verdadeira injustiça: concede-se, criativamente, a um, mas não a outro no futuro, ao perceber-se o efeito colateral causado pela decisão anterior;
>
> 2) Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, com aspecto eminentemente positivo, decorrentes do Estado de bem-estar, espalhados por todo o ordenamento constitucional pátrio, mas cujo polo irradiador reside no art. 6º, Constituição Federal;
>
> 3) Grande parte dos direitos sociais estão previstos em normas constitucionais programáticas, e, em razão disso, há quem diga que não possa o Judiciário intervir em políticas públicas, determinando sua materialização, dado o respeito à separação de funções e à relativização da força normativa da Constituição; enquanto, por outro lado, predomina o entendimento pelo qual, em razão do dirigencialismo constitucional, da necessária superação das normas programáticas, e da conferência de instrumentos ao povo, de busca de direitos subjetivos, poderia, sim, o Poder Judiciário efetivar normas sociais programáticas; (LAZARI, 2014, p. 8)

Sendo o Estado Uno, a efetivação dos direitos fundamentais sociais passa necessariamente por um processo de planejamento, integração e cooperação entre poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (estado uno) para a solução da crise na efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Esse processo de cooperação passa, necessariamente, pelo reconhecimento do Direito ao Planejamento como Instituto Jurídico. (VELOSO,2014, p.48-59).

4 CONCLUSÃO

O presente estudo foi motivado principalmente pela percepção da grave crise social que vivenciamos atualmente, onde, apesar de estar vigente em nosso país um modelo de constituição garantindo uma grande gama de direitos fundamentais sociais, o que se percebe, infelizmente é, que uma grande parcela desses direitos estão carentes de efetivação por falta de compreensão dos próprios ditames constitucionais que orientam o Estado, através das normas programáticas, a implementar políticas públicas planejadas que busquem a concretização desses direitos. Conclui-se que as políticas públicas nada mais são do que um processo jurídico para a efetivação de direitos, decorrente da indissociável relação entre normas programáticas, direitos fundamentais sociais e Constituição, em que o planejamento estabelece os meios e os fins a serem alcançados através de diretrizes pré-estabelecidas, constituídas de metas e prioridades em relação aos objetivos traçados pelo administrador público. Esse processo de cooperação passa, necessariamente, pelo reconhecimento do Instituto Jurídico do Planejamento, derivado das normas programáticas, como mecanismo jurídico-gerencial, mediador e limitador de atuação de cada um dos poderes, visto que o Estado é Uno e que os três poderes estão submetidos aos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ANJOS, pedro germano dos. **Controle jurisdicional do orçamento:** planejamento orçamentário e diálogo no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas. 250 f. dissertação (de mestrado em direito público) - universidade federal da Bahia. Disponível em: file:///c:/users/admin/music/desktop/planejamento/pedro%20germano%20dos%20anjos%20planejamento.pdf.

Acesso em 30/03/2018.

BARCELLOS. Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 1. ed. Belo Horizonte:Forum,2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

BOGOSSIAN, André. **Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. Revista Brasileira de Políticas Públicas:** Volume 5. N° 3. Jul. - Dez-2015. Disponível em: file:///C:/Users/admin/Downloads/3283-16971-1-PB%20(2).pdf. Acesso em 14/04/2018.

BORGES, Alice Gonçalves. **Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e econômico. Número 37 – fevereiro/março/abril - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861. Disponível em: file:///C:/Users/admin/Music/Desktop/DIREITO%20E%20MORAL/Reflexões%20sobre%20a%20judicialização%20de%20políticas%20públicas.pdf. Acesso em 25/04/2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 251-290, ago. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 23 Nov. 2016. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, pg.254.

CASTRO, Karina Brandão Alves de; Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). **O Papel do Orçamento na Efetivação dos Direitos Sociais.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c626050b06e0c362. Acesso em 06/04/2018.

COSTA, Ilton Garcia da; Silva, Juvêncio Borges; Santos, Clilton Guimaraes dos; **Direitos Sociais e Políticas Públicas II.** XXV Encontro Nacional do Conpedi - Brasília/DF. Disponível em: file:///C:/Users/admin/Music/Desktop/PLANEJAMENTO/politicas%20publicas.pdf. Acesso em 01/04/2018.

CUNHA JR, Dirley da**. Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador-Bahia: jus Podivm, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho**. Manual do Direito Administrativo.** 19.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.pg.111.

GONÇALVES, Leonardo Augusto; **Origens, conceito e características dos direitos sociais:** uma análise das conseqüências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Disponível em: file:///C:Users/admin/Music/Desktop/CONTEUDOS%20TCC/OMISSÃO%LEGISLATIVA/CONCEITO%20DOS%DIREITOS%20SOCIAIS%(1).pdf. Acesso em 02/03/2018.

O INSTRUMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO URBANA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Cíntia Jotz Vargas, Bacharela em Direito, cintiajotz@gmail.com

RESUMO: O trabalho possui como objetivo, analisar e relatar as questões referentes à desapropriação da propriedade urbana frente ao cumprimento da função social, ressaltando a relevância social, pois as expropriações estão diretamente ligadas ao princípio constitucional da função social da propriedade, visando o bem da coletividade e não o individual. Tratar-se de uma pesquisa descritiva e explicativa, a abordagem se dar-se-á pelo método dedutivo, pois as bases da pesquisa serão teorias, normas, bibliografias e jurisprudências. No trabalho, em um primeiro momento, se analisará as desapropriações, para em outro instante, verificar o princípio da função social e seus conceitos, finalizando com a explicação de sua concretização. Importante ressaltar-se que será dada ênfase ao poder do Estado em desapropriar propriedades urbanas que não estejam cumprindo a função social, para proporcionar à sociedade um bem à coletividade, seja para realização de uma obra ou um serviço que beneficie um todo.

Palavras-chave: Constituição Federal. Desapropriação. Função Social. Propriedade.

1 INTRODUÇÃO

A desapropriação também é conhecida como expropriação e ocorre quando o Poder Público, baseado em uma necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, desapossa alguém de um bem e transfere para si, ou seja, existe um interesse social superior ao individual. Uma das principais características da desapropriação é que ela é forma originária de adquirir a propriedade, sendo realizada por um procedimento administrativo, existindo primeiramente a etapa declaratória, na qual expõe-se todos os motivos: fatos para que ocorra a expropriação - sendo necessário englobar todas as características indispensáveis para se perpetualizar a parte executória, sendo o expropriado indenizado e transferido o bem ao Ente Público.

As desapropriações seguem as normas da Constituição Federal e do Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Este Decreto dispõe sobre as expropriações nos casos de utilidade pública, sendo esta Lei utilizada em todo o território nacional. Conforme positivado no artigo 182, §3º e §4º da Constituição Federal, a expropriação será realizada com pagamento de justa e prévia indenização, seja esta realizada em dinheiro ou mediante títulos da dívida pública, pois trata-se de uma recompensa pela perda do bem. Existem apenas as exceções previstas no artigo 243 da Constituição Federal, em que não é pago indenização, ou seja, quando existem plantações psicotrópicas no terreno, ou quando há comprovação de trabalho escravo realizado na propriedade.

O artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, trata sobre a garantia do direito de propriedade, porém, logo no inciso XXIII, dispõe que a propriedade deve atender à função social, ambas as situações ressaltam que é preciso observar tanto os direitos quanto os deveres de cada cidadão, a respeito da propriedade, não podendo o proprietário do bem prejudicar a coletividade em seu favor. Dessa forma, o princípio da função social tem por finalidade garantir infraestrutura urbana e próspero desenvolvimento, visando sempre o bem estar coletivo. Conforme disposto no artigo 182, § 2º, a propriedade urbana cumpre à função social, quando o proprietário estiver respeitando e agindo conforme previsto no Plano Diretor do Município. Cada indivíduo tem uma função na vida em sociedade, sendo seu dever fazer o melhor que puder para contribuir com sua parte, ou seja, existe uma busca inconstante de impulsos para que se alcance o bem estar, em prol da coletividade.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO

No Brasil a legislação vigente nos casos de desapropriação por utilidade pública é a Lei que trata especificamente sobre esse assunto, o Decreto-Lei n°3.365 de vinte e um de junho de 1941. Este Decreto contém quarenta e três artigos os quais dispõe ao longo do seu texto sobre as expropriações por utilidade pública, mesmo tratando-se de um Decreto antigo, este continua sendo completo e atual para os dias de hoje. Entre os artigos 1° e 10° constam disposições preliminares, como quais os bens que podem ser desapropriados e quem pode desapropriá-los. Ressalta, a importância da declaração de utilidade pública e descreve que esta deve ser realizada via Decreto pela autoridade responsável, além de elencar quais são os casos admitidos para ocorrer a desapropriação por utilidade pública. Também relata o prazo permitido pela Lei, o qual inicia a partir de expedido o Decreto que disponha sobre a expropriação. (HARADA, 2014).

Ao longo dos artigos 11 e 30 do Decreto nº 3.365/41, há referência a forma que irá ocorrer o processo judicial, ou seja, como serão realizados todos os trâmites legais, para que a desapropriação seja feita de forma lícita. É importante observar-se a competência, tanto do local que deve ser proposta a ação, como quem é o Juiz competente para julgar o caso. É de extrema importância, observar-se os elementos que devem constar na petição inicial para que esta esteja completa. Devendo estar descrito na petição, como deve ser realizada a avaliação do bem, sendo sempre esta realizada por um perito. Contudo, ressalva-se que deve ser observado que a indenização oferecida pelo bem deve estar de acordo com o valor correspondente no mercado imobiliário. Também devem constar todas as questões referentes a citações dos interessados, o que pode ser contestado, e de que forma se dará a sentença e o pagamento ao expropriado. (MEIRELLES, 2014).

Estão previstas as disposições finais referentes à desapropriação por utilidade pública no Decreto nº 3.365/41 entre os artigos 31 e 43, demonstrando que a partir do momento que o bem for expropriado, o antigo proprietário perde todos os direitos referentes a esta propriedade. O pagamento da indenização será realizado de forma prévia e em dinheiro, o depósito será realizado no banco previsto e se existirem quaisquer dívidas, estas serão deduzidas do valor que será pago ao expropriado. Todavia, o valor só poderá ser levantado após a prova da propriedade e publicação do edital. Os proprietários que foram expropriados, que não estiverem de acordo com o valor pago na indenização, têm a possibilidade de procurar e exigir seus direitos em ação autônoma.

A Constituição Federal de 1988, positiva em alguns artigos do seu texto, sobre o tema de propriedade, função social e expropriação. O primeiro artigo que denota importância para este trabalho é o artigo 5º da Constituição Federal, pois ao longo de seus incisos, trata dos direitos do proprietário, bem como seus deveres e se este não cumprir o esperado será expropriado.

De extrema importância citar o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2015):

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
>
> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...]

O artigo 170, III, da atual Constituição vigente, dispõe que para ter uma vida digna, conforme prevê a justiça social deve-se observar o Princípio da função social da propriedade. Para Harada (2014) estes dois artigos (5º E 170 da CF) trabalham um assunto de extrema importância, que é a propriedade e a necessidade desta atender a função social, pois este é um dos pressupostos, para que não haja desapropriação, ou seja, a propriedade deve atender o desenvolvimento social e a justiça social.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
>
> III - função social da propriedade; [...] (BRASIL, 2015).

Outra relevante Lei que será tratada é a Lei n° 4.132, de 10 de setembro de 1962, pois esta define os casos de desapropriação por interesse social, contém seis artigos em seu texto jurídico. Este tipo de desapropriação será realizado para proporcionar uma divisão mais justa da propriedade ou que seu uso propicie um maior bem estar social. Descreve o que é considerado interesse social, aborda sobre o aproveitamento de todo o bem e a possibilidade de realizar-se a construção de loteamentos populares, para que a propriedade venha a realizar o interesse social. (ARAÚJO, 2010).

O Decreto-Lei n°1.075, de vinte e dois de janeiro de 1970, regula a imissão de posse, *initio litis*, em que a indenização deve ser em valor correspondente, para que o expropriado possa comprar nova propriedade, imissão esta, que ocorre em imóveis residenciais urbanos. Tendo em seu diploma oito artigos que tratam acerca do tema, dispondo sobre a necessidade de urgência, bem como, sobre o prazo fixado para a oferta ao proprietário e para entrega do laudo do perito, este Decreto será aplicado somente nos casos de desapropriação de prédio residencial urbano, habitado. (HARADA, 2014).

O Estatuto da Cidade é a Lei n°10.257, de dez de julho de 2001, que propõe como forma de pagamento os títulos públicos e a não indenização em dinheiro, como os outros Decretos, em que a competência é totalmente dos Municípios, dependendo sempre, para que seja lícito constar no Plano Diretor do Município e ser aprovada por Lei. Sendo necessário cumprir alguns requisitos previstos no texto legal, a notificação ao proprietário deve ser averbada. (DI PIETRO, 2013).

Ainda tratando-se da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, II, relata que apenas a União tem competência para legislar sobre desapropriação. No artigo 5°, XXIV, prevê que a lei irá dispor sobre a desapropriação e esta ocorrerá quando existir necessidade, utilidade ou interesse social para a propriedade. Ou seja, irá visar um bem maior à sociedade, sendo realizada a expropriação com justa e prévia indenização em dinheiro.

Em se tratando de política urbana na Constituição Federal, o artigo 182, traz por finalidade o desenvolvimento e bem estar dos habitantes. No parágrafo segundo, trata da função social da propriedade urbana, sendo que esta deve atender o disposto no plano diretor da cidade. No parágrafo terceiro, positiva sobre as desapropriações de imóveis urbanos e que os proprietários serão previamente indenizados e esta indenização será feita em dinheiro. No parágrafo quarto, deste mesmo artigo, existe uma previsão que o dono do imóvel deve fazer uso conforme previsão da Lei. Caso não o faça, este poderá ser desapropriado e a indenização ser paga em títulos da dívida pública, com parcelas anuais e conseguintes, sendo necessário para pagamento a aprovação no Senado. (MEIRELLES, 2014).

Artigo 182 da Constituição Federal:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.
>
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
>
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
>
> § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
>
> § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
>
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
>
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 2015).

Na desapropriação a indenização está vinculada a uma ideia de restituição, por este motivo deve ser justa, sendo o valor uma forma de compensar, ou seja, equivale a um equilíbrio pela perda da propriedade. Como a expropriação não é algo simples de se realizar, deve-se observar todos os requisitos previstos nas Leis, pois trata-se da transmissão de uma propriedade particular para o Estado, ou para outro particular. (CRETELLA JÚNIOR, 1976).

A indenização pela expropriação direta deve ser realizada conforme o previsto na Constituição Federal nos artigos 5°, XXIV e no artigo 182, § 3°, os quais relatam que esta deve ser justa, prévia e em dinheiro. Existem, porém, situações que são permitidos os pagamentos em títulos, um dos casos ocorre quando o imóvel urbano não estiver cumprindo sua função social, ou estiver em desacordo com o previsto no Plano Diretor do Município, então a indenização pela desapropriação é realizada em títulos da dívida pública, positivado no artigo 182, § 4º, III, da Constituição Federal.

José Cretella Júnior, em sua obra traz a ideia que: "A justa indenização devida pelo Estado ao proprietário do bem expropriado tanto está presente na desapropriação por necessidade e utilidade pública quanto na desapropriação por interesse social." (1976, p. 558).

Existem apenas duas exceções previstas na Constituição para que não haja pagamento de indenização, ambas encontram-se positivadas no artigo 243. Um dos casos é quando há desapropriação por plantações de plantas psicotrópicas, que são aquelas consideradas ilegais. A outra exceção ocorre quando a propriedade destina-se a algum serviço que é realizado através de mão de obra escrava. Neste sentido, a desapropriação ocorre como um confisco, não sendo indenizado o proprietário. Em ambos os casos, as propriedades são destinadas a programas habitacionais, ou a reforma agrária.

3 A EVOLUÇÃO DO PRINCIPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Na visão clássica, o dono do imóvel usa, goza e dispõe da forma que melhor lhe convir. Todavia, em meados do século XX, passou-se a falar sobre a função social da propriedade. As Constituições pioneiras neste sentido, foram a do México em 1917 e a de Weimar, Alemanha, em 1919. No Brasil, os direitos sociais estiveram presentes desde a Constituição de 1934, mas foi apenas em 1988, que foi implementado o princípio da função social no texto legal. Isto decorre de uma tentativa de equilíbrio entre os princípios sociais e os econômicos. (BORGES, 1999).

Nos países que não eram socialistas, e sim capitalistas, surgiam às primeiras Constituições liberais, que tratavam da ordem econômica e social, visando assim, uma reforma na ordem social. Quem implementou e melhor tratou a respeito da função social da propriedade foi o constitucionalista francês, Leon Duguit. Este deixou de tratar a propriedade como um direito subjetivo, cessando assim, o ato de atender as propensões individuais, para atender ao bem da sociedade. No livro, Função Ambiental da Propriedade Rural, da autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a mesma menciona Duguit: "Para ele, a propriedade não era mais um direito, mas uma função social." (1999, p.74). Dessa forma, nascem os direitos, deveres e saem de cena os direitos subjetivos, quando se tratar de propriedade. Isso adveio a partir da evolução que ocorreu ao longo das décadas, sendo necessário o uso de forma mais ampla e completa do bem.

O direito de propriedade é assegurado pela Lei, porém, esta faz uma ressalva a respeito da função social. Assim, trata Giuliano Deboni: "Em outras palavras, isso quer dizer que a liberdade individual é satisfeita somente se ao mesmo tempo são levadas em consideração as liberdades sociais." (2011, p. 116). Não se pode esquecer que o direito à propriedade privada e a função social da propriedade estão previstas não apenas no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, mas também, na parte que trata da ordem econômica, como

um dos princípios a serem observados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Giuliano Deboni, descreve que:

> Portanto, a utilização da propriedade, no desenvolvimento de atividade econômica deverá, além de responder à necessidade privada do proprietário, respeitar os interesses da sociedade e harmonizar-se com a preservação dos recursos naturais existentes nesta mesma propriedade. Isto é, o direito à livre iniciativa e ao exercício da atividade econômica é limitada no interesse da coletividade e na utilização racional dos recursos ambientais. (2011, p. 117-118).

No artigo 5º, XXII, da Constituição Federal vigente, a questão da propriedade está vinculada a um direito absoluto, porém, logo no inciso subsequente, XXIII do mesmo artigo, demonstra-se a exceção, descrevendo que a propriedade deve atender a função social. Neste sentido, Luís Portella Pereira traz em sua obra:

> Em consequência, este direito à propriedade, textualizado pelo legislador constitucional no inciso XXII, será pleno, geral e irrestrito, se a propriedade estiver cumprindo a sua função social, condição esta incluída pelo legislador constituinte sob forma de bom uso da propriedade privada, em prol da coletividade. (2003, p.15).

Antigamente tratava-se apenas a propriedade de forma absoluta, hoje, leva-se em consideração também, a questão da função social da propriedade, propostas pelo renomado jurista francês, Léon Duguit, no século XIX, que afirma que o proprietário do bem, por possuir o bem, deve observar a função social, se não o fizer, ou se fizer e não for da forma que se espera, o Estado deve intervir. A partir deste entendimento, a Constituição alemã do mesmo século, a escrita por Weimar, também trouxe a ideia de que o proprietário do bem teria obrigações perante a sociedade, para se alcançar a evolução através do uso correto da propriedade. (HUMBERT, 2009).

Segundo León Duguit, o proprietário é que deve cumprir a função social da propriedade, pois é ele quem tem o subsídio para fazê-lo, ou seja, têm a riqueza. Sendo hoje mais importante que o direito subjetivo a proteção dos interesses da coletividade. Na Constituição Alemã de Weimar, ano de 1919, estava previsto em outras palavras, no artigo 153, que a propriedade gera obrigações, cuja utilização deve gerar bem estar geral. Hoje, mais do que nunca, percebe-se que a propriedade está diretamente ligada a função social, sendo de extrema importância o equilíbrio entre o interesse pessoal do proprietário e o interesse coletivo, usando a propriedade de forma útil para a comunidade, gerando assim, benefícios a todos. (MALUF, 2005).

Não é somente nos direitos fundamentais que se encontra positivado a questão da função social da propriedade (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), mas como um dos princípios que norteiam a ordem econômica (artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988) e ainda como uma forma de política urbana (artigo 182, §2º, da Constituição Federal de 1988). Neste sentido, percebe-se a importância do tema, pois este é um direito fundamental e um princípio. (HUMBERT, 2009).

Para orientar de melhor e mais completa forma o ordenamento jurídico, são necessários direitos fundamentais e princípios, pois são eles que norteiam a vida em sociedade. Os princípios jurídicos podem ser divididos em dois: um deles é aquele previsto na lei; o outro seria nos casos que já foram julgados. Nota-se que são situações com aspectos parecidos, porém, ainda não há previsão legal a respeito. Deste modo, para julgar o magistrado utiliza costumes e jurisprudências. Pode-se resumir os princípios em três palavras: eficácia, aplicação e conteúdo. (MORAES, 1999).

Celso Antônio Bandeira de Mello relata em sua obra:

> Violar princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (2014, p. 629-630).

O conceito de princípio advém da palavra em latim *principium*, que significa início, origem. Este

conceito foi sendo modificado ao longo dos anos, conforme foi ocorrendo a evolução jurídica. Neste sentido, trata Paulo Bonavides (1999, p. 228-229): "Princípio de Direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição, de um código ou de um direito positivado." Sendo assim, os princípios são bases norteadoras.

Os princípios jurídicos são também conhecidos e chamados de normas jurídicas, as quais tratam de questões de direito fundamental, ou que estão internamente ligados a Leis específicas, portanto agindo em conjunto, em forma de um sistema. (MORAES, 1999).

A primeira característica dos princípios é a generalidade, isto relaciona-se de como este encontra-se no sistema jurídico, podendo ser através de várias formas ou pertencer a alguma específica. A segunda característica é a gradualidade, na qual existem princípios que têm um maior valor e destaque no sistema jurídico, formando-se assim uma questão hierárquica. A terceira característica é a da indeterminabilidade, os princípios têm em sua natureza uma grande amplitude para poderem ser aplicados com maior facilidade. (MORAES, 1999).

Como o homem tem a natureza de viver em sociedade, a propriedade é uma forma de satisfazer o que lhe é estritamente necessário. Tanto a propriedade privada, como a pública, devem cumprir a função social, levando-se em conta que as áreas urbanas devem sempre ser utilizadas conforme as necessidades, para a evolução da sociedade e alcance do bem estar geral.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Numa primeira acepção, considerar-se-á que a função social da propriedade consiste em que em que ela deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou pelo menos não pode ser utilizada de modo a adversa-las). (2014, p. 630-631).

Ao longo dos anos o Direito busca atender um equilíbrio social, porém, com as mudanças sociais, também modificam-se as necessidades. Por este motivo, existe uma certa dificuldade em alcançar-se um bem estar comum, uma propriedade que gere em sua totalidade a função social. Desta forma, Luís Edson Fachin relata a ideia de função social (1988, p. 17): "A expressão função social, corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade." Ainda a respeito este mesmo autor traz: "A função social relaciona-se como uso da propriedade, alterando por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício." (1988, p. 21). Neste sentido, a função social da propriedade está totalmente interligada com a forma que se dá seu uso.

A Constituição prevendo a função social da propriedade, está querendo trazer um novo ponto de vista ao direito de propriedade, neste sentido, não apenas como um direito individual e absoluto e, sim, um princípio que visa o desenvolvimento e o alcance da justiça social. Muitas vezes, a busca da função social da propriedade que o Estado quer alcançar, (podendo ser realizada através da União, Estado, ou até mesmo o Município pelo plano diretor) não condiz com os interesses do proprietário, porém, está em questão o bem da coletividade e não o querer individual. Neste sentido, José Afonso da Silva aponta em sua obra:

> Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por outro lado, em concreto, também não autoriza a esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia de direito de propriedade. (1981, p. 96).

Kiyoshi Harada dispõe em seu livro:

> Do exposto, é possível concluir que a Constituição Federal, inscreveu o princípio da função social para a propriedade em geral; inscreveu a propriedade privada e sua função social como um dos princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e definiu o conteúdo desse princípio em relação às propriedades urbana e rural. (2014, p.10).

Carlos Ari Sunfeld (1987, p. 5), em sua obra explica o sentido da palavra função, cujo conceito é relevante para obter-se um maior entendimento a respeito do tema: "Função é conceito que se opõe ao de autonomia da vontade, tal qual concebido no Direito Civil". Desta forma, percebe-se que a função social da propriedade deve ser realizada mesmo que não seja uma vontade do proprietário, uma vez que isso beneficiará o coletivo. A partir de sua positivação na Constituição Federal, o princípio da função social da propriedade, iniciou-se uma relação entre o direito privado e o direito público, fazendo com que a propriedade tenha um propósito social.

Além de estabelecer uma obrigação, um dever, faz-se necessário respeitar todos os dispositivos legais, tanto da Constituição Federal, como do Plano Diretor, para se alcançar da melhor forma e da mais correta a função social da propriedade. Quando estas não são aplicadas, o proprietário sofre as sanções previstas na Lei. Uma das penas é a expropriação, não podendo esta ser questionada pelo simples fato do proprietário ter direito a propriedade, pois esta só se dará se não for respeitado outro preceito, o que obriga todos que tenham propriedade de cumprir a função social, para que tenham uma vida mais digna em sociedade.

José Afonso da Silva trata:

> É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito. (1981, p.78).

A propriedade prevista no artigo 170 da Constituição Federal, tem por objetivo a ordem econômica, na qual está especificamente em discussão a questão do desenvolvimento, sendo que este quer oportunizar justiça social e avanço social. Dessa forma, também faz relação com a distribuição mais paritária das riquezas.

Sabe-se que, a propriedade urbana provém de algo construído pela força do trabalho do homem. Por este motivo, a propriedade deve atender a função social urbanística, que tem por objetivo, a moradia, lazer, trabalho e o livre movimento das pessoas. "A autonomia da vontade na utilização da coisa é substituída pela da função". (SUNFELD, 1987, p. 7). Sendo assim, o princípio constitucional da função social da propriedade, nada mais é que uma tentativa de equiparar os interesses públicos dos privados, porém, muitas vezes, estão em situações conflitantes.

As primeiras Constituições brasileiras tratavam da liberdade, dos direitos humanos, no qual aquele que tinha imóveis, detinha uma maior importância na sociedade, o que era uma forma de atingir um status. Depois surgiram as Constituições liberais, que fomentaram os direitos individuais adquiridos através da Revolução Francesa. A questão liberal tem fim, apenas na I Guerra Mundial, com o início do socialismo. Nessa época, o Estado torna-se mais forte e intervém mais na sociedade. A Constituição dessa época tinha uma aparente preocupação em assegurar direitos a família e ao trabalho.

São normas de interesse social aquelas que facilitam a regulamentação da divisão de terras em locais rurais, onde encontram-se aglomerados de pessoas de baixa renda, sendo prevista tal situação no artigo 1º, § 1º, do Estatuto da Cidade. Boa parte dessa questão decorre, em virtude de as pessoas buscarem lugares aonde acreditam que terão melhores condições de vida e como os grandes centros acabam superlotando, estas acabam se deslocando para seus arredores, sendo em sua grande maioria, pessoas de baixa renda. Desta forma, o parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade prevê como a Lei irá tratar e de que forma será utilizada a propriedade urbana em prol da coletividade. (PEREIRA, 2003).

Segundo Kiyoshi Harada: "Hoje, o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao de justiça social, que segundo a doutrina social da Igreja seria a força orientadora dos atos humanos para o bem comum". Sendo assim, a propriedade privada só lhe é de direito enquanto cumprir a sua função social. (2014, p. 8).

Kiyoshi Harada, ainda trata da questão prevista na Constituição a respeito da função social:

> A Constituição possibilita flexibilizar a definição de função social da propriedade urbana, que pode

> variar de Município para outro, ou até mesmo de zona para outra zona do mesmo Município, tudo dependendo dos problemas e necessidades de cada comuna ou zona de uso, que irão influir na elaboração do respectivo Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. (2014, p. 10).

A função social da propriedade tem por principal objetivo o desenvolvimento do país, para que alcance melhores níveis de justiça social e que se obtenha o desenvolvimento, para que seja possível expandir a um bem coletivo.

Carlos Ari Sunfeld, trata sobre o direito subjetivo da propriedade:

> Do que nunca se cogitou, porque incompatível com a propriedade individualista, foi a imposição da obrigação de utilizar o imóvel, isto é, obrigação de exercer o direito em benefício de um interesse social. E é justamente tal tipo de obrigação que se deve impor com fundamento na função social. (1987, p. 11).

Para complementar a questão de propriedade e função social, segue ideia de Roxana Cardoso Brasileiro Borges em sua obra:

> Entretanto, quando o exercício do direito de propriedade pode ter ampla repercussão no interesse de terceiros, inclusive grupos sociais ou mesmo a sociedade difusamente considerada, como, por exemplo, quando a propriedade é bem de produção, a lei pode estabelecer deveres jurídicos de como o proprietário deve exercer seu direito de propriedade, de modo a conciliar seus interesses coletivos ou difusos, vinculando o direito subjetivo à função social. (1999, p.75).

Nas cidades com população acima de vinte mil habitantes, é necessário que se tenha projetos, os quais devem ser realizados e especificados no Plano Diretor. Este tem por objetivo, dar nortes de como se dará o desenvolvimento do Município, sendo à função social da propriedade uma das questões a serem debatidas, situação esta prevista, no artigo 182, §2º, da Constituição Federal. O Plano Diretor prevê as exigências em relação a propriedade urbana, pois quanto maior a urbanização, mais importante é a observância de cada etapa durante o processo de evolução.

Com base no princípio da função social da propriedade, em relação a ordem econômica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz em sua obra:

> O quarto dos princípios fundamentais da ordem econômica, segundo a Constituição vigente, é o da função social da propriedade. Com isso, condena ela a concepção absoluta da propriedade segundo a qual esta é o direito de usar; gozar e tirar todo o proveito de uma coisa de modo puramente egoísta, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. (1967, p. 267).

A função social é uma estrutura do direito de propriedade, sendo que o direito individual do proprietário apenas vale, se este bem está gerando algo ao coletivo. Desta forma, cumprindo a função social da propriedade, está se buscando um bem comum, realizando-se assim, as obrigações sociais positivadas e desta forma facilitando a vida em sociedade e seu desenvolvimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a desapropriação ocorre, quando o Poder Público, baseado em uma necessidade púbica, utilidade pública ou interesse social, despossa alguém de seu bem, transferindo este mesmo bem para si e todos os direitos pertinentes a esta propriedade. Uma das principais características da expropriação é que é forma originária do Estado, adquirir o bem. Para que ocorra a desapropriação, deve haver uma declaração, na qual deverá constar se o motivo é necessidade, utilidade pública ou interesse social, dispondo nesta, todas as características pertinentes, para que esta se perpetualize, bem como motivo, citação do proprietário. Após este estar ciente da situação, a expropriação pode ocorrer de forma amigável ou jurídica, sendo que em ambos os casos, deve ser pago ao proprietário uma indenização.

De acordo com o artigo 182, parágrafo terceiro da Constituição Federal, a desapropriação de

imóveis urbanos será realizada de forma prévia e em dinheiro em regra, tendo ainda, como opção, o Ente Público realizar o pagamento mediante títulos da dívida pública, situação esta, disposta no mesmo artigo, porém, no parágrafo quarto, inciso terceiro. A indenização será sempre realizada de forma justa, com o valor correspondente do imóvel no mercado. Sendo assim, apenas existem duas exceções em que não há pagamento de indenização que estão elencadas no artigo 243 da Constituição, que trata das propriedades, nas quais encontram-se plantações psicotrópicas ou trabalho escravo, pois estas propriedades serão confiscadas pelo Estado, que dará uma função social ao bem.

Constatou-se, que, além da Constituição Federal, também o Decreto-Lei nº 3.365-41 trata da desapropriação, tendo elencado em seu artigo 5º, todos os casos de expropriação por utilidade pública. Mesmo se tratando de um Decreto antigo, este continua sendo atual e utilizado até os dias de hoje. Ao longo do texto, positiva todas as questões pertinentes a expropriação por utilidade pública, desde a declaração, e a indenização, até os trâmites do processo judicial.

Conclui-se que cada indivíduo tem uma função na vida em sociedade, na qual todos devem fazer o seu melhor, contribuindo dessa forma com a construção de uma sociedade, cuja convivência seja pacífica e harmoniosa. Sendo assim, há uma busca constante de impulsos, para que se alcance o bem estar social, ou seja, em prol da coletividade, sendo esta uma das formas que colaboram para alcançar o fim destinado, utilizando a propriedade de maneira que esta cumpra com sua função social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, **Paulo. Curso direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural.** São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 17 de jun.de 2015.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **DECRETO-LEI N° 3.365,** DE 21 DE JUNHO DE 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm.l.Acesso em: 14 de jun.de2015

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **LEI 10.257**, DE 10 DE JULHO DE 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.html. Acesso em: 14 de jun.de 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários às leis da Desapropriação**.2.ed.São Paulo: Bushatsky, 1976.

DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada**: do caráter absoluta à função social e ambiental: sistemas jurídicos italiano e brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraviva, 1967.

HARADA, kiyoski. **Desapropriação**: Doutrina e prática. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito urbanístico e função socioambiental da propriedade urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Debus. **Limitação ao direito de propriedade**: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**.São Paulo: Malheiros Editora, 1999.

PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SUNFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords). **Temas de direito urbano-1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

INVESTIGANDO COMPETÊNCIAS DE HUMANIZAÇÃO PARA A GESTÃO EDUCACIONAL

Ana Marli Hoernig[1]

Breno Arno Hoernig Junior[2]

RESUMO: O presente artigo tem como tema as competências de humanização essenciais à gestão educacional na atualidade. Tem-se como objetivo identificar competências de humanização na gestão educacional contemporânea. A metodologia utilizada é de natureza qualitativa com revisão de literatura pertinente ao tema para construir o referencial teórico. Os resultados obtidos apontam algumas competências de humanização relevantes como a autonomia, articulação, flexibilidade, respeito à diversidade, diálogo, dinamismo e ética. Conclui-se pela necessidade de formação de gestores com competências de humanização essenciais à gestão educacional.

Palavras-chave: Competências de Humanização. Gestão Educacional. Gestor Educacional.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma breve abordagem procurando identificar competências de humanização na gestão educacional, assunto de grande relevância no contexto educacional contemporâneo. Instituições educacionais tem educandos como atores principais, razão de ser do fazer educativo. Entre os demais integrantes desta extraordinária composição estão os professores e, entre outros, o gestor educacional. É sobre o gestor educacional e suas competências que discorremos a seguir, posto crermos que as competências do gestor caracterizaram a gestão da instituição

Encontramos em Farias (2014) que na atualidade existe um apagão de líderes em diversos segmentos de nossa sociedade, e menciona ainda a falta de competências essenciais ao líder. De acordo com o que escreve esta autora "faltam gestores capacitados para assumir a responsabilidade de desempenhar com excelência as demandas de autodesenvolvimento e de desenvolvimento de suas equipes" (p. 23, 2014).

Em consequência de crises econômica pelas quais passa a humanidade, temos, também, crises na educação. Entendemos que uma das heranças de tais crises seria uma preocupação demasiada que, com uma "maximização dos resultados coloca as metas educativas em tal patamar de prioridade que atingi-las tende a transformar-se num fim em si mesmo" (SHIROMA, 2011, p.15). Neste caso, segundo a autora, estaríamos afastando a atividade educativa das noções de formação humana.

Esta competitividade que chega à educação provoca grandes e irrecuperáveis perdas do que é essencial à mesma, a formação humana, que ancora-se em competências sociais, as quais conforme Nussbaum (2015, p.7) são "competências decisivas para o bem-estar interno de qualquer democracia e para a criação de uma cultura mundial generosa, capaz de tratar, de maneira construtiva, dos problemas mais prementes do mundo".

Para Fossatti (2013) as pessoas não são apenas um número dentro das instituições, mas cada pessoa tem a sua história de vida com desejos e necessidades de "serem tocadas pela singularidade de um encontro que humaniza" (p.159). Partindo desta premissa voltamos nosso olhar para as humanidades ou competências de humanização tão necessárias nas relações interpessoais.

Considerando que abordamos o tema gestão educacional, direcionaremos nosso foco para as competências do gestor educacional e seu papel como diretor, líder de uma instituição o qual "consegue

[1] Mestre em Ensino de Ciências e Matemática pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); Integrante do Grupo de Pesquisa Gestão Educacional nos Diferentes Contextos; E-mail: anamarlih7@gmail.com.

[2] Mestre em Engenharia pela Universidade Luterana do Brasil. Professor de Engenharia da Universidade La Salle (UNILASALLE), Brasil, breno.junior@unilasalle.edu.br.

aglutinar as aspirações, os desejos, as expectativas da comunidade escolar e articular a adesão e a participação de todos os segmentos da escola na gestão de um projeto comum" (LIBÂNEO, 2004, p.113).

A revisão da literatura pertinente ao tema abordado, a partir de Libâneo, aponta o gestor educacional como uma referência relevante para construir um cenário educativo com ênfase no desenvolvimento de uma gestão participativa. O gestor das instituições educativas, detentor de competências de humanização, que lidera pelo exemplo, influenciando equipes, alcançando uma utopia de multiplicar solidariedade, encontramos em Fossatti, com o registro de um caminhar que possibilita vislumbrar uma gestão humanizada.

Ao procurarmos, então, a partir da literatura consultada, delinear o perfil do gestor educacional baseado em competências de humanização, acreditamos estar alinhados com a orientação do Plano Nacional de Educação (Brasil, 2014) no tocante meta 19 que trata da gestão educacional e refere que a mesma deve ser democrática, associada a critérios de mérito e desempenho, bem como à consulta pública à comunidade escolar.

2 METODOLOGIA

No presente texto temos como objetivo identificar competências de humanização na gestão educacional contemporânea. Partimos da concepção de que não existe ciência sem a aplicação de métodos e apresentamos a seguir o percurso metodológico deste artigo. Quanto à natureza, a presente abordagem tem cunho qualitativo, pois, para o tema abordado, evidenciam de melhor forma os elementos existentes na realidade estudada.

A pesquisa qualitativa é "mais atenta com sua dimensão sociocultural que se expressa por meio de crenças, valores e práticas" (MYNAIO, 2017, p.2); buscou-se na literatura revisada autores que acentuem os valores que acreditamos devem ser mantidos e inseridos nos processos de gestão.

Utilizou-se o diário de campo dos pesquisadores por considerar que este permite aos mesmos colocar sua posição sobre o tema em estudo, tendo assim, "a comunicação do pesquisador em campo como parte explícita de produção de conhecimento" (FLICK, 2009, p.25).

Quanto às fontes de informação para construir o referencial teórico, o estudo é realizado a partir da revisão de literatura: fontes bibliográficas e artigos oriundos de buscas em sites especializados, os quais permitem ao pesquisador o contato direto com as temáticas abordadas. Para busca dos artigos utilizou-se os descritores gestão educacional humanizada, gestão humanizada e gestão educacional que permitiram encontrar os artigos utilizados e que constam nas referências.

Após a introdução, faz-se a apresentação e discussão dos principais resultados encontrados de modo que o presente texto foi, então, construído com base nas ideias dos autores consultados dialogando com os autores deste trabalho, o qual limitou-se a identificar as competências de humanização no perfil do gestor educacional e como estas podem contribuir para uma gestão educacional humanizada. Finalmente, seguem-se as considerações finais, apontando contribuições do estudo e caminhos de pesquisas futuras.

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

3.1 BREVE PANORAMA DA GESTÃO EDUCACIONAL

Do âmbito doméstico a corporações transnacionais temos que a gestão da pequena célula a macro organização, tem papel preponderante e indiscutível para o sucesso da mesma. Libâneo (2004, p.90) afirma que "Nas escolas ainda vigoram formas de gestão centralizadoras, burocráticas e inibidoras da participação. É preciso mudar mentalidades, saber como introduzir inovações e como são instituídas novas práticas". Contudo entendemos que nas organizações deve haver um consenso conduzido por um líder ou, alguém que, em última instância determine um posicionamento, dê uma direção ao grupo ou instituição, conforme se fizer necessário.

Segundo Chanlat (2012), existem na atualidade, modelos de gestão com concepções características próprias de recursos humanos e de organização. Podemos citar algumas destas características como divisão de trabalho fragmentada, tempo como um recurso econômico, sendo que o trabalhador deve produzir o máximo em um tempo mínimo, rigidez de horários e os seres humanos que devem dedicar suas forças como engrenagens da máquina organizacional. Este modelo de gestão quantifica e impessoaliza seres humanos. A produção é buscada incessantemente e, seguramente, muitos resultados são alcançados, mas o precioso tempo é priorizado em detrimento às relações humanas.

Além do fator tempo, temos nas organizações, a questão da competitividade, certamente está atrelada ao primeiro no que tange a resultados. Para ser competitivo, de acordo com Chanlat (2010) é necessário empenho total e compromisso pessoal, com empresas mais flexíveis ou virtuais. Para este autor, com a globalização surgem "novas práticas gerenciais em matéria de gestão, e em particular de gestão de recursos humanos, em nome da competitividade, têm consequências sobre os indivíduos e as organizações" (CHANLAT, 2010, p.139). Silva e Sá (2017, p. 77) concordam com o autor anteriormente citado quando afirmam ser "nítida a existência de uma tensão entre os princípios democráticos e os princípios da eficácia e eficiência". Carvalho (2017) também referencia as tensões experimentadas pelo gestor educacional, o qual "se encontra subjugado a um controle sistemático a partir de normas e regulamentos que em nada propiciam o desenvolvimento de algo de novo e especificamente característico da escola (p. 90)". A respeito de tensões na administração educacional abordam Torres e Lima (2017), quando escrevem sobre a oposição entre "as abordagens prescritivas e normativistas, preocupadas com as fórmulas de bem organizar e gerir a escola, e as abordagens de pendor analítico e interpretativo, focadas na compreensão dos processos e dinâmicas sócio organizacionais". Para os autores é difícil o diálogo entre as duas perspectivas, havendo "incipiente reflexividade no interior de cada uma delas, não tem favorecido o aprofundamento, o alargamento e a reconceitualização do campo da administração educacional (p. 30)".

Dentro de concepções de gestão com fins lucrativos as consequências econômicas podem ser de curto, médio ou longo prazo, mas muito reais, tanto para ganho como para perda. Entretanto para Chanlat (2010), real e profundo também é o efeito sobre a vida dos indivíduos, a carga de trabalho, saúde e vida familiar. Algumas exigências suportáveis, outras poderão trazer danos físicos e, em maior intensidade, os desajustes psicológicos, considerando que "há uma demanda externa que exige respostas rápidas e qualificadas, na maioria das vezes, muito além das possibilidades existenciais construídas em tempo real" (FOSSATTI, 2013, p.103). Concordam com este autor, Ganga-Contreras e Navarrete-Andrade (2014, p. 471) ao escreverem que:

> Em um contexto organizacional altamente globalizado e competitivo, onde a eficiência, eficácia, efetividade, velocidade de resposta e orientação faz do cliente o usuário, tem se transformado em verdadeiros imperativos estratégicos, é quase axiomático, porém ainda assim necessário, planejar a relevância de centrar-se no único fator que pode gerar verdadeiras vantagens competitivas nítidas e sustentáveis no tempo: nos referimos evidentemente as pessoas.

Partindo da premissa de que a competitividade está diretamente vinculada à atividade profissional do indivíduo, entende-se que "com o desenvolvimento do capitalismo financeiro, o ego de cada indivíduo tornou-se um capital que é preciso fazer frutificar" (GAULEJAC, 2014, p.81). Segundo este autor, esta visão de gestão gera uma potencial rentabilização do ser humano. Sim, ainda não eliminamos as ciências humanas dos currículos, mas os seres humanos têm preço, tem liquidez. Concordamos com Fossatti (2013, p.103) quando afirma que "a busca de atualização se tornou um quase frenesi necessário e enlouquecido para que se possa continuar na luta por garantir reconhecimento no meio em que se atua".

Em consonância com o autor supra-citado encontramos Bocciolesi, Melacarne e López Gomez (2017, p. 177) quando afirmam que "segundo o atual sistema econômico e produtivo se necessita cotidianamente, a nível europeu, de perfis cada dia mais especializados". Parece-nos que o profissional, como num interminável estágio, nunca se efetiva, não tem segurança, segundo Gaulejac (2014) a cada período de seu desenvolvimento o indivíduo precisa prestar contas, demonstrar uma contabilidade existencial para garantir sua empregabilidade. Seria viável supor que tanto empenho, direcionado para se manter em seu posto, sugam do indivíduo suas energias e o exaurem de tal modo que relacionamentos ficam em segundo plano e atos solidários não são lembrados.

Nussbaum (2015, p.7) nos dá um alerta quando afirma: "Parece que estamos nos esquecendo da alma, do que significa para a mente abrir a alma e ligar a pessoa com o mundo de modo rico, sutil e complexo". Em nosso cotidiano vivenciamos situações nas quais a riqueza não é da alma e a sutileza não é do afeto. Na nova ordem mundial, na era do conhecimento, vivemos com fins lucrativos, somos business. Para Gaulejac (2014), emergimos como o manager, e nesse conceito a pessoa ideal é aquela que empreende. Certamente é correto querer crescer e realizar-se profissionalmente, preocupar-se e ocupar-se do bem-estar próprio e da família, mas um bem-estar apenas material e financeiro leva a um reducionismo onde impera o ter, e o fazer. Nos encontramos então com o que afirma Gaulejac (2014, p. 191):

> A gestão de si mesmo torna-se um imperativo que se exprime pela inflação galopante de obras que lhe são consagradas: melhor pilotar sua vida, tornar-se a si mesmo, ganhar em eficácia, emergência de técnicas de gestão da subjetividade que mobilizam o indivíduo, do lado da autonomia, da autoestima, do reforço narcísico, da reflexividade, canalizando totalmente os investimentos psíquicos para objetivos de rentabilidade e de desempenho.

Para Fossatti (2013), a ciência e a técnica estão em galopante progresso e entendemos que não há perspectiva de freá-los. Para este autor, a velocidade da informação ocasiona um acúmulo de dados que entram em descompasso com o desenvolvimento da pessoa, seus hábitos e valores, comprometendo a construção de uma vida com sentido. Com todo este avanço, que culmina com a globalização "onde se mundializaram as tecnologias de informação e comunicação, os saberes e as grandes ou pequenas descobertas, ainda não se deram passos na universalização da solidariedade" (FOSSATTI, 2013, p. 105).

No devir da pessoa ela passa pelo mundo do trabalho, buscando a subsistência, com questões urgentes a atender para sobreviver, terá ela sufocado seus demais anseios, parece ter esquecido do seu eu. Neste sentido, encontramos em Gaulejac (2014, p.193) que "na ideologia da realização de si mesmo, o humano tem um potencial que se tem de desenvolver para colocá-lo em sinergia com os objetivos de rentabilidade da empresa". Para este autor, nas engrenagens das organizações a realização do indivíduo estará em congruência quando alcançar a eficácia dos grupos e da produtividade.

O caminhar do ser humano, ao mesmo tempo em que deveria encontrar sentido para a vida enquanto se realiza profissionalmente denotam distanciar-se na sociedade atual em que "os laços sociais, os vínculos familiares, religiosos, associativos ou cooperativos parecem esfacelar-se, recai maciçamente sobre a pessoa a responsabilidade por seu existir no mundo" (FOSSATTI, 2013, p.105). Nesta reflexão iniciamos a falar da gestão, e, no evoluir da mesma, relacionamos vida profissional e sentido de vida. Concluimos o que é evidente: o ser humano é um todo, suas vivências não se dissociam, logo, os modelos de gestão das instituições são assimilados culturalmente em maior ou menor intensidade, alcançam e influenciam a todos os segmentos da vida do indivíduo, perpassando inclusive a educação

Este breve contraponto, procurando confrontar conceitos pragmáticos e utilitaristas com conceitos humanísticos, nos permite acreditar que precisamos manter os primeiros e preservar os segundos. Para Garcia (2017, p. 172) "há uma crença generalizada na possibilidade de estabelecimento da gestão democrática da educação e da escola dentro da ordem do capital". Deste modo, lembramos a relação que podemos e precisamos estabelecer com a educação, onde inclusive, poderemos resgatar saídas para encontrar o equilíbrio entre o que até aqui delineamos. Nesta direção, encontramos o elo, que pode amalgamar pragmatismo e humanismo, conforme Abdian, Hojas e Oliveira (2012, p.409):

> O último elemento, o produto da educação escolar, ou seja, "o aluno educado", dificilmente pode ser mensurado como se faz na empresa, mediante o lucro das vendas. Ao contrário, o que o aluno leva para sua vida e a forma como esses conhecimentos incidem sobre sua realidade não se pode mensurado.

Tudo o que diz respeito à produção empresarial é quantificável, com normatizações que buscam também qualidade, contudo o foco principal é o resultado, é o produto. Não pode ser assim na educação, seres humanos não devem ser vistos como um número de matrícula; atrás de um crachá existe uma pessoa que necessita ser tocada em sua singularidade (FOSSATTI, 2013). Entretanto, os educandos, razão de ser das instituições educacionais, bem como os demais atores das mesmas estão sob uma égide administrativa. Neste sentido, as instituições necessitam desenvolver conceitos administrativos em sua gestão. A este

respeito escrevem Godoy e Machado (2011, p.87), os quais mencionam sobre "os benefícios que isso pode trazer para os gestores educacionais e principalmente na sua enorme contribuição no processo decisório". Através do recorte gestão educacional, buscamos na educação respaldo para as questões sobre as quais vamos discorrendo. Podemos compreender assim que a gestão da escola não está dada, pronta e acabada, ou ainda que somente faz novas negociações com as políticas vindas de outras esferas, mas que ela constrói a sua própria política de gestão, (ABDIAN, ANDRADE, PARRO, 2017, p.738). Aos gestores faz-se necessário, segundo Barbora, Arruda e Melo (2017, p. 299), "repensar suas ações em sala de aula e em sua postura profissional, de modo a compreender os processos envolvidos nas inovações de gestão pedagógica, administrativa, financeira e curricular".

Entendemos que instituições educacionais deverão nortear suas práticas bem amparadas por gestões que implantem conceitos técnicos e conceitos de humanização de tal maneira que isto seja marcado "por uma forte tendência à adoção de práticas interativas, participativas e democráticas, caracterizadas por movimentos dinâmicos e globais" (LÜCK, 2013, p.30). Tais práticas tendem a contribuir para a humanização de todos os atos que ocorrem na esfera institucional. Concordamos com Tardif (2010) o qual afirma que "assim como não existe trabalho sem técnica, também não existe processo de ensino-aprendizagem sem pedagogia". Desta maneira, o caráter dinâmico dos atos educativos remete a uma prática reflexiva que viabiliza fazer educação de qualidade, porém humanizada, deste modo chegaremos mais perto de um adequado conceito de liderança definido por Libâneo (2004, p. 89), quando diz que "Liderança é a capacidade de influenciar, motivar, integrar e organizar pessoas e grupos a trabalharem para a consecução de objetivos". Barros, Santos e Santos (2016) concordam com esta definição de liderança e remetem à importância das relações interpessoais para o desenvolvimento de uma gestão democrática, segundo estes autores, o manejo na habilidade destas relações, deveria ser contemplado na formação de professores, considerando que estes serão os possíveis gestores escolares.

Para Barbora, Arruda e Melo (2017, p. 290) o gestor educacional atua desenvolvendo "a síntese de um saber pedagógico integrado a um saber administrativo, que forma a base real de funcionamento da escola e abre espaço possível para o apoio à transformação da prática cotidiana da escola". Nesta direção, as ponderações sobre aspectos humanistas da gestão educacional até aqui apresentados sinalizam para a possibilidade de ver se tornar mais célere o cumprimento da meta 19 do Plano Nacional de Educação com a "participação de pais, estudantes, funcionários, professores, bem como da comunidade local, na discussão, elaboração e implementação de planos de educação, de planos e projetos político-pedagógicos das unidades educacionais" (BRASIL, 2014). O alinhamento da gestão ao disposto nesta meta poderá contribuir para atender as muitas atribuições ao gestor contemporâneo, pois de acordo com Souza e Ribeiro (2017, p. 120), este deverá:

> ajustar seu perfil ao compactualismo estatutário, aos regimentos hierárquicos, às deflagrações de defesa do interesse do Estado, aos preceitos dos direitos humanos, ao institucionalismo burocrático, mas também ao dinamismo, a capacidade de agregação dos grupos conflitantes, o igualitarismo e impessoalidade nos atendimentos ao público e decisões. Uma capacidade no trato ao recebimento e aceitação do novo, das transformações e mutações tão comuns nos assuntos e processos de ensino na atualidade.

3.2 NA BUSCA DE COMPETÊNCIAS DE HUMANIZAÇÃO PARA A GESTÃO EDUCACIONAL

Para discorrermos sobre competências de humanização na gestão educativa partimos do pressuposto que "Necessitamos melhorar a ação educativa e o atuar pedagógico para entender e melhorar a condição da própria humanidade" (BOCCIOLESI, MELACARNE E GOMÉZ LÓPEZ, 2017, p. 175). Consideramos que no fazer educacional todos os envolvidos são imprescindíveis para o sucesso do processo educativo, porém, nesta abordagem direcionamos nosso foco para o papel do gestor.

Gestão participativa onde todos os envolvidos no processo educativo participam é gestão horizontalizada, neste caso conforme escrevem Pareschi, Pareschi e Martini, (2017, p.7), nas instituições educacionais, as "ações são planejadas, desenvolvidas e avaliadas pelos órgãos colegiados, formados com o incentivo e a mediação do diretor para auxiliá-lo na gestão, nas decisões administrativas, financeiras e

político-pedagógica". Fernandes (2016) menciona que um gestor terá mais condições de fazer a mediação entre as questões administrativas e pedagógicas que se apresentarem se for detentor de algumas competências como autonomia, articulação, flexibilidade, respeito à diversidade, diálogo e dinamismo. No perfil da pessoa do gestor educacional as competências de humanização poderão encontrar-se amalgamadas e haverá circunstâncias que uma ou outra poderá estar em evidência na performance do gestor. A seguir delinearemos um pouco mais algumas destas competências no intuito de reforçar a necessidade de encontrá-las na gestão educacional.

No observar do cotidiano nas instituições e pela expectativa da sociedade e dos educadores em geral, entende-se que a gestão, segundo Abdian, Hojas e Oliveira (2012, p.408) "é mediação para o alcance de objetivos estritamente educacionais, de difícil mensuração, que requerem transparente e lento trabalho coletivo de construção e vivência de cidadania" e para que ocorra a construção de tal cidadania as instituições, segundo Aguiar (2017, p. 59), devem garantir o "pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, num ambiente educativo que prime pela qualidade e pela ética". Esta abertura ao pluralismo de concepções pedagógicas e de ideias caracteriza nossa sociedade atual e remete à flexibilidade que se faz necessária aos gestores educacionais.

Na era do conhecimento em que a vida social acontece e avança continuamente, conhecimentos se acumulam e muitos se tornam obsoletos. Modelos de gestão e formas de gerir pessoas também se tornam ultrapassadas e carecem se atualizar. De acordo com Müller e Fossatti (2015) tende ao sucesso uma gestão que possibilite o envolvimento de todos os atores sociais na construção do projeto educativo. Sobre isto concordam Mocarzel e Najjar (p. 1835, 2017) ao escreverem que "a qualidade deve ser a busca incessante de novas e melhores maneiras de educar: seja melhorando a estrutura física da escola, seja transformando o modelo de gestão, seja qualificando os professores, seja reestruturando a sistemática de ensino", uma vez que a qualidade da educação está a serviço da sociedade.

Em uma instituição educacional existe planejamento com objetivos definidos e previsão dos meios para atingi-los, contudo no dia a dia das instituições, tudo ocorre ao mesmo tempo – é a dinamicidade do fazer educativo - e constata-se em muitos momentos o quão importante é ter instaurada na instituição a gestão participativa, com um gestor que esteja bem articulado com sua equipe de trabalho, encontramos em Lück (2013, p.41) que "a gestão democrática ocorre na medida em que as práticas escolares sejam orientadas por filosofia, valores, princípios e ideias consistentes, presentes na mente e no coração das pessoas, determinando seu modo de ser e fazer".

Constata-se, ainda, que em uma gestão participativa e humanizada, as práticas escolares sejam orientadas por princípios e ideias consistentes, presentes na mente e no coração das pessoas, determinando seu modo de ser e fazer. Que as práticas sejam interativas, participativas e democráticas, caracterizadas por movimentos dinâmicos e globais. Que as ações sejam planejadas, desenvolvidas e avaliadas pelos integrantes do grupo com incentivo e a mediação de líder dotado de competências de humanização.

O gestor educacional tem demandas a atender, as previstas no planejamento e outras que surgem de forma inesperada, inerentes no contexto de gerir pessoas. Sabendo-se que o gestor não é dotado de onipotência, é razoável supor que faça sua gestão de pessoas com pessoas, tendo ao seu lado pessoas certas, co-líderes preparados para compartilhar tão grandes atribuições da gestão. Sobre isto encontramos em Libâneo (2004, p.89) que se faz necessário estar articulado com a equipe "no compartilhamento de intenções, valores, práticas, de modo que os interesses do grupo sejam canalizados para esses objetivos, e que várias pessoas possam assumir a liderança e desenvolver essas qualidades".

Gestões democráticas e participativas não se constroem instantaneamente, é tarefa árdua, especialmente para o gestor, que precisa munir-se de muita paciência para conciliar tantas diferenças e interesses que podem existir no seu grupo de liderados, mas vencer resistências e inovar caracteriza o momento educacional que vivemos, conforme Marcelo (2013, p.44):

> As mudanças e as inovações devem ter uma continuidade no tempo, e assim promovem e cuidam sua própria história, integrando os novos membros e modificando continuamente a inovação para que siga viva. E aqui a figura do líder tem um papel crucial.

O autor supracitado coloca grande responsabilidade sobre o gestor, não obstante as suas muitas atribuições. Entendemos, conforme Mocarzel e Najjar (2017) que necessitamos mais que aparar arestas, procurando mudar formas de poder e organização da sociedade. Requer-se do gestor educacional que tenha extraordinárias capacidades se ficar refém de uma gestão tradicional, mas ao atentar para o que escreve Libâneo (2004, p.90), temos um alento, pois "o melhor meio de promover a gestão participativa consiste em implantar a prática da participação em um clima de confiança, transparência e respeito às pessoas". Para Carvalho (2014), esta gestão participativa e descentralizada vai se efetivando à medida que ocorre participação e autonomia da escola, onde os atores sociais envolvidos atuarão mostrando que podem contribuir com sua participação determinante no processo.

O perfil do gestor educacional com competências de humanização se relaciona com a construção da gestão participativa embasada em competências como "autonomia, democratização, descentralização, qualidade e propriamente a participação, conceitos esses que devem ser debatidos coletivamente para aprofundar a compreensão e gerar maior legitimidade e concretude no cotidiano" (BRASIL, 2014). De acordo com Barbora, Arruda e Mello (2017, p. 290) "a possibilidade de uma prática pedagógica inovadora emerge como um dado da realidade em que se constrói um saber, colocando-o diante das ações e das situações postuladas como necessárias". Para os autores isto irá desencadear o desenvolvimento de "um contexto marcado por profundas mudanças na vida da instituição escolar, indo em direção ao enfrentamento crítico ante os desafios do trabalho pedagógico escolar" (p. 290).

Ganga-Contreras e Navarrete-Andrade (2014, p. 457), escrevem que "a um líder é adequado idoneidade e suficiência para codificar e decodificar a missão e visão institucional em atuações concretas, precisas e não fragmentadas". Desta maneira poderá enfrentar desafios e com o papel destacado para implementar a escola autônoma e democrática, que conforme Fischer e Guimarães (2016, p.1823) "exige maior envolvimento, maior participação, maior responsabilização dos atores, que passam a coproduzir com a escola em busca de alternativas que possibilitam melhor qualidade no ensino". Em nosso entendimento, a percepção deste autor define uma gestão articulada, contudo com autonomia.

Sobre o gestor com estas competências de humanização, temos uma diretriz em Libâneo (2004, p.91), o qual escreve que é "imprescindível que todos desenvolvam competência para realizar diagnósticos, definir problemas, formular objetivos, gerar soluções e estabelecer atividades necessárias para alcançar os objetivos". Parece-nos claro que o gestor da atualidade lidera com pessoas e busca desenvolver competências que não constam apenas em sua formação acadêmica. Consoante escrevem Ganga-Contreras e Navarrete-Andrade (2014, p. 457), deverá apresentar "habilidades comunicacionais (capacidade de oratória), comportamentos equilibrados (emocionalmente estáveis), inspiradores de respeito e confiança, equilibrados, prudentes, vigorosos (fortes e com atitude positiva) e altamente motivadores.

Nussbaum (2015, p.7) afirma que "essas competências estão ligadas às humanidades e às artes: a capacidade de pensar criticamente; a capacidade de transcender os compromissos locais e abordar a questões mundiais como um "cidadão do mundo". Ao procurarmos ter esse entendimento e alargarmos nossa visão de gestão educacional, tanto com os peculiares atributos técnicos como com aspectos de humanidades na gestão, não é apenas necessário, é proveitoso. Segundo Mauricci (2014, p.115) isto poderá ser feito, pois "ensinar para a alteridade, a solidariedade e altruísmo são valores buscados e pretendidos pelas instituições de educação de modo especial as que se fundamentam em ideais de humanismo".

Ao longo de nossa abordagem apresentamos breves visões de gestão participativa com aspectos de humanização. Entretanto, para além de acreditarmos nas necessidades de humanizar a gestão pelo valor intrínseco das competências de humanização, parece-nos que a sociedade pede uma gestão que ultrapasse modelos meramente burocráticos. Em consonância com esta visão se encontra Pérez-Ruiz (2014, p.367) ao afirmar que "a gestão tem se convertido em um assunto de interesse particular por quanto, por uma parte, concentra os ideais de funcionamento organizacional que devem seguir os centros educativos enfrentando as exigências de uma sociedade altamente cambiante e diversificada". Este mesmo autor sugere o quanto a adequada gestão poderá corroborar favoravelmente à educação, pois "reflete a variedade de interesses em sua efetiva concretização, expectativas, motivações e posicionamentos que os distintos agentes desenvolvem em suas relações mútuas sobre a base de determinados propósitos educativos" (p. 367).

À guisa de conclusão, procuramos definir então, pelos achados da literatura, que uma gestão participativa consiste em implantar a prática da participação em um clima de confiança, transparência e respeito às pessoas. Portanto, as competências que se buscam construir no gestor apontam para a capacidade de realizar diagnósticos, definir problemas, formular objetivos, gerar soluções e estabelecer atividades necessárias para alcançar os objetivos, com autonomia, articulação, flexibilidade, respeito à diversidade, diálogo e dinamismo. Isto se dá através de um trabalho coletivo, que possibilite o envolvimento de todos os atores sociais na construção do projeto educativo. Desta maneira o gestor educacional em ação numa gestão humanizada terá capacidade de influenciar, motivar, integrar e organizar pessoas e grupos a trabalharem para a consecução de objetivos. Tal gestão ocorrerá com o compartilhamento de intenções, valores, práticas, de modo que os interesses do grupo sejam canalizados para esses objetivos, e que várias pessoas possam estar preparadas para assumir a liderança e desenvolver essas qualidades.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto realiza uma sucinta reflexão buscando identificar competências necessárias a gestão educacional da contemporaneidade. Identificamos algumas competências de humanização tais como: autonomia, articulação, flexibilidade, respeito à diversidade, diálogo, dinamismo e ética, entre tantas outras. Tais competências são referenciadas por vários autores da literatura visitada. Posto isto, cremos que requerem ser buscadas com zelo para delinear a gestão da atualidade. Os achados na literatura apontam para superação de tensões e resposta aos desafios, a busca por alternativas e transformações com novas e melhores maneiras de educar a partir da aceitação do novo, abrindo espaço para o apoio à transformação e inovações em todas as nuances da gestão.

Nossa abordagem é de pouca abrangência, necessitando um aprofundamento maior para delinearmos melhor a gestão com tais competências. Para que tal perfil seja elaborado com mais precisão e consistência, sugere-se uma busca mais detalhada na literatura pertinente ao assunto. Sugere-se ainda, através de pesquisa na literatura, ou mesmo pesquisa empírica, um maior aprofundamento para delinear as competências do gestor educativo e as competências da gestão educacional, uma vez que estas se entrelaçam, mas podem ser abordadas separadamente em maior profundidade e distinção. Sugere-se, também, como uma interessante possibilidade de estudos, identificar como as dimensões de competências de humanização contribuem para os resultados dos serviços prestados pelas instituições.

A busca por competências de humanização nas instituições educacionais ao se efetivarem gera um clima harmônico na comunidade educativa. Considerando que as instituições são as células, as unidades do todo da educação, tais circunstâncias poderão desencadear um efeito positivo que se estende das comunidades para a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABDIAN, Graziela Zambão; HOJAS, Viviani Fernanda; OLIVEIRA, Maria Eliza Nogueira. Formação, função e formas de provimento do cargo do gestor escolar: as diretrizes da política educacional e o desenvolvimento teórico da administração escolar. **ETD – Educação Temática Digital.** Campinas, v.14, n.1, p. 399-419, jan.-jun. 2012.

ABDIAN, Graziela Zambão; ANDRADE, Éderson; PARROL. Sentidos de política e/de gestão nas pesquisas sobre a escola. **Educ. Pesquisa**, São Paulo, v. 43, n. 3, p. 727-742, jul./set., 2017.

AGUIAR, Márcia Angela da S. Políticas de currículo e formação dos profissionais da educação básica no Brasil: desafios para a gestão educacional. E**spaço do currículo**, v.10, n.1, p. 49-61, jan.- abr/2017.

BARBORA, José Márcio Silva; ARRUDA, Eucidio Pimenta; MELLO, Rita Marcia Andrade Vaz de. Universidade e Escola de Educação Básica: um recorte com base na formação continuada de gestores escolares. **Textura,** v. 19 n. 41, set./dez. 2017 p. 282-301.

BARROS, Lívia de Melo; SANTOS, Bettina Steren dos; SANTOS, Hugo José Xavier. O desafio da formação

do docente enquanto gestor educacional Areté. **Revista Digital del Doctorado en Educación de la Universidad Central de Venezuela.** Julio – Diciembre, 2016. 2 (4), p. 25 – 40.

BOCCIOLESI, Enrico; MELACARNE, Claudio; LÓPEZ GÓMEZ, Ernesto. Formación permanente desde la perspectiva reflexiva: un estudio desde Italia y España. *In:* **Educación y Universidad ante el Horizonte 2020.** VALENZUELA, Blanca Aurelia et al. (Coord.), v. 2, México: Universidad de Sonora, p. 173-182, 2017.

BRASIL; MEC/SASE. Planejando a próxima década: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. (MEC/SASE, 2014). Disponível em: www.pne.mec.gov.br. Acesso em 27 ago. 2017.

CARVALHO, Elma Júlia Gonçalves. Reformas na administração educacional: Uma análise comparada entre Brasil e Portugal. **Revista Portuguesa de Educação**, 2014, 27(1), pp. 29-54, 2014, CIEd - Universidade do Minho.

CARVALHO, Maria João. O perfil do gestor da escola pública portuguesa. **Espaço do currículo**, v.10, n.1, p. 82-91, jan.-abr./ 2017.

CHANLAT, Jean-François. **Gestão empresarial:** uma perspectiva antropológica. São Paulo: Yangraf Gráfica e Editora, 2010.

FARIAS, Waleska. **O líder integral: porque o bom ser humano precede o bom líder.** São Paulo: Integrare, 2014.

FERNANDES, Maria Helena Lino. **A formação do gestor educacional:** limites e possibilidades após as diretrizes curriculares nacionais de 2006 – 2016. Ouro Preto, 2016. 169 p. Dissertação (Mestrado em Educação). Instituto de Ciências Humanas e Sociais Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Ouro Preto.

FISCHER, Sulivan Desidée; GUIMARÃES, Maria do Carmo Lessa. Gestão autônoma e democrática: um estudo nas escolas públicas municipais do estado de Santa Catarina. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, v. 11, n. 4, p. 1814-1834, 2016.

FLICK, Uwe. **Introdução à Pesquisa Qualitativa.** Porto Alegre: Artmed, 3. ed., 2009.

FOSSATTI, Paulo. **Perfil docente e produção de sentido.** Canoas: UnilaSalle, 2013.

GANGA CONTRERAS, Francisco; NAVARRETE ANDRADE, Erwin. Aportaciones teóricas significativas sobre el liderazgo carismático y transformacional. **Revista Venezolana de Gerencia.** Año 19, n. 67, p. 456 – 476, 2014.

GARCIA, Adir Valdemar. Gestão democrática da educação e da escola Reflexões sobre os encontros anuais da Anped. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 11, n. 20, p. 161-176, jan./jun. 2017.

GAULEJAC, Vincent. **Gestão como doença social:** ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

GODOY, Valdir Alves de; MACHADO, Marcos. Planejamento estratégico na gestão educacional: uma ferramenta importante no processo decisório da instituição de superior. **Revista científica Intr@ciência,** ano 3, n. 3, p.32-85, 2011.

LIBÂNEO, José Carlos. **Organização e gestão da escola:** teoria e prática. 5ª ed. Alternativa, Goiânia, 2004.

LÜCK, Heloisa. **Concepções e processos democráticos de gestão educacional.** Petrópolis: Vozes, 9. ed. 2013.

MARCELO, Carlos. Las tecnologías para la innovación y la práctica docente. Universidad de Sevilla. **Revista Brasileira de Educação,** Rio de Janeiro, v. 18, n. 52, p. 25-47, jan.-mar. 2013.

MARIUCCI, Sérgio Eduardo. **A formação dos gestores e a qualidade da educação nas escolas da arquidiocese de Porto Alegre 2014.** Porto Alegre, 2014. 246p. Tese (Doutorado em Educação). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MÜLLER, Alcione; FOSSATTI. Paulo. Educação Básica: contribuição universitária nas boas práticas de gestão escolar. **Dialogia**, São Paulo, n. 22, p. 145-158, jul.-dez, 2015.

MOCARZEL, Marcelo Siqueira Maia Vinagre; NAJJAR, Jorge Nassim Vieira. O que falam os discursos de gestores escolares sobre a qualidade educacional. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, v.12, n.3, p.

1820 – 1838, jul-set/2017.

MYNAIO, Maria Cecilia de Souza. Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias. **Revista Pesquisa Qualitativa.** São Paulo, v.5, n.7, p. 01-12, abril 2017.

NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: porque a democracia precisa das humanidades. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PARESCHI, Claudinei Zagui, PARESCHI, Adriana Zagui; MARTINI, Claudinei José. Gestão democrática: Possibilidades e desafios. **Revista Gestão Universitária.** v. 7, p. 1-7, 2017.

PÉREZ-RUIZ, Abel. Enfoques de la gestión escolar: una aproximación desde el contexto latino-americano. **Educ. Educ.** v.17, n.2, p. 357 – 369, May-Ago/2014, Universidad de La Sabana, Facultad de Educación.

SHIROMA, Eneida Oto. A formação do professor-gestor nas políticas de profissionalização. **Revista e-curriculum**, São Paulo, v.7, n.2, ago. 2011.

SILVA, Guilherme Rego; SÁ, Virgínio Isidro Martins. O diretor em Portugal: formação e perfil profissional. **Espaço do Currículo,** v.10, n.1, p. 62 -81, jan. - abr. 2017.

SOUZA, Lânia Daniela Marta; RIBEIRO, Marcelo Silva de Souza. O perfil do gestor escolar contemporâneo: das permanências as incorporações para exercício da função. **Espaço do currículo**, v.10, n.1, p. 106-122, jan.- abr./2017.

TARDIF, Maurice. **Saberes Docentes e Formação Profissional.** 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

TORRES, Leonor L.; LIMA, Licínio C. Formação e investigação em administração educacional em Portugal. **Espaço do currículo**, v.10, n.1, p. 29-48, jan.- abr./2017.

CONFORTO E CONTROLE: A NARRATIVA DA DEFESA CIVIL COMO SEGURANÇA TRANSCENDENTE NAS CATÁSTROFES

Maiqui Cardoso Ferreira[1]

Marize Schons[2]

RESUMO: O presente artigo visa discutir, partindo do universo simbólico da bandeira da Defesa Civil Brasileira, os mecanismos normativos de controle sobre os fatos futuros indeterminados e como o Estado produz certezas recortando a realidade em uma narrativa oficial estruturante da sociedade. Utilizando como aporte teórico a burocracia em Weber e a teoria social proposta por Bourdieu, a produção da segurança jurídica como bem simbólico estatal é confrontada com a possibilidade de uma Ação Pública, incluindo os atores sociais em suas particularidades, ultrapassando a tipologia condicionante da burocracia estatal.

Palavras-chave: Controle. Burocracia. Desastres Ambientais. Defesa Civil. Incerteza.

1 INTRODUÇÃO

O símbolo da Defesa Civil nacional é baseado em uma simbologia internacional, um triangulo azul em um fundo amarelo, com a diferença que, no caso nacional, este triângulo é protegido por duas mãos. Segundo o manual de gestão de riscos do Ministério da Integração, o triangulo azul representa a cooperação de todos, tendo como base a segurança e a estabilidade, e nos vértices a prevenção e a ação, sendo as duas mãos o ''cuidado e o amparo com a população em geral".

Três informações importantes são extraídas deste texto: primeiro, que a cooperação de todos é o ''corpo" da gestão da defesa civil; segundo que a base da gestão de riscos é a segurança e a estabilidade; terceiro, e igualmente importante, que a prevenção e a ação partem desta base e englobam o todo. Porém, todas estas informações, estão, de fato, ligadas a conveniente modificação do símbolo no cenário nacional: a proteção conferida pelas mãos.

Este artigo focará na primeira premissa desta simbologia, a ''cooperação de todos", partindo da hipótese que as outras duas informações são consequências deste processo: a cooperação dos agentes define os critérios básicos de segurança e estabilidade, visando criar políticas e ações de prevenção e ação, partindo das noções de Campo e Oficialidade em Bourdieu. Estes pontos servem de partida para compreender este universo simbólico como um pressuposto paternalista de controle, partindo do Estado para a População, moldando os conceitos e tecendo tipologias sociais que determinam a ação pública como uma ação totalizante, da base para o topo, promovendo a interação entre os atores e não apenas uma narrativa condicionante e estruturante da sociedade.

2 DEFESA CIVIL, DESASTRES E INCERTEZAS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL SOBRE O TEMA.

Podemos fazer referência a um desastre proferindo palavras como *catástrofe, tragédia* ou *calamidade*. No plano conceitual e na literatura especializada, o desastre pode assumir conceitos como *evento extremo, evento adverso* ou *evento crítico*[3]. É comum que o conceito de desastre esteja intimamente relacionado aos

[1] Mestrando em Direito pela Unilasalle.

[2] Doutoranda em sociologia pela UFRGS.

[3] De acordo com o manual de termos técnicos da United Nations Office for Disaster Reduction, Desastre é "A serious disruption of the functioning of a community or a society at any scale due to hazardous events interacting with conditions of exposure, vulnerability and capacity, leading to one or more of the following: human, material, economic and environmental losses and impacts" (Uma séria ruptura da funcionalidade de uma comunidade ou sociedade, em qualquer escala, devido a eventos danosos

conceitos de *risco, incerteza, perigo* e *caos*.

Desastres consistem em processos de desordem, ruptura e desestruturação, com ou sem acidentes. É possível medi-lo pelo número de perdas humanas, perdas econômicas e/ou materiais. Os parâmetros para definição de um desastre variam conforme a metodologia adotada, podendo envolver i) o número de mortes, ii) o número de atingidos, iii) as perdas econômicas provocadas, dentre outros (LOPEZ-IBOR, 2005).

Um desastre pode ter origem tecnológica, natural, social ou híbrida; pode ser, por exemplo, climático, geológico ou hidrológico - um vulcão, uma inundação, um ciclone ou um alagamento. Os eventos podem estar alternados com um terremoto seguido por um tsunami e um acidente nuclear[4] ou, ainda, um grande incêndio[5]. Indo mais longe, um desastre pode ser uma crise econômica, as consequências de uma guerra, epidemias ou uma onda de pânico causada por uma suposta invasão alienígena do planeta.

A obra *The War of the Worlds* de E.G Wells produzida em 1887 causou em 1938 grande pânico e desintegração ao transmitir no radio uma dramatização da obra de ficção. Milhares de cidadãos de Nova York saíram de suas casas em pânico em busca de alguma evidência da "batalha" que ocorria. Porém, o caso não passava de uma brincadeira. Textos como de Susan Sontag (1996), "The Imagination of Disasters", exploram esse evento para refletir sobre as relações entre imaginário e desastres.

De explicações divinas do mundo antigo a enunciados técnicos e seculares de Kant, Voltaire e Rosseau[6]; de profecias bíblicas a complexos centros de monitoramento via satélite: diacronicamente, o tempo histórico diz muito sobre a forma pela qual os indivíduos atribuem significado aos desastres. Estudos têm abordado as maneiras como a Revolução Científica influenciou as interpretações sobre desastres (DYNES, 2000).

Definir o que é um desastre não é um exercício semântico, mas uma disputa conceitual que não depende só dos técnicos; uma disputa que também pode ser política quando, na Modernidade, instituições passam a disputar o direito de defini-los e interpretá-los (DAHLBERG, RUBIN, VENDELO, 2005). É possível dizer que toda essa constelação de conhecimento e informações produzidas diz mais sobre a sociedade que as produziu do que sobre os desastres em si.

Assim, as pesquisas que tentam relacionar os desastres com as ações de produção de informação tentam dar conta do processo ocorrido nas sociedades complexas em que os atores perdem a chave do ponto de vista do senso comum (GILBERT, 2005) - em outras palavras, quando os atores passam a não mais possuírem a capacidade de definir o desastre pelo percebido ou partindo de maneiras tradicionais de compreensão.

Nesse horizonte teórico, a linguagem e o significado são fundamentais para conceituar o ambiente e o desastre não é mais definido somente como um fenômeno físico/natural/objetivo, mas passa a ser considerado um fenômeno que é, ao mesmo tempo, simbolicamente criado e socialmente interpretado.

A ideia de uma natureza em constante transformação (FLEURY; ALMEIDA; PREMEBIDA, 2014) têm justificado a intervenção do poder público e o estabelecimento de hierarquias, prioridades e compromissos políticos (ALMEIDA; PREMEBIDA, 2014). Por outro lado, o grau de complexidade em definir metodologias para ~~a~~ lidar com esses eventos no meio urbano, tanto no plano científico como no das políticas públicas, demonstram as necessidades de reflexões sobre o assunto. Entre a incerteza dos desastres como situações incertas que afetam o imaginário da população, invocando um temor simbólico sobre eventos incontroláveis e a narrativa técnico-burocrática da Administração Pública como produtora de um bem simbólico específico, a segurança

A formação contratualista do Estado como produtor desta segurança passa pelas construções teóricas propostas por Hobbes, Locke e Montesquieu. É possível extrair a natureza pacificadora do Estado, que se coloca até hoje na ideia do Estado como monopólio da violência, real e legítima: o Estado está autorizado a utilizar a violência legítima (logo justa) pois ele é capaz de pacificar o mundo social. Desastres, neste prisma,

---

interagindo com condições de exposição, vulnerabilidade e capacidade, levando a um ou mais dos seguintes: perdas ou impactos humanos, materiais, econômicas e ambientais – tradução do autor).

[4] Como foi o caso do Desastre de Fukushima no Japão em 2011.

[5] Como o primeiro desastre Moderno em Lisboa, Portugal em 1755.

[6] Esses autores escreveram sobre o primeiro desastre Moderno ocorrido em Portugal em 1755

são incidentes que constantemente desafiam a capacidade operacional do Estado, mas não estão isentos do manto justificativo da violência legítima. De fato, cono bem colocado pelo Artigo 2º, §2 do PNPEDC, " A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco". O Estado deve agir, sempre, visando a segurança, mesmo na incerteza. [7]

3 POPULAÇÃO, RECORTE E CONSTITUIÇÃO DA NARRATIVA OFICIAL

A Lei 12.608/12 representou um novo marco legal para as políticas relacionadas ao tema no país, pois estabeleceu uma orientação dedicada mais à prevenção do que a ações de resposta.

Segundo documentos oficiais do Congresso CONSAD de gestão pública, realizado em Brasília em 2013, as motivações para esses investimentos no monitoramento e prevenção de desastres podem ser atribuídas a eventos de grande magnitude e impacto social ocorridos em anos anteriores, três dos quais merecem menção: i) as enxurradas na região do Vale do Itajaí, em 2008; ii) as enxurradas em Alagoas e Pernambuco, em 2010; e iii) as enxurradas e movimentos de massa na Região serrana do Rio de Janeiro, em 2011.

> "O acréscimo da palavra "Proteção" deriva das percepções coletadas pelos debates no Congresso Nacional de que a natureza das atividades de defesa civil se traduz melhor em proteger a população dos desastres que em defendê-las desses eventos, apesar da consagração do termo "Defesa". (BERTONE e MARINHO, 2013)

O Artigo 4º, Inciso I, da Política Nacional de Prevenção e Defesa Civil, PNPDEC, institui uma "atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas", além de, no Inciso V, atestar que a participação civil é um princípio da Política. Compete aos municípios o incentivo para esta participação, nos termos do Artigo 8, inciso XV.

Legalmente, o Estado elenca como princípio e confere competência aos municípios para incentivar a participação da sociedade civil no processo de construção da PNPDEC. Segundo pesquisa (LONDE, SORIANO, COUTINHO 2015) a desinformação é um dos principais entraves para o bom exercício da PNPDEC, não apenas no âmbito da população, mas sim do próprio Estado, considerando a esfera municipal.

A desinformação relatada pela pesquisa está em consonância com uma das críticas ao processo tecnocrático proposto por Bobbio (2015), um dos desafios da democracia é o alto grau de especialização técnica exigida para arcar com todas as demandas percebidas da esfera pública ao mesmo tempo que tornar acessível para o cidadão a compreensão destes mecanismos. Assim, quando esta informação não é facilmente absorvida pelo público-alvo, e neste caso temos um agravante pois quando o próprio Estado carece da capacidade de compreender a estrutura racional-burocrática que serve de subsídio para a especialização[8], a própria finalidade dos instrumentos pode ser contestada.

O ato de conhecer e produzir informação ocorre a partir de fluxos entre diversos atores e instituições. Não é apenas a ciência que produz informação e a complexidade não se trata apenas de controvérsias científicas e divergências entre técnicos peritos.

A produção dos instrumentos burocráticos do PNPDEC está em dissonância com as expectativas dos próprios executores, descendo a hierarquia até os municípios. As crises recentes que ensejaram decretos

[7] Locke (1994) "Por poder político, então, eu entendo o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de conseqüência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público.", Hobbes (2003) "A causa final, finalidade e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita." E Monstesquieu (2000) "Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros teriam também este poder".

[8] E, neste prisma, convém lembrar que a burocracia, como proposta por Weber, é definida não apenas pelo aparato técnico-burocrático, mas pela especialização, isto é, cada órgão ou repartição detém um poder/competência especializado para um determinado fim.

de calamidade pública, visando obter recursos da União, esbarraram em igual burocracia, como é o caso de diversas cidades no Rio Grande do Sul[9].

O Artigo 5º do PNPDEC orienta, entre outros objetivos, o socorro e a assistência às populações afetadas, em seu inciso II. Assim, concluindo a ideia de uma totalidade no fenômeno da construção dos pressupostos para um enfrentamento dos problemas ambientais, a noção de que o Estado deve não apenas ajudar a sociedade a se proteger destes fenômenos eivados pela incerteza como também deve fornecer ajuda nos momentos de necessidade encontra este entrave, pois a população e os próprios municípios não compreendem a totalidade do sistema protetivo.

Neste prisma, é possível invocar a ideia de Estado em Bourdieu (2012) e a construção da opinião pública por intermédio dos "Comissionados", ou seja, aqueles que são autorizados pelo Estado a produzirem a opinião que será relevante para o Estado ao determinar o Interesse Público. Esta realidade social estruturante e estruturada da sociedade permite explicar esta discrepância entre a formação da lei e a alienação, isto é, estranheza, entre aqueles operadores que buscam o amparo da legislação em tempos de necessidade e o objetivo maior da lei, que é o soco da sociedade civil nestes mesmos momentos.

Esta dinâmica, de produção e ressignificação dos conceitos, tece uma narrativa que, para além das vontades individuais que totalizam a experiência de construção das políticas públicas como manifestações do Interesse Público, corrobora uma "tipologia social"[10], que manifesta, de cima para baixo, uma razão pública que não é, necessariamente condizente com a soma destas vontades participantes da sociedade.

O Estado opera pelo controle e a complexidade dos atores sociais que participam da construção da esfera pública não estatal, encontra uma severa dificuldade na padronização típica do modus operandi burocrático: a racionalização sintetiza os procedimentos, e os atores, em suas subjetividades, necessitam de tratamentos isonômicos em sua equidade.
A narrativa estatal, como a mão que segura a sociedade e os conceitos, precisa disponibilizar um dos seus mais basilares bens simbólicos (BOURDIEU 2012): a segurança, no plano normativo jurídico, isto é, a previsibilidade dos procedimentos (FILHO 2018) e por outro lado a segurança da racionalidade estatal[11], que oferece respostas pelos canais oficiais.

A tensão entre uma realidade que não é controlável, oriunda de um presente que escapa das normas, um passado que já não mais é e um futuro que ainda será, não consegue ser, devidamente, capturada pela "gaiola de ferro" (WEBER 2007) da racionalidade que tenta padronizar o mundo, considerando os diversos atores sociais com desejos e necessidades específicos, em um determinado tempo e espaço, tanto individuais como coletivos, se apresenta como um desafio que rompe a Narrativa do Estado, como produtor da realidade social (BOURDIEU 2012).

O Estado produz recortes sociais e captura sentidos como orientações semântico-normativas, produzindo esta Oficialidade[12] oriunda da necessidade de controle (BOURDIEU 2012). Tal premissa é propriamente oriunda da essência do Estado como monopólio da violência real e simbólica, sendo a tipificação e a padronização das subjetividades uma das faces deste processo. Em suma, o Estado se projeta como a imagem do Estado de Coisas (*Sta of Affairs*), se colocando como a resposta para toda pergunta incerta, um ponto de vista sobre os pontos de vista (BOURDIEU 2012).

---

[9] https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/cidades-do-rs-esbarram-na-burocracia-para-conseguir-ajuda-e-aliviar-problemas-com-a-estiagem.ghtml, acesso em 22/05/2018.

[10] Tipologia Social, neste contexto, é uma aproximação da Tipologia Ideal weberiana, isto é, a construção de arquétipos sociais que visam explicar comportamentos sociais significativos. Tipificar, neste caso, é a base do domínio taxonômico da ação burocrática institucional (WEBER 2016).

[11] Segurança Jurídica, Segurança da Racionalidade Estatal e Segurança como Bem Simbólico, todos estes termos são uma referência ao processo de normatização jurídica das condutas sociais, visando compor um espaço social previsível, exigível e garantido pela capacidade estatal de impor decisões, baseadas na lei. Assim, Segurança Jurídica, como conceito, se coloco como a capacidade do Estado de garantir conceitos e decisões, utilizando a Violência, real e simbólica. Partindo de Radbruch (2011), "Uma vez que não se pode definir o que seja o Direito justo, torna-se necessário estabelecê-lo através de um poder capaz de impor o que foi estabelecido.". O Estado, através da violência real e simbólica, produz segurança pela conformidade.

[12] Isto é, a capacidade de universalizar posições particulares, pessoais ou institucionais, e torna-las posições público-estatais (BOURDIEU 2012).

4 CONTROLE DAS VULNERABILIDADES COMO TOTALIZAÇÃO SOCIAL.

Sendo o Estado estruturante da realidade social, através do meta-capital legitimador (BOURDIEU 2012; 2016), a produção de bens simbólicos [13]

Assim, o Estado, ao controlar a incerteza dos riscos inerentes aos desastres, acaba dizendo qual é a realidade possível de aferir, utilizando a ciência e a burocracia para compreender e normatizar o mundo. As expectativas políticas para atribuir confiança aos procedimentos acabam traduzindo os enunciados hipotéticos como dados cumulativos que controlariam a natureza a partir da gestão dos problemas socioambientais (como é o caso dos desastres). Há um descompasso entre a ciência incerta sobre o clima e as representações de certeza a controle da política.

> Para corresponder a uma cultura do risco, emergiu uma cultura de segurança, numa subjacência específica daquilo que Giddens (1991) considera como o estágio atual de modernidade em que nos encontramos. A sociedade moderna, ao mesmo tempo em que cobra do meio científico novas tecnologias como respostas que mitiguem os problemas socioambientais promovidos pelo seu desenvolvimento, também demonstra uma percepção de que a ciência e a tecnologia possuem os instrumentos necessários para reverter os problemas que eles mesmos geraram (Demajorovic, 2006). [...] Giddens considera principalmente a questão da ordem e da estabilidade da sociedade, cuja alternativa se dá através da mediação dos sistemas especialistas (Lash, 1997). (Valêncio, 2009: 147)

O discurso técnico se confunde com o discurso político, ao definir as categorias burocráticas (ou seja, a tipologia) dos fenômenos sociais, visando lidar com as situações limites, como os desastres e catástrofes.

Se por um lado a democracia é efetivada com a totalização dos direitos (DARENDHORF 1994) por outro lado, a totalização destes direitos encontra uma tensão na contenção das subjetividades, como uma forma de totalização do Outro na narrativa (LEVINAS 1980)[14]. Assim, trazer o Outro, como agente e núcleo de possibilidades, tem a função de não apenas quebrar a lógica transcendental (e normativa) da narrativa legítima do Estado, mas também incluir o outro como sujeito e não objeto das ações estatais.

Esta discussão envolve o enfrentamento das vulnerabilidades não como conjuntos normativos, tipologias sociais que tem como função orientar o agente estatal na produção de certezas burocráticas e científicas, mas sim compreender a vulnerabilidade como uma condição (e não uma qualificação).

Neste prisma, a vulnerabilidade socioambiental é um gênero da vulnerabilidade social[15], que pode ser definido como "(...)um qualitativo onde o social e o geográfico contribuem para que pessoas e lugares, a partir dos seus contextos, constituam diferentes formas de se proteger ou interagir frente a determinados perigos". (OJIMA 2012). Este caráter, de pensar o tempo e o espaço, assim como os atores sociais, ilustra o caráter complexo e (inter)subjetivo da construção das vulnerabilidades que serão controladas pela narrativa burocrática da normatização.

---

[13] O Bem Simbólico deriva da aceitação de uma plenitude de Capitais, isto é, recursos simbólicos tidos como importantes/necessários pelos atores sociais relevantes (BOURDIEU 2015). Neste prisma, o Estado produz segurança jurídica na medida que captura sentidos e protege normatizações sociais, por intermédio do Direito e pela execução da Burocracia. A conformidade com a realidade social capturada e reproduzida pelo Estado é o preço, real e simbólico, que os atores, ativamente ou tacitamente, pagam pela vida social.

[14] Aqui é possível invocar a crítica da Razão, como universalidade totalizante. O pensamento totalizante, em sua abrangência, encontra-se sozinho, pois contém todas as possibilidades (LEVINAS 1987). A Razão Estatal, neste caso, se apresenta como uma narrativa capaz de oferecer todas as respostas pois só reconhece o mundo de possibilidades legítimas. Tudo que está fora da Razão Estatal deixa de ser algo relevante para a Razão Pública.

[15] Assumido a posição referenciada por Monteiro (2011) que coloca a dupla dimensão da Vulnerabilidade Social em seus pressupostos, sendo o "(..) primeiro pressuposto deve ser percebido como risco de ser ferido ou prejudicado frente à mudança ou permanência de situações indesejáveis, como embates adversos de origem externa. O segundo refere-se à capacidade de respostas que os grupos sociais têm às mudanças e aos desafios que o meio natural e social impõe(...)".

5 ENTRE A SEGURANÇA E INCERTEZA: A ESCOLHA DOS INSTRUMENTOS DE AÇÃO PÚBLICA COMO FERRAMENTA EMANCIPATÓRIA.

Lacoumes e Gáles (2012), ao conceitual os instrumentos de ação pública como "o conjunto dos problemas colocados pela escolha e o uso dos instrumentos (técnicas, meios de operar, dispositivos) que permitem materializar e operacionalizar a ação governamental", lança mão para uma dimensão valorativa do agir público no processo de instrumentalização das ações entre o Estado e a Sociedade[16]. Resgatando obras anterior do autor, Lascoumes, é possível trazer esta dimensão social da constituição das significações normativas (LASCOUMES, SERVERIN 1988)[17]. Resgatando o sentido trazido pela PNPDEC, o apoio à comunidade, a participação social e a articulação administrativa entre as esferas é um dos objetivos do Plano, assim como uma abordagem sistêmica. Estes conceitos normativos invocam uma abordagem intersubjetiva, entre os diversos atores, estatais e sociais, na busca pela redução dos riscos e a mitigação dos efeitos danosos dos desastres e catástrofes.

Porém, como salientado alhures neste artigo, problemas burocráticos e informativos impedem uma completa efetividade destas premissas. Até mesmo a falta de preparo, enunciada em uma pesquisa (LONDE, SORIANO, COUTINHO 2015) está diretamente relacionada aos fatores que deterioram a efetividade da PNPDEC. Porém, a ideia de estruturação esbarra em questões mais complexas, que consideram as vulnerabilidades subjetivas de cada ator social, como é possível extrair de uma reportagem com uma resposta oficial, da Folha,

> "As cidades pequenas, principalmente, dependem muito das defesas civis estaduais. Algumas não têm nem corpo técnico para fazer o registro de desastres no sistema federal, o S2ID", afirma o doutor em engenharia e pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas sobre Desastres, Irineu de Brito Junior, da Universidade de São Paulo (Ceped/USP)"

ao passo que a resposta oficial foi

> (...) o Ministério da Integração Nacional disse que as defesas civis estaduais e municipais são "diretamente responsáveis por suas ações, decisões e estruturas". A pasta afirma que investiu R$ 30 milhões nos últimos anos em capacitações, exercícios simulados, mapeamento de área de risco, apoio à produção de planos municipais, envio de kits e na estruturação do Cenad. O ministério não informou quantos municípios brasileiros têm defesa civil atualmente".

Assim, é possível notar que as posições dominantes estruturantes do Estado ao lidar com os outros atores produzem condições que ignoram as vulnerabilidades específicas de cada caso, seja pela falta de informação, seja pela padronização que tece uma narrativa totalizante das políticas públicas, ignorando as disfuncionalidades. Para além da mera escassez de recursos disponíveis para a realização de todas as demandas positivas da Política, a violência simbólica da totalização das subjetividades escapa a mera instrumentalização dos procedimentos: ela normatiza a experiência humana, anulando o Outro e trazendo a dimensão da pessoa para o plano da tipologia social.

Como afirma Valencio (2014)

> "Nos desastres, o sofrimento social dos grupos mais afetados resulta essencialmente das tensões entre as esferas privada e pública da vida social, em que prolifera toda a sorte de violências. E, ao

[16] Adiante no texto, tal passagem fica mais explica pois "Um instrumento de ação pública constitui um dispositivo ao mesmo tempo técnico e social que organiza relações sociais específicas entre o poder público e seus destinatários em função das representações e das significações das quais é portador".

[17] "Les activités de mobilisation du droit ne relèvent pas plus d'um univers totalement surdéterminé que de la seule spontanéité des relations ou de la purê rationalité individuelle. Les dispositions juridiques donment la mesure de ce qui peut avoir sens pur les parties. Les interactions concrétes actualisent um ou plusieurs dens sens possibles dans une situation considérée. Les conditions de la production du sens possible son à éclairer par la connaissance des apports de pouvoir qui font prevaloir telle ou telle logique, déterminant les orientations de sens poour les différents acteurs" (As atividades de mobilização do direito, não são determinadas por um universo totalmente subdeterminado das relações espontâneas ou da racionalidade pura individual. Os dispositivos jurídicos medem a pluralidade das partes. As interações concretas se atualizam pela pluralidade das possibilidades das situações que são consideradas. As condições da produção de significados são possíveis pelo iluminismo Razão Por meio das contribuições acerca do conhecimento a partir da lógica que determinam os diferentes autores – Tradução do Autor).

> aniquilar-se a esfera privada da vida, retira-se a liberdade essencial para a preservação da substantividade do ser"

O Campo como espaço de constante luta entre os atores sociais pela determinação das simbologias dominantes que servirão de parâmetros para uma determinada esfera se apresenta, também, como a luta contra os interesses particulares travestidos como interesses públicos (BOURDIEU 2015)[18]. A escolha dos devidos instrumentos públicos para concretizar a finalidade pública de promover a segurança não apenas da sociedade, mas da pessoa, passa pela eliminação da totalização que anula as subjetividades e a promoção de uma inclusão, tanto real quanto simbólica, dos atores sociais no processo decisório.

6 CONCLUSÃO

A Defesa Civil surgiu como uma resposta para a sociedade aterrorizada com os desastres e catástrofes, sendo absorvida na premissa que legitima o Estado, da segurança (tanto dos atos estatais como da proteção do bem comum). Assim, o Estado, por intermédio da burocracia, tece uma narrativa instrumental para viabilizar a promoção das políticas públicas como serviço e bem simbólico.

Porém, no caso concreto brasileiro, partindo da dimensão simbólica da bandeira da Defesa Civil, é possível perceber que o Estado não demonstra um cuidado com a vulnerabilidade enquanto uma categoria complexa de disposições e subjetividades de um determinado espaço habitado por pessoas, incluindo a impossibilidade de reagir às catástrofes e desastres. Assim, a narrativa totalizante do Estado acaba por ruir, enquanto os atores incapazes de impor resistências aos processos de construção da Razão Estatal se colocam como ferramentas opressivas dos atores que legitimam o jogo mas não conseguem, efetivamente, joga-lo.

A percepção dos instrumentos de ação pública voltados para uma construção intersubjetiva das necessidades e vulnerabilidades dos atores, quer sejam municípios sem capacidade de responder financeiramente e burocraticamente aos procedimentos exigidos pela lei, quer as pessoas diretamente e indiretamente afetadas pelos desastres e catástrofes, é parta da constante luta pela não absorção na narrativa Oficial, que estrutura a sociedade e tenta totalizá-la em um discurso tecnicista de controle, na simbologia da mão estatal que protege, e também segura, os alicerces da Defesa Civil, tentando encobrir, em sua totalidade, os sentidos que deveriam emergir do entendimento e das necessidades complexas tanto dos operadores destes instrumentos, quanto dos afetados., tornando possível uma construção intersubjetiva dos sentidos, respeitando as subjetividades do Outro e trazendo, do universo simbólico para o universo prático, a participação democrática, que totaliza os direitos e permite as diferenças entre os atores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jalcione; PREMEBIDA, Adriano. Histórico, relevância e explorações ontológicas da questão ambiental. Sociologia. Porto Alegre, ano 16, nº 35, jan/abr. 2014, p. 14-33.

BRASIL, Lei 12608/2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências.

BRASIL, Projeto de Lei 1759/2015. Altera a Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Aperfeiçoa a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado. Companhia das Letras. São Paulo, 2012.

[18] Como bem salienta Bourdieu "Uma das dificuldades da luta política atualmente é que os dominantes, tecnocratas ou epistemocratas, de direita ou de esquerda, são partidários da razão e do universal: caminhamos em direção a universos nos quais, cada vez mais, serão necessárias justificativas técnicas, racionais, para dominar, e nos quais os próprios dominados poderão e deverão, cada vez mais, utilizar-se da própria razão para defender-se contra a dominação, já que os dominantes, cada vez mais, invocarão a razão e a ciência para exercer sua dominação" (pg. 156)

_____Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação. Papirus Editora, 11ª Edição, 5ª Reimpressão. São Paulo, 2016.

DAHRENDORF, Ralf in STEENBERG, Bart Van. Citizenship and Beyond. Sage Publications. London, 1994.

DYNES, Russell R., "The Dialogue between Voltaire and Rousseau on the Lisbon Earthquake: The Emergence of a Social Science View," International Journal of Mass Emergencies and Disasters 18, no. 1 (2000).

FLEURY, L.; ALMEIDA, J; PREMEBIDA, A; "O ambiente como uma questão sociológica: conflitors ambientais em perspectiva". Sociologias, Porto Alegre, ano 16, n.35. 2014, p. 34-82, 2014.

FOLHA, Jornal Folha de São Paulo. Edição de 2 de Março de 2018. Disponível em http://temas.folha.uol.com.br/natureza-do-desastre/introducao/politica-de-prevencao-de-desastres-naturais-definha-no-pais.shtml acesso em 21/05/2018.

GILBERT, C. Studying Disasters: Changes in main the conceptual tools. In: What is a Disaster?. Routledge: England, 2005.

HOBBES, Thomas. Leviatã. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2003.

LASCOUMES, Pierre, GALÉS, Patrick Le. A Ação Pública abordada pelos seus instrumentos. Revista Pós Ciências Sociais, Vol. 9, Nº 18, 2012.

LASCOUMES, Pierre, SERVERIN, Evelyne. Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques. Droit et Societé, Nº 9, 1988.

LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Traduação de José Pinto Ribeiro. Edições 70. Lisboa, 1980.

_____Time and the Other. Traduação de Richard A Cohen. Duquesne University Press. Pittsburgh, 1987

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes. Rio de Janeiro, 1994.

LOPES-IBOR, José. What is a Disaster?. In: Disasters and Mental Health. Whiley: Inglaterra, 2005

MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha. O marco teórico da vulnerabilidade social. Revista Sociedade em Debate, Número 17. Pelotas, 2011.

MOSTESQUIEU, O Espírito das Leis. Tradução de Cristina Murachco. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2000.

OJIMA, Ricardo. A Vulnerabilidade Solcioambiental como conceito interdisciplinar: avanços e potencialidades para pensar mudanças ambientais. Revista Cronos, Vol 13 Nº 1, 2012.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. Tradução de Wescelau Roces. Editora Fondo De Cultora Ecónomica. Mexico, 2011.

SONTAG, Susan. The Imagination of Disasters. In: Habakusha Cinema: Hiroshima, Nagasaki and de Nuclear Image in de Japanese Film. Routledge: Nova York, 1996

UNITED NATIONS, Dicionário de Terminologias. Disponível em https://www.unisdr.org/we/inform/terminology acesso em 22/05/2018.

VALÊNCIO, Norma (org). Sociologia dos Desastres. RiMa Editora: São Carlos, 2009

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva. **Desastres: tecnicismo e sofrimento social.** *Ciênc.* saúde coletiva. Vol.l9, Nº 9, 2014

WEBER, Max. Economia e Sociedade, Volume 2. Editora UnB, 4ª Edição, 3ª Reimpressão. Brasília, 2012.

_____. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. Editora Compania das Letras, 6ª Reimpressão. São Paulo, 2007.

_____Metodologia das Ciências Sociais. Tradução de Augustin Wernet. Editora Cortez, Editora Unicamp, 5ª Edição. São Paulo, 2016

O CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA DIANTE DA INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO

Rafael dos Santos Marques
Bacharel em Direito (Centro Universitário Metodista IPA)
E-mail: rafa.s.marques@hotmail.com

Rogério Santos Rammê
Doutor em Direito (PUCRS).
Professor universitário (Centro Universitário Metodista IPA).
E-mail: rogerio.ramme@ipa.metodista.br

Resumo: O artigo analisa as hipóteses autorizativas do corte do fornecimento de água tratada diante do inadimplemento do usuário, na perspectiva da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Considerando a fundamentalidade do direito à vida e a essencialidade do serviço de fornecimento de água tratada, a análise do corte de fornecimento desse serviço essencial, na hipótese de inadimplência do usuário, deve ser apurada diante do caso concreto, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, porquanto, demonstrada a absoluta falta de recursos pelo beneficiário do serviço de fornecimento de água tratada, o seu não fornecimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito fundamental à vida. Trata-se de pesquisa qualitativa, que se utilizou de dados documentais, doutrinários e jurisprudenciais referentes ao tema da pesquisa. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Fornecimento de água. Inadimplemento do usuário. Suspensão de serviço essencial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível o corte do fornecimento de água tratada diante da inadimplência do usuário ou tal prática viola o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais correlatos?

A importância do tema decorre da aparente divergência, a ser efetivamente apurada por meio de análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial, relativo à garantia da água como serviço público essencial, inclusive em atendimento da premissa da dignidade da pessoa humana, viés sob o qual não se poderia interromper o abastecimento de água, em face da possibilidade de interrupção nos casos de não pagamento pelo usuário.

Aborda-se aqui a fundamentalidade do acesso à água tratada para garantia da própria vida e de uma vida digna, direitos que, por sua importância, são tutelados pela Constituição Federal já no seu início, respectivamente nos artigos 5º, *caput*, e 1º, III, sem esquecer-se do viés consumerista que incide sobre a relação concessionária-usuário (Lei nº 8.078/90) e a legislação específica sobre o tema (Leis nº 8.080/90, 8.987/97, 9.433/97, 9.984/2000, 11.445/2007), inclusive no que tange ao abastecimento de água como serviço público essencial (artigo 10, I, da Lei nº 7.783/89), considerando, em oposição, a contribuição pecuniária que de todos é exigida ao funcionamento adequado e permanente do sistema..

2 O ACESSO À ÁGUA TRATADA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 estabelece que as águas podem ser de domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal. As águas de domínio da União são aquelas que se encontram em terras do seu domínio, ou que banham mais de um Estado, servindo de limite com outros países ou unidades da Federação (artigo 20, inciso III, CF/88).

As águas de domínio dos Estados e do Distrito Federal são todas as outras, incluindo as águas de origem subterrânea (artigo 26, incisos I, II, III e IV, CF/88). A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, em seu artigo 5º, inciso III, estabelece como um de seus instrumentos a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. Já a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que instituiu a Agência Nacional de Águas (ANA), em seu artigo 4°, inciso IV, confere competência à ANA para emitir outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União.

Cândido Furtado Maia Neto, pontua: "Somente na última década se percebeu no Brasil a necessidade de proteção na esfera governamental dos recursos hídricos. A água, porém, como bem vital sempre esteve sob tutela na legislação hídrica"[1]. Cabe destacar que o acesso a água tratada no Brasil é regulado pelo Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, regulamentador da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências.

Porém, a água, como recurso hídrico é regulada pela Lei nº 9.433/9,7 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, estabelecendo os fundamentos, os objetivos da gestão, as suas diretrizes e fixou os instrumentos de planejamento econômico e administrativo para que o gerenciamento da água venha a ocorrer no Brasil.

A política nacional de recursos hídricos busca a integração e participação de toda a sociedade e dos entes federativos em suas ações. Portanto, se faz necessário um comprometimento de todos os entes, para que cumpram suas obrigações e deveres estabelecidos nas diretrizes da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, as quais foram pactuadas por diversos seguimentos da sociedade, como usuários da indústria, turismo, agropecuária, abastecimento de água, geração de energia, entre outros. Além dos governos e dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.[2]

Ainda, a esfera do poder executivo o Ministério do Meio Ambiente, entre 2003 e 2005, estabeleceu um planejamento estratégico para a gestão de águas no país, por meio do Plano Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, aprovado por unanimidade pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos em janeiro de 2006, estabelecendo diretrizes e políticas públicas para o uso racional da água no Brasil até 2020. O PNRH foi uma enorme conquista para a população brasileira, inclusive com reconhecimento internacional, tendo em vista que objetivou de maneira participativa orientar a gestão das águas sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social. O PNRH tem como escopo: garantir água de melhor qualidade e em quantidade suficiente para todos; minimizar conflitos pelo uso da água, bem como melhor preparar-se para os eventos críticos, como secas e inundações; e entender a conservação da água como valor socioambiental relevante.

Já o tratamento da água destinada ao abastecimento da população tem o objetivo básico de torná-la própria para o consumo do ponto de vista de potabilidade, ou seja, o tratamento da água tem a finalidade de eliminar as impurezas prejudiciais e nocivas à saúde. O problema também é que grande parte dos mananciais está poluído, o que torna mais complexo o processo de tratamento e, portanto, mais cara a água. Entretanto, existem sistemas públicos de abastecimento que não requerem o tratamento das suas águas. São casos normalmente em que se aproveitam águas de bacias protegidas ou se abastecem com águas de poços profundos. Assim, o processo de tratamento para abastecimento público de água potável tem as seguintes finalidades básicas: higiênicas - eliminação ou redução de bactérias, algas, protozoários e outros microrganismos, substâncias venenosas, mineralização excessiva, teor excessivo de matéria orgânica; estético - remoção ou redução de cor, turbidez, dureza, odor e sabor; e econômico - remoção ou redução de dureza, corrosividade, cor, turbidez, odor, sabor, ferro, manganês etc.[3]

Cabe destacar também, que o acesso a água tratada está disposto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, ratificado pelo Brasil, como um direito humano de acesso a

[1] NETO, Cândido Furtado Maia. **Água:** direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. 2008, p. 35. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892>. Acesso em: 24/10/2017.

[2] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006.

[3] GUIMARÃES, Carvalho e Silva. **Fontes de água para abastecimento**: Saneamento Básico. 2007. Disponível em:http://www.ufrrj.br/institutos/it/deng/leonardo/downloads/APOSTILA/Apostila%20IT%20179/Cap%201.pdf Acesso em: 25/10/2017, pag. 106.

quantidades mínimas de água potável a toda a população.

2.1 ACESSO À AGUA TRATADA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais estão atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor nuclear do sistema constitucional brasileiro e do qual decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, existe um caráter cultural da dignidade humana, atrelada à construção de experiências experimentadas por comunidades e diversas gerações da humanidade. Sarlet discorre sobre um conceito de dimensão dúplice da dignidade da pessoa humana, com uma característica intersubjetiva, definindo-a como:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[4]

A Constituição Brasileira, no seu art. 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático. Dessa forma, afirma o dever do Estado para com o seu povo, no sentido de propiciar condições para que estes alcancem sua dignidade.

O acesso à água tratada como direito fundamental, entretanto, não está expresso literalmente nos dispositivos constitucionais. Ainda assim, a Constituição Federal ao estabelecer as diretrizes dos direitos fundamentais e, em especial, o valor da dignidade da pessoa humana, o engloba, visto que o acesso a água tratada e potável está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao direito à saúde, amplamente protegidos pelos dispositivos constitucionais. Inclusive, nesse sentido, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal deixa claro o caráter exemplificativo do rol dos direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional ao estabelecer um cláusula de abertura a outros direitos que sejam materialmente fundamentais. Como nos ensinam João Hélio Pes e Taís Hermann da Rosa[5], trata-se do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, que permite considerar como direitos fundamentais situações jurídicas não previstas na Constituição Federal, mas que se relacionam com os outros princípios constitucionais, ou tratados e convenções internacionais, da qual o Brasil seja signatário.

A partir dessa linha de raciocínio fundamenta-se o acesso a água tratada como direito fundamental, tendo em vista, não só a garantia a dignidade da pessoa humana, mas, também, o compromisso assumido pelo país diante de tratados e convenções internacionais. Nesse particular, destaca-se que o Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, reconhece o direito ao acesso a água tratada como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e a alimentação, dispondo que é um direito essencial de todo o ser humano o acesso a quantidade suficiente de água limpa para o uso pessoal e doméstico.

Para Cândido Furtado Maia Neto[6] é indispensável a existência de água para a vida, o que justifica a tutela efetiva das águas através dos sistemas jurídicos legais e através da difusão dos instrumentos de Direitos Humanos em relação à proteção da vida e da água, que são bens invioláveis e de interesse indisponível,

---

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pag. 73.

[5] PES, João Hélio; ROSA, Taís Hemann da. **O emprego do princípio da dignidade da pessoa humana pelos tribunais brasileiros.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82cadb0649a3af49. Acesso em: 25/10/2017.

[6] NETO, Cândido Furtado Maia. **Água:** direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. 2008, p. 326. Disponível em: http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892. Acesso em: 24/10/2017.

inalienável, inderrogável e irrenunciável.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o direito ao acesso a água tratada no Brasil é um direito fundamental, levando em consideração ainda o que a doutrina conceitua como "mínimo existencial", ou seja, avaliar, na atualidade social, qual seria o mínimo para se viver com uma vida digna, o que não se confunde com o mínimo para a sobrevivência.

2.2 O ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

A água foi considerada como bem de domínio público na Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. O seu fornecimento é de responsabilidade do Poder Público, tendo em vista seu caráter de essencialidade. A Lei de Greve (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989), por exemplo, estabelece expressamente (art. 10), que o serviço de abastecimento de água é essencial. Nesse sentido, nas palavras de Leonardo Bessa e Gabriela César[7]:

> A essencialidade diz respeito à necessidade do ser humano, garantindo, assim, sua saúde, segurança, bem-estar e a vida com dignidade, elemento fundamental para estabelecer quais serviços devem ser prestados pelo Poder Público. (...) Esse caráter essencial do fornecimento de água traz consigo outras perspectivas, quais sejam: o direito de acesso a esse serviço deve ser garantido a todas as pessoas em igualdade de condições, ou seja, todos devem poder usufruir do serviço adequadamente, sem distinção de qualquer ordem, principalmente a econômica.

Importante reiterar, assim, que o acesso à água é intrínseco à garantia de uma vida saudável e com dignidade; todas as pessoas devem ter o acesso a água tratada em quantidade suficiente para sua subsistência, com custo acessível e fisicamente disponível, para usos pessoais e domésticos, conforme previsto na legislação brasileira.

Especificamente quanto à quantidade necessária, cumpre apontar que dados da Organização Mundial da saúde (OMS)[8], preveem que a quantidade de água, qualitativamente aproveitável, suficiente à vida para usos domésticos é de 50 litros ao dia por pessoa (o que equivale a aproximadamente 18m³ por ano). Em caráter excepcional, no entanto, admite-se, que em países mais pobres a quantia suficiente se reduza a 25 litros de água por dia, por pessoa.

É competência e dever do poder público dar acesso ao abastecimento de água tratada a toda população, como explicitado na lei de saneamento básico. Os fornecimentos de serviços públicos essenciais, como de água, luz e gás, são prestados por empresas privadas através de permissão ou concessão dos entes públicos, conforme disposto na Lei n. 8.987/95. Frisa-se que, tanto os serviços que sejam prestados diretamente pela Administração quanto os que forem fornecidos por setores privados, em especial estes, necessitam observar os princípios previstos no referido diploma legal para o desempenho de suas atividades. Entre os princípios elencados na lei – regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade das tarifas –, cabe destaque para o princípio que trata da continuidade dos serviços. Destaca-se, porém, que a própria lei prevê hipóteses nas quais o serviço pode sofrer solução de continuidade: uma delas é justamente quando o usuário deixa de realizar o pagamento pecuniário pelo serviço. [9]

A partir disso a Lei nº 9.433/97, buscou implementar diversos instrumentos políticos para alcançar uma adequada gestão dos recursos hídricos no Brasil. O enquadramento dos corpos de água em classes tem como escopo assegurar a qualidade das águas para os usos a que forem destinados, diminuindo assim, os custos de combate a poluição, mediante ações preventivas permanentes.

---

[7] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016, p. 245. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acessado em: 05/11/2017.

[8] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006, pag. 17.

[9] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2016, p. 246. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017.

O poder público através do instrumento da outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos autorizou o usuário a utilizar as águas de seu domínio, por tempo determinado e em condições preestabelecidas. Os critérios de outorga são definidos e estabelecidos pelos Conselhos e Comitês de Bacia Hidrográfica, objetivando assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos de água superficial e subterrânea e o efetivo exercício do direito de acesso à água. Ainda, através do mecanismo da cobrança pelo uso da água, fica evidente o reconhecimento da água como bem econômico, dando ao utilizador uma visão de real valor, incentivando a racionalização e uso consciente da água, além de obter recursos para os programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos. Os critérios de cobrança são definidos pelos Conselhos, e os Comitês definem os valores a serem cobrados. [10]

O abastecimento de água tratada não está atrelado, somente, à dignidade da pessoa humana, no âmbito individual, mas também à tutela do Estado no que tange à saúde coletiva, tendo em vista que é dever do Poder Público promover políticas públicas de controle da saúde pública. [11]

Pode-se afirmar que os gastos são menores em se tratando de investimento em saneamento básico do que na resolução dos problemas advindos da precariedade, como falta de água tratada e má higienização. Pesquisas apontam que para cada R$ 1,00 investido em saneamento básico, economiza-se de R$ 4,00 a R$ 5,00 em gastos com saúde pública, afinal a água não tratada é um enorme difusor de doenças, das mais variadas, responsáveis por milhares de mortes todos os anos no país. Levantamentos recentes da Organização Mundial da Saúde (OMS)[12] apontam que mais de um quarto das mortes de crianças com menos de cinco anos são causadas por fatores ambientais como poluição, falta de saneamento e uso de água imprópria para o consumo. Anualmente, 1,7 milhão de meninos e meninas nessa faixa etária morrem porque vivem em locais insalubres. Ainda segundo a OMS, as causas mais comuns de mortes entre crianças de um mês até cinco anos são diarreia, malária e pneumonia. A escassez de recursos hídricos próprios ao consumo humano acarreta na morte de 361 mil meninos e meninas na mesma faixa etária por diarreia por não terem acesso água potável, esgoto e higiene. A OMS estima que a falta de limpeza, saneamento e água limpa em unidades de tratamento está associada à morte de 270 mil crianças que falecem durante o primeiro mês de vida.

Nesse sentido, de acordo com o art. 3º da Lei nº 8.080/90, as ações e serviços de saúde, tais como o saneamento básico - que inclui o fornecimento de água tratada para consumo - constituem fatores determinantes para promoção, proteção e recuperação da saúde. Já a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e da outras providências, universaliza o acesso ao saneamento básico a todos os domicílios do país, definindo-o como um conjunto de serviços, infraestrutura e operacionalização do abastecimento de água potável, esgoto sanitário e limpeza urbana.

No entendimento de Gerivaldo Alves Neiva[13], existe uma relação entre a realidade atual do saneamento básico do país e a nova Lei, que reconhece a deficiência do serviço, prevê a universalização do acesso, a integralidade das ações e o abastecimento de água e esgotamento sanitário como complementos da saúde pública e proteção do meio-ambiente.

Cabe aqui colacionar os ensinamentos de Leonardo Bessa e Gabriela César[14]:

> Portanto, como se pode perceber, o acesso à água é intrínseco à garantia de uma vida saudável e com dignidade. Estipular medidas que deixem de fora do abastecimento de água uma parcela da

[10] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Água:** manual de uso: vamos cuidar de nossas águas implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006, p. 34.

[11] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** 2016, p. 246. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961. Acesso em: 05/11/2017.

[12] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Poluição e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, diz OMS.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/poluicao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>. Acesso em: 06/11/2017.

[13] NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07/11/2017.

[14] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016, p. 245. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017.

> população, principalmente aqueles que não podem pagar por seu tratamento e fornecimento, é fomentar a busca por medidas alternativas, como assim fizeram os povos em outras épocas. Isto se torna perigoso e, a longo prazo, dispendioso para o próprio Estado, o qual arcará, inevitavelmente, com custos maiores na área da saúde pública, posto que as consequências possíveis e previsíveis são o alastramento de doenças e epidemias.

Infelizmente, no Brasil, a implementação do saneamento básico para toda a população poderá levar décadas, e essa ausência de água potável, higiene pessoal e tratamento de esgoto, ainda fará muitas vítimas fatais ao longo dos anos, afetando principalmente as crianças e os idosos que vivem nas periferias e regiões mais podres do país.

3 A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA NO BRASIL

Tendo como base o conceito de dignidade da pessoa humana e o texto constitucional, parte-se para a análise da possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água tratada pelo inadimplemento do usuário, levando em consideração a essencialidade desse recurso natural para a sobrevivência humana.

Na visão de Paulo Cesar Soares Cabral Filho[15], a Lei nº 11.445/2007, que institui o marco regulatório do saneamento básico, trouxe novamente a discussão sobre a interrupção do fornecimento do serviço público prestado sob regime de concessão em razão do inadimplemento pelos usuários. Segundo o autor, isso ocorre pelo fato de o tema da interrupção ou mesmo a restrição da prestação do serviço público ante o descumprimento da contraprestação a que está obrigado o usuário, partindo da premissa que o acesso a bens imprescindíveis à sobrevivência digna, é causa de conflito de interesses ao qual o Estado não pode se mostrar indiferente, tendo em vista que é o titular do serviço.

A Lei nº 11.445/2007, prevê no artigo 40, inciso V, a possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água por inadimplemento do usuário, desde que com prévio aviso. Entretanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo, prevê critérios e condições especiais para a população de baixa renda, beneficiária de tarifa social[16], como prazos e critérios a fim de preservar mínimas condições para mantença da saúde das pessoas atingidas. Porém, há um questionamento a ser feito, como demonstra Gerivaldo Alves Neiva[17]:

> A Lei, no entanto, não define a forma da notificação, não estabelece qual o prazo de notificação para o usuário residencial de baixa renda e também não indica como preservar as condições mínimas de saúde dos atingidos. Quem vai lhe fornecer água potável enquanto perdurar a interrupção? E se contrair alguma doença por motivo de consumo de água poluída, quem é o responsável? Por fim, não esclarece também a Lei à cerca da quantidade de meses em atraso, ou a quantidade de tarifas não pagas, que possam ensejar a suspensão no fornecimento. A interpretação literal remete ao reconhecimento de mais de um mês de atraso, sendo que cada mês representa um pagamento, vez que a lei menciona, expressamente, *"tarifas"*. Da mesma forma, por *"notificação formal"* entende-se a correspondência enviada ao endereço do consumidor com Aviso de Recebimento. Esta permissão, no nosso entender, não está em sintonia com o fundamento da República Federativa do Brasil, disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

---

15 FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário: a solução da lei nº 11.445/07. **Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades**, p. 97-98. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27/10/2017.

16 Os descontos são fornecidos em diversos estados do Brasil a pessoas de baixa renda, um estado que podemos citar, que recebe em torno de 60% de desconto em suas contas é o Rio Grande do Sul. A redução do valor na conta de água, é controlado separadamente por cada empresa de abastecimento, as companhias empregam seus critérios da maneira que lhes convém melhor. CALENDÁRIO BOLSA FAMÍLIA 2017. **Tarifa social da água.** Disponível em: <http://calendariobolsafamilia2015.com.br/tarifa-social-de-agua/>. Acesso em: 12/11/2017.

17 NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acessado em: 07/11/2017.

Esse questionamento é pertinente, pois houve uma omissão legal quanto aos pontos supracitados, os quais criam uma série de discussões a respeito da suspenção ou não do fornecimento, tendo em vista que a própria lei refere que deve haver a universalização do serviço de abastecimento - o que se supõe que se aplica à população de baixa renda - e prevê o corte do fornecimento pelo inadimplemento do usuário, o qual, como é sabido, nem sempre tem condições de arcar com a contraprestação, nem mesmo com o desconto da tarifa social.

Outra possibilidade de interrupção do fornecimento dos serviços de concessão e permissão dos serviços públicos está disciplinada no artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, que permite a interrupção do serviço público de abastecimento de água tratada quando a pessoa estiver inadimplente, considerando o interesse da coletividade, mediante situação de emergência ou prévio aviso. No entanto, foi aprovado recentemente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal do Brasil (CCJ), mais precisamente em março desse ano, um projeto de lei[18] que impede o corte de luz, água, telefonia ou internet de locais que prestarem serviços de utilidade pública, como escolas, hospitais, delegacias de polícia e unidades do Corpo de Bombeiros. A proposta original, do senador Dario Berger (PMDB-SC), buscava proibir definitivamente a interrupção do fornecimento dos serviços nos locais referidos. Porém, o senador Paulo Paim (PT-RS), relator do projeto, sugeriu estipular um prazo de 60 dias após o prévio aviso para as concessionárias efetuarem o corte do fornecimento dos serviços, com o intuito de evitar abusos na inadimplência dos órgãos públicos. O texto foi aprovado e seguiu para análise na Câmara do Deputados, onde aguarda movimentação. Entretanto, a interrupção do serviço de fornecimento de água tratada, perante os demais usuários, não abarcados pelo projeto aprovado na CCJ, afeta diretamente a saúde e o bem estar da população, portanto o que se deve observar é até que ponto essa possibilidade de interrupção é correta, levando em consideração tanto a água quanto recurso hídrico finito, quanto o interesse econômico e a vida do cidadão. Saliente-se que a Lei nº 8.987/95 regulamenta o artigo 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que transfere para a iniciativa privada, a prestação do serviço de abastecimento de água, através de contratos de concessão.[19]

Nesse viés, criou-se uma relação de consumo entre o usuário do serviço de abastecimento de água e a concessionaria prestadora do serviço. Obviamente, pela natureza e caráter essencial do serviço, essa relação torna-se desigual, perante a vulnerabilidade socioeconômica latente do consumidor/usuário, tendo em vista, também, que se trata de um contrato de adesão, cabendo ao usuário apenas aceita-lo, sem discussão. Portanto, é aplicável a essa relação contratual o Código de Defesa do Consumidor e somente subsidiariamente e em outros aspectos o Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 22 estabelece que, os serviços públicos, inclusive os prestados por concessionárias ou permissionárias, devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nesse sentido a Lei de Greve nº 7.783/89, reconhece, nos artigos 9º e 10º, o abastecimento de água como serviço essencial, vedando sua paralização total em caso de greve. Tudo em consonância com os princípios elencados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 11.445/07 (Lei do saneamento básico), anteriormente referidos. Entretanto, apesar do Código de Defesa do Consumidor, permitir a cobrança de débitos perante o usuário/consumidor inadimplente, também aponta, no artigo 42, que tal cobrança não pode ser feita de maneira vexatória, mediante constrangimento ou ameaça. Diante disso, pode se considerar o corte do fornecimento de água pelo inadimplemento do usuário como uma maneira de coagir o mesmo a efetuar o pagamento o mais breve possível, já que necessita da continuidade do serviço.

Em síntese, o Código de Defesa do Consumidor, abarca a dignidade da pessoa humana, demonstrando que os serviços essenciais devam ser contínuos e que a cobrança de débitos não pode constranger ou coagir o usuário/consumidor; por outro lado a Lei nº 8.987/95 – posterior ao CDC – que disciplina o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 6º, § 3º, que: "não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação

18 Projeto de Lei do Senado n° 292, de 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121291>. Acesso em: 14 de nov. 2017.

19 Segundo Marcos Juruena Villela Souto: "As concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei nº 8.987/95)." SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p.10.

de emergência ou após prévio aviso, quando: (...) II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade"; nesse mesmo sentido, como destacado, a Lei nº 11.445/2007, prevê no artigo 40, inciso V, a possibilidade de interrupção do serviço de abastecimento de água por inadimplemento do usuário, desde que com prévio aviso, estabelecendo apenas, o parágrafo 3º do referido artigo, critérios e condições especiais para a população de baixa renda, beneficiária de tarifa social, de modo a preservar mínimas condições para mantença da saúde das pessoas atingidas.

Daí a necessidade de avaliar a possibilidade de interrupção ou não do fornecimento de água, perante o caso concreto, tendo como base os princípios constitucionais e as leis correlatas, com o intuito de permitir o diálogo das fontes envolvidas.

3.1 A POSIÇÃO DA DOUTRINA DIANTE DA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ÁGUA TRATADA NA HIPÓTESE DE INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO

Necessário, primeiramente, nesse ponto, estabelecer o conceito de serviço público, e, considerando que a legislação falha em defini-lo, cabe buscar junto aos doutrinadores do direito essa definição, sempre sem esquecer-se que a relação contratual estabelecida com o usuário é balizada, tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas leis regulamentadoras citadas, em especial as Leis nº 8.987/95 e 11.445/2007.

Segundo Dirley da Cunha Junior, serviço público é todo o serviço ou atividade prestado pelos órgãos da administração direta ou pelas entidades indiretas ou ainda pela iniciativa privada.[20] Já para Celso Antônio Bandeira de Melo,

> Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.[21]

A doutrina compreende o fornecimento de água tratada como um serviço de caráter fundamental e essencial para a população, pois é um serviço ligado diretamente à saúde, ao bem estar e à vida de todos. Teoricamente, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais e com o reconhecimento da água como um bem indispensável para a vida e saúde da população humana, não seria viável o corte do fornecimento por inadimplemento do usuário/consumidor, uma vez que acarretaria perigo eminente à integridade e dignidade do individuo. Porém, deve haver a ponderação levando em consideração o mínimo existencial e o uso racional desse recurso, pois se trata de recurso não renovável. Talvez aí resida um argumento razoável a justificar a interrupção do serviço.

Na visão de Jacintho Arruda Câmara, deve-se evitar o descontrole e o risco de falha na manutenção do serviço de fornecimento e abastecimento de água. A esse respeito, o autor afirma:

> Sustenta-se que, caso fosse exigida do prestador de serviço público a continuidade da prestação nos casos de inadimplência, poderia haver, na hipótese do crescimento do número de devedores, risco para a manutenção do sistema como um todo. Haveria, por assim dizer, um risco sistêmico, provocado pela assunção de custos pela prestadora de serviço público sem a devida contraprestação imediata.[22]

Já para Gerivaldo Alves Neiva[23], o corte do fornecimento de água, pelo simples fato da falta de pagamento pelo usuário, configuraria, além de constrangimento e ameaça ao consumidor, como disposto

[20] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed.. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 170.
[21] MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 628.
[22] CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 108.
[23] NEIVA, Gerivaldo Alves. Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional. **Jus Navigandi**, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07/11/2017.

no artigo 42 do CDC, um abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes". O autor, conclui que o escopo da suspensão do serviço de abastecimento de água seria uma retaliação pelo não pagamento da tarifa, levando em conta que a parte contratante continuará necessitando do serviço e, consequentemente, da continuidade da vigência do contrato. O autor pontua, ainda, que o contrato tem uma função social e que partindo desse princípio a cláusula contratual de corte do fornecimento pelo inadimplemento do usuário, viria a ferir tal princípio.

Por seu turno, Paulo Cesar Soares Cabral Filho[24] entende que o acesso a água tratada é essencial para a sobrevivência e dignidade da pessoa humana, e que mesmo se tratando de uma relação contratual, não pode de maneira nenhuma ser vista pela ótica dos contratos típicos do direito civil. O autor pontua que há uma distinção entre interrupção e restrição do serviço de fornecimento de água tratada, perante a não contraprestação do usuário, principalmente para os beneficiários da tarifa social, demonstrando que uma é diferente da outra, pois o que a lei prevê nesses casos é apenas a restrição do fornecimento, o que não interrompe o fornecimento de água totalmente, possibilitando assim condições mínimas para a mantença da saúde e dignidade da pessoa humana. Portanto, na visão de Filho, não é possível a interrupção do serviço essencial de fornecimento de água tratada, perante o inadimplemento do usuário, por tratar-se de um serviço de caráter fundamental para a sobrevivência e dignidade do cidadão, ainda que exista a previsão legal para tanto, pois tais previsões afrontam os princípios norteadores da nossa Carta maior.

Em contrapartida, na visão de Fernando Costa Azevedo[25], na hipótese de ser inviável interrupção do serviço mesmo no inadimplemento do consumidor, haveria um estímulo àquele consumidor de *má-fé,* que deixaria de arcar com a prestação pecuniária pelo serviço de abastecimento propositalmente, acarretando o enriquecimento sem causa do usuário inadimplente, situação essa que poderia gerar um aumento dos custos do serviço, repassando-os para os usuários/consumidores adimplentes, ou ainda inviabilizaria o continuidade dos serviços prestados pelas concessionárias.

Para Segalla[26], a estruturação compreendida para o fornecimento e tratamento de água e esgoto, não atende somente a interesses individuais, mas também da coletividade, pois trata-se de instrumento de saúde pública, os quais combatem doenças e epidemias transmitidas por meio da contaminação da água. Portanto, a suspenção desses serviços essenciais, acarretariam risco real à saúde pública.

Bessa e César[27], concluem que o corte do fornecimento de *água perante o não pagamento do serviço pelo usuário deve* ser analisado perante o caso concreto, verificando se há ou não ofensa a dignidade da pessoa humana que está diretamente sendo afetada pela medida; enfatizam ainda, que deva ser levado em consideração as consequências drásticas que podem sofrer os hipervulneráveis, que são as crianças e os idosos, em razão de fato atribuído a terceiro, ou seja, o titular da conta.

Nota-se que a doutrina observa a restrição ou interrupção do serviço público de abastecimento de água tratada, em face do inadimplemento do usuário sob diversas perspectivas, tanto baseando-se nos princípios constitucionais e nos princípios que regem os serviços públicos essenciais, quanto com base nos dispositivos legais em especial aqueles da lei de permissões e concessões que preveem a necessidade de contraprestação. O grande desafio dos operadores do direito é interpretar conjuntamente as inúmeras normas que regulam a relação discutida no presente artigo, pois a dificuldade está no diálogo entre elas, tendo em vista que em

---

[24] FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. **Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário:** a solução da lei nº 11.445/07. Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades, p. 106. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27/10/2017.

[25] AZEVEDO, Fernando Costa de. **A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário:** argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. Revista do Direito do Consumidor, v. 16, n. 62, abr./jun. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-101.

[26] SEGALLA, Alessandro. **A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal.** Revista de Direito do Consumidor. n. 37, Jan- Mar/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 106.

[27] BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. **O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário:** análise à luz do Diálogo das Fontes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05/11/2017, p. 252.

diversos momentos o que está positivado em uma é o contrário do que está positivado na outra.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O Superior Tribunal de Justiça adotou, a partir de 2003, através do REsp nº 363.943[28] (que tratava do corte do fornecimento de energia elétrica perante o inadimplemento do usuário, aplicado analogicamente aos demais serviços), um posicionamento de que a interrupção não fere o princípio da continuidade, referido anteriormente no texto quando citado o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que, os serviços públicos, inclusive os prestados por concessionárias ou permissionárias, devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essências, contínuos. Entendeu a Corte que a interrupção do fornecimento de água tratada, em face do inadimplemento do usuário, é legítima, desde que haja comunicação prévia, e o usuário permaneça inadimplente, em acordo com a Lei nº 8.987/95, artigo 6º, § 3º, inciso II, que demonstra a possibilidade do corte em face do inadimplemento do usuário. Além disso, o acórdão apontou que não há previsão legal para o fornecimento gratuito dos serviços. Em outro acórdão (REsp 684.020/RS), também é explicitado que a decisão não fere o princípio da continuidade na esfera dos serviços públicos essenciais. Ainda refere que "a continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos artigos. 42 e 71 do CDC)"[29]. Diversos outros julgados sobrevieram com igual entendimento. O foco passou a ser conferido à Lei n. 8.987/95, deixando de lado o Código de Defesa do Consumidor. Consequentemente, passou-se a relativizar, no contexto em questão, a suposta violação ao princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Curiosamente, para o Ministro Luiz Fux[30] as concessionárias já contabilizam o inadimplemento dos usuários em suas avaliações de perda, sendo notório que essas empresas de maneira nenhuma saem no prejuízo. O Ministro ainda destaca sua indignação perante o corte do fornecimento de água em virtude do inadimplemento, quando o usuário encontra-se em situação de miserabilidade, entendendo que há outras formas de cobrança do débito. Porém, no acórdão que apresenta as ponderações referidas (EREsp 337.965/MG), Fux segue o entendimento da Corte, no sentido de concordar com o corte do fornecimento.

Entretanto, entende o STJ, de forma taxativa, que só cabe o corte de tais serviços, relativos a inadimplência de conta regular, no mês de consumo vigente, não abarcando débitos pretéritos, os quais devem ser cobrados por meios ordinários de cobrança, pois, do contrário, incidiria em constrangimento e ameaça ao usuário/consumidor, como prevê o artigo 42 do CDC, já que tal cobrança agiria como meio de coação para que o usuário efetuasse o pagamento. Ainda que o STJ tenha entendimento consolidado quanto o não cabimento da interrupção do fornecimento de água por débitos antigos, em se tratando de dívida atual recentes acórdãos ratificam a possibilidade do corte do fornecimento de água em face de inadimplemento do usuário, conforme se verifica abaixo:

> Essa Corte Superior pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. (…) Agravo Regimental da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A desprovido.[31]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de ter decisões divergentes, adota majoritariamente o mesmo entendimento do STJ, inclusive quanto a impossibilidade do corte por débitos pretéritos, como trecho de recente acórdão da Segunda Câmara Cível do TJRS: "O corte amparado em dívida pretérita, contudo, revela-se abusivo e ilegítimo, pois constrange o consumidor ao pagamento, sem atender aos

[28] BRASIL, 2007, REsp 363.943/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.3.2004.
[29] BRASIL, 2007, REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006.
[30] BRASIL, 2004, EREsp 337.965/MG, Rel. Min. Luiz Fux, pag. 9, DJ 08.11.2004.
[31] BRASIL, 2014, AgRg no AREsp 239.749/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01.09.2014.

interesses da coletividade, em manifesta afronta ao disposto no art. 42 do CDC. Precedentes do STJ."[32]

Importante demonstrar, a título ilustrativo, trechos de recentíssimas decisões provenientes do TJRS:

> Mesmo em se tratando de bem vital, como o é a **água**, tal não leva a que seu fornecimento pelo Estado fique à margem da interrupção, em face de inadimplência do usuário. Por mais respeitáveis que sejam os argumentos opostos, a Lei n.º 11.445/07 dá guarida ao procedimento, que não se encontra vetado pelo CDC. Hipótese em que o corte é contemporâneo ao inadimplemento das faturas referentes aos meses de consumo, a autorizar entendimento no sentido do cabimento da suspensão do serviço, na linha da orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.[33]
>
> Quanto à suspensão do fornecimento do serviço de abastecimento de **água**, a atuação da empresa-ré reflete exercício regular de direito, na medida em que a jurisprudência já firmou entendimento no sentido de que é autorizado o corte por inadimplemento de fatura atual, levando-se em conta que o serviço exige contraprestação pecuniária para a regularidade correspondente.[34]

As situações em que o TJRS entende por ilegal o corte do fornecimento de água são as eivadas de vícios, como a falta de aviso prévio perante o usuário inadimplente; o corte por débitos pretéritos; ou ainda a demora em reestabelecer o fornecimento dentro do prazo legal estipulado, que é de 48 horas, após o pagamento.

Portanto, observa-se que o entendimento jurisprudencial dominante, tanto no STJ quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é o de que é possível realizar o corte do fornecimento de água perante o inadimplemento do usuário, desde que trate-se de inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo e após prévio aviso, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a água, em especial a potável, é um dos elementos mais importantes para a vida da humanidade. Inegável é sua essencialidade para os mais diversos fins, pois está ligada diretamente à alimentação, saúde e higiene da população, justificando, assim, que o acesso à água figure como direito fundamental, conforme se sustenta por meio do presente estudo.

Apesar disso, evidenciou-se a negativa por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça em garantir o acesso ao abastecimento de água tratada ao usuário inadimplente, mesmo que esse seja pessoa de baixa renda. Demonstrando, claramente, com isso, uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e também aos princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor, que protegem a parte hipossuficiente nas relações contratuais em que se vislumbra nitidamente uma disparidade.

Como resposta ao problema de pesquisa proposto, entende-se que a posição jurisprudencial dominante que simplesmente autoriza o corte de abastecimento de água, em se tratando de dívida atual antecedida de prévio aviso, é por demais simplista e acarreta violação da dignidade humana daqueles indivíduos que se encontram em absoluta incapacidade de arcar com o pagamento pelo serviço. Entende-se, com o amparo da Lei 11.445/2007, que deveria dar-se continuidade ao avanço legislativo que a referida lei promoveu, no ponto em que prevê, mas não regulamenta, prazos e condições especiais para os usuários beneficiários da "Tarifa Social". Ademais, além dessa regulamentação, deveria haver apenas uma restrição, e não uma interrupção total do abastecimento, preservando as condições mínimas, quais sejam: o de fornecimento de água tratada para uso pessoal e doméstico em quantidade e qualidade suficientes, estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde, preservando inclusive o acordado no Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e

[32] Apelação Cível Nº 70074855297, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 25/10/2017.

[33] Apelação Cível Nº 70075631549, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 08/11/2017.

[34] Apelação Cível Nº 70072658214, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 28/06/2017.

Culturais, ratificado pelo Brasil. A falta da água tratada e saneamento básico afeta diretamente a saúde pública, o que acarreta em um maior dispêndio de valores pelo Estado, onerando, por consequência toda a sociedade, o que gera muito mais custos do que efetivar as políticas públicas de prevenção, como o acesso ao saneamento básico para toda a população. Nesse ponto, as decisões tem apenas levado em consideração o viés econômico do setor empresarial.

Conclui-se, notadamente a partir dos aportes doutrinários levantados na pesquisa, que a hipótese inicial da pesquisa restou confirmada. Os Tribunais deveriam analisar o corte do fornecimento de água pelo inadimplemento do usuário, no caso concreto, observando as peculiaridades do caso e verificando as condições reais do usuário/consumidor, com o escopo de avaliar se a decisão fere ou não o princípio da dignidade da pessoa humana e sempre garantindo o mínimo existencial. Por mais que os Tribunais estejam abarrotados de demandas, essa questão tem natureza diferenciada, pois está ligada incontestavelmente a vida e a dignidade do ser humano, não podendo ser decidida de maneira uniforme em todos os julgados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. **Revista do Direito do Consumidor,** v. 16, n. 62, abr./jun. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BESSA, Leonardo Roscoe; CÉSAR, Gabriela Gomes Acioli. O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do usuário: análise à luz do Diálogo das Fontes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3961>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Água: manual de uso: vamos cuidar de nossas águas: implementando o plano nacional de recursos hídricos. Brasília, DF: MMA, 2006. Disponível em: <http://www.comiteibicui.com.br/artigos/Manual%20de%20Uso%20da%20Agua.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

CALENDÁRIO BOLSA FAMÍLIA 2017. **Tarifa social da água.** Disponível em: <http://calendariobolsafamilia2015.com.br/tarifa-social-de-agua/>. Acesso em: 12/11/2017.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões.** São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 6 ed.. Salvador: Juspodivm, 2007.

FILHO, Paulo Cesar Soares Cabral. Restrição do fornecimento do serviço público prestado em regime de concessão diante do inadimplemento da tarifa devida pelo usuário: a solução da lei nº 11.445/07. **Revista da Consultoria jurídica do Ministério das Cidades**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/6___restricao_do_fornecimento_do_servico_publico_prestado_em_regime_de_concessao_diante_do_inadimplemento_da_tarifa.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

GUIMARÃES, Carvalho e Silva. **Fontes de água para abastecimento: Saneamento Básico.** 2007. Disponível em: <http://www.ufrrj.br/institutos/it/deng/leonardo/downloads/APOSTILA/Apostila%20IT%20179/Cap%201.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Corte de água por motivo de inadimplência é inconstitucional**. Jus Navigandi, a. 12, n. 1783, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=850>. Acesso em: 07 nov. 2017.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Água: direito humano fundamental máximo**. **Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania.** 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14892>. Acesso em: 24 out. 2017.

PES, João Hélio; ROSA, Taís Hemann da. **O emprego do princípio da dignidade da pessoa humana pelos tribunais brasileiros.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82cadb0649a3af49>. Acesso em: 25 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEGALLA, Alessandro. A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito do Consumidor.** n. 37, Jan- Mar/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MOVIMENTOS SOCIAIS: O CASO DA OCUPAÇÃO DAS ESCOLAS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO DE SÃO PAULO

PUBLIC ADMINISTRATION AND SOCIAL MOVEMENTS: THE CASE OF THE OCCUPATION OF THE SCHOOLS OF THE STATE OF EDUCATION OF SÃO PAULO

Alexsandro da Silva Linck[1]

Resumo: No presente artigo são esboçados apontamentos sobre a administração pública e os movimentos sociais, utilizando-se como suporte o caso da ocupação das escolas da rede estadual de ensino de São Paulo ocorrido no quarto trimestre de 2015, visando à contribuição para o debate desse assunto.

Palavras-chave: Administração Pública. Movimentos sociais. Ocupação das escolas.

Abstract: In the present article are outlined notes on public administration and social movements, using as support the case of the occupation of schools in the state of São Paulo's educational network occurred in the fourth quarter of 2015, aiming to contribute to the debate on this subject.

Keywords: Public administration. Social movements. Occupation of schools.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma perspectiva obtida na filosofia política pode-se conceber, em gênero, o estabelecimento do Estado como uma decorrência do contrato social, independentemente da teoria contratual que embase esse pacto social, ou seja, daquela originada por Thomas Hobbes, John Locke ou Jean-Jacques Rosseau.

Na concepção do filósofo inglês Thomas Hobbes (1588-1679), o homem em um estado de natureza (em termos de ação humana) mantém uma luta constante com os outros indivíduos, de modo que há necessidade da obrigação de cumprir leis. Assim, justifica-se a existência de um poder soberano com a finalidade de permitir a convivência entre os homens: "A constituição e funcionamento da sociedade pressupõem que os indivíduos cedam uma parte de seus direitos e os transfiram a um soberano"[2]. O ato em questão consiste na existência de um contrato social com o poder exercido de forma absoluta, ou seja, na figura do Leviatã[3;4].

---

[1] Mestrado em Direito pela Universidade La Salle (LA SALLE) e Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista (CAPES/PROEX). E-mail: alexsandro.linck@acad.pucrs.br.

[2] MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 202-203.

[3] "[…] Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações" (HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Tradução por João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 147).

[4] "É nesse sentido que Hobbes é um contratualista – a sociedade civil organizada resulta de um pacto entre indivíduos – sem ser um liberal, já que defende o poder absoluto, poder considerado legítimo enquanto assegura a paz civil. É a esse soberano todo-poderoso que Hobbes denomina "Leviatã", recorrendo ao nome de um monstro bíblico" (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 203).

John Locke (1632-1704), diferentemente de Thomas Hobbes, não identificava a natureza humana como um empecilho para convivência mútua, uma vez que acreditava no "entendimento racional entre os homens"[5]. Com efeito, em sua perspectiva, a reunião voluntária entre os homens, com o propósito de assegurar a vida, a liberdade e a propriedade (direitos naturais), fundamenta o contrato social, criando uma sociedade que impõe ao governante o dever de assegurar aos indivíduos os direitos que sustentam o interesse comum dessa sociedade[6]. O governante age em nome da vontade da maioria dos indivíduos e não por conta da vontade própria, de modo que a sua retirada do poder não é suprimida em virtude do pacto social, mas assegurada aos indivíduos que o instituíram[7].

Para o pensador francês Jean-Jacques Rosseau (1712-1778), leitor de John Locke, a sociedade também é fundamentada no contrato social. Contudo, em sua concepção, a preservação da liberdade do indivíduo faz-se necessária, bem como a garantia da segurança e do bem estar que a vida em sociedade proporciona[8]. A "soberania política pertence ao conjunto dos membros da sociedade" mediante uma "vontade geral que não resulta apenas na soma da vontade de cada um", mas "caracterizada pela defesa do interesse coletivo, do bem comum"[9]. Nesse sentido, a proposta política de Rosseau é de "um modelo republicano em que as decisões devem ser tomadas de forma direta pelos cidadãos"[10].

A partir desse esboço é possível identificar que a existência da sociedade e do Estado no tempo atual, independentemente da origem estar ou não no pacto social, apresenta um ponto comum com a modernidade retratada, ou seja, a luta pela preservação de direitos do homem. Com efeito, ao verificar-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e constatar-se a existência de inúmeros direitos, não é uma surpresa o fato de os indivíduos, em conjunto, realizarem reivindicações com o escopo de obter a concretização de direitos.

No tempo atual a ocorrência de diversas manifestações coletivas com postulações distintas ao Estado é acontecimento frequente. Assim, o estudo da Administração Pública e dos movimentos sociais é oportuno e importante para proporcionar não apenas o conhecimento do tema, mas também — considerando a exposição sobre a ocupação das escolas da rede estadual de ensino de São Paulo —, a reflexão e o debate sobre a conduta dos governantes.

Então, mediante a revisão bibliográfica do tema, almeja-se proporcionar o conhecimento e, por conseguinte, a reflexão e o debate respectivo.

2 MOVIMENTOS SOCIAIS

As teorias sobre os movimentos sociais são diversas[11] e trata-se de "uma preocupação recorrente nas

---

[5] MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 204.

[6] "E, portanto, todo o homem, ao consentir com outros em criar um corpo político num determinado governo, aceitava a se submeter à vontade da maioria; ou esse acordo inicial, em que ele forma uma sociedade com outros homens, não teria significado, e nem credibilidade, se estivesse desvinculado de obrigações, como acontecia no passado com o estado de natureza" (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução por Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 86).

[7] MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 204-205.

[8] "O homem nasceu livre e em toda parte se encontra sob ferros. Acredita-se de tal modo senhor dos outros que não deixa de ser mais escravo que eles. Como ocorreu essa mudança? Ignoro-o. Que é que pode torná-la legítima? Acho que posso resolver essa questão" (ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. Tradução por Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [et al]. p. 14).

[9] Ibid., p. 206.

[10] MARCONDES, Danilo. STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 65.

[11] "A produção teórica sobre movimentos sociais enfrenta algumas dificuldades que a diferencia de outras áreas de estudo. A própria mobilidade do fenômeno e a sua pluralidade de formas impossibilitam a fixação de um único conceito e de uma única maneira de se estudar a ação coletiva. Com efeito, a teoria tende a acompanhar esse movimento tornando-se igualmente dinâmica, indeterminada e plural" (ROSA, Alexandre Reis. MENDONÇA, Patrícia. Movimentos sociais e análise organizacional: explorando possibilidades a partir da teoria de frames e a de oportunidades políticas. **Organizações & Sociedade**, Salvador. v. 18. n. 59. p. 645. out-dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302011000400005>. Acesso em: 23 maio. 2017.

Ciências Sociais"[12]. Na obra Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos[13], Maria da Glória Gohn apresenta algumas dessas teorias: o paradigma norte-americano, os paradigmas europeus e o paradigma latino-americano. Assim, considerando a extensão do tema, nesse esboço será trabalhado, principalmente, o paradigma latino-americano, especificamente — quanto aos movimentos sociais no Brasil —, a ocupação das escolas da rede estadual de ensino de São Paulo.

Antes disso, entretanto, cumpre expor o que são os movimentos sociais.

2.1 Movimentos sociais: o que são?

Os movimentos sociais integram a sociedade civil e são protagonistas dessa, a exemplo de ONGs, das comissões, dos grupos etc. Assim, atuam "como atores que pressionam por processos de mudança social", conforme a lição de Maria da Glória Gohn[14].

A autora citada enfatiza que os encara "como ações sociais coletivas de caráter socio-político e cultural que viabilizam formas distintas de a população se organizar e expressar as suas demandas"[15].

Alexandre Teixeira Fernandes sustenta que os movimentos sociais "podem ser considerados como condutas colectivas que mobilizam recursos, humanos e materiais, em ordem à defesa de interesses concretos, tendendo, por isso, a agir sobre as estruturas de controle e sobre as estruturas de sentido"[16;17].

Os movimentos sociais para Danilo Romeu Streck e Telmo Adams — a partir de três características expostas por Alberto Melucci ('Ela designa aquela forma de ação coletiva que (i) evoca solidariedade, (ii) torna explícito um conflito, (iii) representa uma ruptura dos limites de compatibilidade do sistema dentro do qual a ação acontece') —, além de importantes para saúde da democracia, "empurram os limites do instituído, alargando o espaço do jogo político e abrindo novos canais de participação"[18].

Ao trabalhar com o tema da "Informação em movimento: produção e organização do conhecimento nos espaços sociais", Regina Maria Marteleto, Leila Beatriz Ribeiro e Cátia Guimarães entendem um movimento social "como uma rede de interações informais, composta por uma pluralidade de indivíduos,

---

[12] "A teorização dos movimentos sociais é uma preocupação recorrente nas Ciências Sociais, expressa em uma extensa produção, com escopos analíticos diversos. A recorrência dos estudos nessa área se impõe pela dinâmica mesma da sociedade, que vai requerendo novos modelos explicativos. Além disso, a complexidade do tema, a heterogeneidade de objetos e contextos são fatores que fazem dos movimentos sociais uma fonte quase inesgotável de estudos, análises e novos aportes analíticos" (ARAUJO, Nayra Veras de. LIMA, Antônia Jesuíta de. Melucci e Tarrow: revisão teórica sobre movimentos sociais. **Revista Em Pauta**, Rio de Janeiro, v. 7. n. 25. p. 116. jul. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2887/2081>. Acesso em: 18 jun. 2017).

[13] GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 383 p.

[14] GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil:** movimentos sociais, ONG's e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. p. 107-111.

[15] GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro. v. 16. n. 47. p. 335. maio-ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017.

[16] FERNANDES, António Teixeira. Conflitualidade e movimentos sociais. **Análise social**, v. XXVIII (123-124), 1993 (4º-5º), p. 799-800.

[17] O autor completa a lição com a seguinte exposição: "A distinção entre o conflito que está na sua base e os outros conflitos sociais reside no facto de que o conflito que origina o movimento social pretende introduzir alterações organizacionais no interior da sociedade global, tendo, consequentemente, um carácter estrutural. A luta que se trava por uma maior participação na sociedade global não envolve, no entanto, necessariamente relações de classe. Os movimentos sociais visam dar satisfação a direitos de cidadania ou introduzir reajustamentos no sistema social, uma vez alterados ou ameaçados alguns dos seus elementos" (FERNANDES, António Teixeira. Conflitualidade e movimentos sociais. **Análise social**, v. XXVIII (123-124), 1993 (4º-5º), p. 799-800).

[18] STRECK, Danilo Romeu. ADAMS, Telmo. Lugares da participação e formação da cidadania. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 6. n. 1. p. 107. jan-jun. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/24>. Acesso em 17 jun. 2017.

grupos, organizações engajados em conflito político ou cultural, com base numa identidade coletiva comum"[19]. Para as autoras em destaque, "São formas de ações coletivas reativas aos contextos histórico-sociais nas quais se inserem"[20].

Na perspectiva de Marcus Abílio Pereira, os movimentos sociais são "atores fundamentais na construção de espaços deliberativos de forma a manter uma postura crítica em relação às instituições públicas", uma vez que procuram "tematizar novas questões que serão analisadas e comparadas com as propostas já existentes, colaborando, assim, com o processo de aprofundamento democrático"[21].

As noções de movimentos sociais apresentadas são diversas e decorrem da teoria utilizada por cada autor na formulação respectiva, uma vez que "todos têm uma representação do que seja um movimento social"[22].

Maria da Glória Gohn sintetiza as exposições que realizou na obra "Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos", e apresenta a seguinte conceituação: "São ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo de força social na sociedade civil"[23;24].

É possível extrair algumas características comuns quanto aos movimentos sociais: a) são atores sociais coletivos; b) possuem uma identidade comum coletiva, permanente ou temporária; c) questionam os limites do instituído; d) constituem um campo de força social na sociedade civil; e e) colaboram com a participação e expansão do processo democrático[25].

---

[19] MARTELETO, Regina Maria. RIBEIRO, Leila Beatriz. GUIMARÃES, Cátia. Informação em movimento: produção e organização do conhecimento nos espaços sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 73. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/88>. Acesso em: 17 jun. 2017.

[20] Ibid., p. 73.

[21] PEREIRA, Marcus Abílio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Pública**, Campinas. v. 18. n. 1. p. 81. jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000100004>. Acesso em: 16 jun. 2017.

[22] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 242.

[23] Ibid., p. 251-252

[24] A autora prossegue e complementa a noção sobre movimentos sociais: "[...] As ações se estruturam a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em conflitos, litígios e disputas vivenciados pelo grupo na sociedade. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva para o movimento, a partir dos interesses em comum. Esta identidade é amalgamada pela força do princípio da solidariedade e construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo, em espaços coletivos não-institucionalizados. Os movimentos geram uma série de inovações nas esferas pública (estatal e não-estatal) e privada; participam direta ou indiretamente da luta política de um país, e contribuem para o desenvolvimento e a transformação da sociedade civil e política. Estas contribuições são observadas quando se realizam análises de períodos de média ou longa duração histórica, nos quais se observam os ciclos de protestos delineados. Os movimentos participam portanto da mudança social histórica de um país e o caráter das transformações geradas poderá ser tanto progressista como conservador ou reacionário, dependendo das forças sociopolíticas a que estão articulados, em suas densas redes; e dos projetos políticos que constróem com suas ações. Eles têm como base de suporte entidades e organizações da sociedade civil e política, com agendas de atuação construídas ao redor de demandas socioeconômicas ou político-culturais que abrangem as problemáticas conflituosas da sociedade onde atuam" (GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 251-252).

[25] Sobre as características dos movimentos sociais, veja-se o entendimento de Gohn: "[...] Definições já clássicas sobre os movimentos sociais citam como suas características básicas o seguinte: possuem identidade, têm opositor e articulam ou fundamentam-se em um projeto de vida e de sociedade. Historicamente, observa-se que têm contribuído para organizar e conscientizar a sociedade; apresentam conjuntos de demandas via práticas de pressão/mobilização; têm certa continuidade e permanência. Não são só reativos, movidos apenas pelas necessidades (fome ou qualquer forma de opressão); podem surgir e desenvolver-se também a partir de uma reflexão sobre sua própria experiência. Na atualidade, apresentam um ideário civilizatório que coloca como horizonte a construção de uma sociedade democrática. Hoje em dia, suas ações são pela sustentabilidade, e não apenas autodesenvolvimento. Lutam contra a exclusão, por novas culturas políticas de inclusão. Lutam pelo reconhecimento da diversidade cultural. Questões como a diferença e a multiculturalidade têm sido incorporadas para a construção da própria identidade dos movimentos. Há neles uma ressignificação dos ideais clássicos de igualdade, fraternidade e liberdade. A igualdade é ressignificada com a tematização da justiça social; a fraternidade se retraduz em solidariedade; a liberdade associa-se ao princípio da autonomia – da constituição do sujeito, não individual, mas autonomia de inserção na sociedade, de inclusão social, de autodeterminação com soberania. Finalmente, os movimentos sociais tematizam e redefinem a esfera pública, realizam parcerias com outras entidades da sociedade civil e política, têm grande poder de controle social e constroem

Destaca-se que as características apontadas não excluem outras de cunho geral ou específicas de cada um dos movimentos sociais, uma vez que acompanham a temática adotada.

Existe, entretanto, similitude quanto ao papel desempenhado pelos movimentos sociais, ou seja, atuam na promoção da "democratização das relações sociais dentro da sociedade civil, através da redefinição de papéis, normas, identidades (individuais e coletivas), conteúdo e modos de interpretação de discursos existentes nesta esfera"[26].

Nas sociedades contemporâneas, destaca-se, um dos focos comuns dos movimentos sociais é a "permanente interferência na política", não abordando temas amplos e, assim, "reagindo ao engessamento burocrático" da administração pública[27]. Essa situação decorre da alteração do cenário social e da própria evolução razoável das instituições que, assim, não proporcionam um "solo fértil" para a propagação ou manutenção dos "grandes movimentos sociais e das temáticas abrangentes". É o tempo dos movimentos sociais com características de enxuto ("O que está em jogo não é mais o todo"), sem desconsiderar a historicidade dos clássicos movimentos sociais[28].

Em relação **à** ação concreta pode-se dizer que os movimentos sociais manifestam-se mediante estratégias diversas, mas no geral utiliza-se de: denúncia, passeatas, marchas e até atos de desobediência civil[29]. Na atualidade, entretanto, também "[...] atuam por meio de redes sociais, locais, regionais, nacionais e internacionais ou transnacionais, e utilizam-se muito de novos meios de comunicação e informação,

modelos de inovações sociais" (GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro. v. 16. n. 47. p. 336-337. maio-ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017).

[26] PEREIRA, Marcus Abílio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Pública**, Campinas. v. 18. n. 1. p. 79. jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000100004>. Acesso em: 16 jun. 2017.

[27] É o exposto por Dirter Rucht: "A função típica dos movimentos sociais nas modernas sociedades contemporâneas não consiste mais na efetivação de grandes inovações institucionais (catálogos de direitos fundamentais, separação de poderes, direito universal e igualitário ao voto, estado de bem-estar social, abertura das profissões e da política para as mulheres etc.), mas na permanente interferência na política. Em termos de conteúdo, os movimentos atuais dificilmente abraçam algo que já não tenha sido pensado antes ou que, de alguma maneira, não tenha já alcançado as agendas dos partidos estabelecidos. No tocante às suas formas elementares, os movimentos atuais são apenas variantes e aperfeiçoamento daquilo que já se havia desenhado no século 19 (Tilly 1978). Os movimentos sociais atuais são essencialmente complemento e corretivo de instituições já estabelecidas; eles são reação consciente relativos à forma de engessamentos burocráticos (Narr 1980), à indeterminação factual do princípio democrático de representação (Offe 1980), ao desacoplamento entre motivos individuais e objetivos organizacionais (Rammstedt 1978). Movimentos sociais atuais apontam para déficits estruturais do arranjo institucional; eles propagam variações institucionais, mas dificilmente propugnam verdadeiras instituições alternativas" (RUCHT, Dieter. Sociedade como projeto – projetos da sociedade: sobre o papel dos movimentos sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 19. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/86>. Acesso em: 17 jun. 2017).

[28] "Grandes movimentos sociais, abrangentes em suas temáticas, especialmente na forma de movimentos de classe, não encontram mais solo fértil e tornaram-se obsoletos na medida em que foram estabelecidas instituições e processos estruturados de forma relativamente razoável; razoáveis porquanto são, em princípio, abertas quanto ao resultado e baseadas em princípios democráticos. Isso de modo algum significa que todos os resquícios de justiça de classe tivessem sido afastados, que a comunicação pública siga preponderantemente as regras da discursividade, que os partidos políticos estejam abertos aos estranhos, que as mulheres tivessem igualdade de chances na profissão e na política. Mas o tema dominante dos movimentos atuais não é a fundamentação de instituições e procedimentos, mas sim a deficiência de sua formação no sentido de princípios amplamente reconhecidos. Típico para isto é o movimento estadunidense pelos direitos civis, que podia apoiar-se em princípios constitucionais consagrados e não necessitava exigir previamente uma nova ordem constitucional. Isto retira dos enfrentamentos a sua dramaticidade histórica – independentemente da radicalidade subjetiva de muitos ativistas e da brutalidade de muitas operações policiais. O que está em jogo não é mais o todo. As utopias que abrangem toda a sociedade estão esvaecidas" (RUCHT, Dieter. Sociedade como projeto – projetos da sociedade: sobre o papel dos movimentos sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 19-20. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/86>. Acesso em: 17 jun. 2017).

[29] É o exposto por Regina Maria Marteleto, Leila Beatriz Ribeiro e Cátia Guimarães: "[...] As reações podem se organizar sob diferentes formas: a) denúncia, protesto, explicitação de conflitos, oposições organizadas; b) cooperação, parcerias para resolução de problemas sociais, ações de solidariedade; c) construção de uma utopia de transformação, com a criação de projetos alternativos e de propostas de mudanças" (MARTELETO, Regina Maria. RIBEIRO, Leila Beatriz. GUIMARÃES, Cátia. Informação em movimento: produção e organização do conhecimento nos espaços sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 73-74. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/88>. Acesso em: 17 jun. 2017).

como a internet"[30].

Manuel Castells corrobora com o asseverado ao destacar que no século XXI os movimentos sociais manifestam-se na e pela Internet, de modo que o "ciberespaço tornou-se uma ágora eletrônica global em que a diversidade da divergência humana explode numa cacofonia de sotaques"[31;32;33].

É prudente ressaltar, antes de iniciar a breve exposição sobre movimentos sociais no Brasil, que as ONGs, não obstante ao destaque que possuem no tempo atual e até pela proximidade histórica e temática com os movimentos sociais, desses distinguem-se: "[...] elas se estruturam como organizações, possuem quadros hierárquicos; ainda que haja o trabalho voluntário, há assalariamento, trabalham segundo projetos etc."[34;35].

Portanto, realizado esse esboço, na sequência, trabalha-se com uma breve exposição sobre movimentos sociais no Brasil.

2.1.1 Uma breve exposição sobre os movimentos sociais no Brasil

No Brasil, os registros apontam para meados dos anos 70 com o surgimento de (novos) "movimentos sociais populares urbanos" vinculados a Igreja católica (Teologia da Libertação), e que tinham por escopo uma nova forma de organizar a comunidade na realização das práticas sociais, ou seja, demandas voltadas ao direito de cidadania[36]. Com efeito, contrastavam com os anteriores e "expressos no modelo clássico das sociedades de amigos de bairros e associações de moradores". Esses "novos" movimentos "eram vistos como

---

[30] GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro. v. 16. n. 47. p. 335-336. maio-ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017.

[31] CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 114-115.

[32] Em complemento ao exposto, Castells expõe: "Os processos de mudança social conflitiva na Era da Informação giram em torno das lutas para transformar as categorias de nossa existência mediante a formação de redes interativas como formas de organização e mobilização. Essas redes, que emergem da resistência de sociedades locais, visam superar o poder de redes globais, reconstruindo assim o mundo a partir de baixo. A Internet fornece a base material que permite a esses movimentos engajarem-se na produção de uma nova sociedade. Ao fazê-lo, eles transformam por sua vez a Internet: de ferramenta organizacional para as empresas ela se converte também numa alavanca de transformação social — embora nem sempre nos termos buscados pelos movimentos sociais, e nem sempre, aliás, em defesa dos valores que você e eu compartilharíamos necessariamente" (CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 119).

[33] O uso da Internet pelos movimentos sociais, como advertem Gentil e Lourdes, abrem espaço para disputas políticas pela titularidade das reações desencadeadas no concreto, denotando as diversas facetas de mudança do social da Era da Informação: "No Brasil, durante os protestos em 2013, a falta de novos métodos de articulação dos movimentos sociais, diante de uma organização de manifestantes que se declarava independente de partidos políticos e sindicatos, permitiu que a direita reacionária disputasse a hegemonia política do movimento nas ruas" (SERRA JUNIOR, Gentil Cutrim. ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. A Internet e os novos processos de articulação dos movimentos sociais. **Revista Katálysis** [online]. Florianópolis, v. 16. n. 2. p. 205-213. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v16n2/06.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017).

[34] GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil:** movimentos sociais, ONG's e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. p. 96.

[35] A autora prossegue com a explicação sobre a distinção entre os movimentos sociais e as ONGs: "A lógica que articula suas relações tanto internas como delas com a sociedade e com o poder público, é diferente da lógica que preside as ações dos movimentos sociais. Nas ONGs que prestam ou desenvolvem um serviço, o caráter educativo de suas ações é dado pela forma diferenciada em que este serviço é feito: não segue a lógica do mercado mas a lógica da cooperação e da solidariedade" (GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil:** movimentos sociais, ONG's e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. p. 96-97).

[36] É nesse sentido o apontado por Valdir Pedde e Margarete Fagundes Nunes: "As Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) constituíram-se um dos movimentos sociais mais importantes dessa época. Articulavam o povo em torno de questões religiosas, sociais e políticas. As CEBs foram a base de inúmeros outros movimentos. Muitos movimentos, como as associações de bairro, tinham a liderança formada neste segmento religioso. Inúmeros também foram os políticos e os sindicalistas estreitamente vinculados às CEBs. Essas comunidades eram, ainda, um dos poucos espaços de reunião e discussão possível para o enfrentamento ao sistema repressivo do Estado (PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 106).

fontes do poder social" e a relação com o Estado "era vista em termos de antagonismo e oposição"[37].

Nos anos 80 outros movimentos sociais surgem por conta da "conjuntura político-econômica da época", e com uma temática distinta daquela verificada na década de 70, pois estavam focados, principalmente, nas questões do desemprego, da habitação e nas condições de vida[38]. Nesse período, surgem, por exemplo, os "movimentos dos desempregados e das Diretas já". Este último, "surgiu no momento de pico de um ciclo de protestos, contra o regime militar e a política excludente de desemprego, e demarcou o início de um novo ciclo de protestos, então centrado na questão da Constituinte"[39].

Na década de 90, não obstante as conquistas dispostas na Constituição Federal de 1988 em termos de direitos e, por conseguinte, da ampliação da liberdade de manifestação, a economia continuava em acentuada transformação (crise), de modo que "a economia informal, ao ganhar proeminência sobre a economia formal, transfigura o que antes era tido como alternativo, e usualmente descartado, em algo bom e preconizado como saudável e recomendável". Com efeito, "as relações de trabalho deixam de ser o principal foco das lutas dos trabalhadores. A luta básica passa a ser pela manutenção de um emprego, qualquer que seja, e não mais pelas condições de trabalho dentro de uma categoria"[40].

Essa alteração do cenário ocasionou a perda da mobilização de muitos dos movimentos sociais populares, pois "as políticas integradoras exigem a interlocução com organizações institucionalizadas". As ONGs, por consequência, "ganham importância por meio de políticas de parceria estruturadas com o poder público, que, na grande maioria dos casos, mantém o controle dos processos deflagrados enquanto avalista dos recursos econômico-monetários"[41].

Nesse período, então, ocorreu o predomínio das temáticas da ética e da preservação da vida; novos movimentos sociais surgiram: Movimento Ética na Política, Viva Rio, Movimento dos aposentados etc. A relação da sociedade civil com o Estado é diversa quando comparada as duas décadas anteriores: "as arenas de negociação estão normatizadas e a institucionalidade da relação sociedade organizada-poder público é um fato"[42].

Avançando na linha temporal, verifica-se, atualmente — além da constatada quantidade e diversidade dos movimentos sociais no Brasil —, "uma maior pluralidade social, tanto na vida dos grupos e organizações sociais como na ação orientada para a esfera pública. Em síntese, está havendo uma mudança nos valores e orientações que informam e fundamentam a ação social"[43].

2.1.2 Movimentos sociais no Brasil

Independente da diversidade de movimentos sociais, no Brasil do tempo atual, entende-se adequado o destaque de três desses para corroborar com o exposto até o momento. São os seguintes: Movimento dos Sem-Terra, Movimento Feminista e Movimento Negro.

---

[37] GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 281-282.

[38] Luiz Cláudio Duarte explana sobre este ponto: "Entre 1980 e 1984, somente a indústria paulista fechou 500 mil postos de trabalho. A partir de 1982, com a crise da dívida externa, a economia brasileira passou a ser monitorada pelo FMI, que impôs, e foi aceita pelo regime militar, uma política de cortes nos gastos públicos e achatamento dos salários. Conseqüentemente, agravou-se a piora na qualidade de vida da população trabalhadora" (DUARTE, Luiz Cláudio. Os movimentos sociais urbanos nos aos de 70 e 80: um balanço historiográfico. **Revista Vértices**, Rio de Janeiro. a. 03. n. 01. p. 36. mar. 2000. Disponível em: <http://www.essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/view/1809-2667.20000006>. Acesso em: 23 maio. 2017.

[39] GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 285.

[40] Ibid., p. 296.

[41] GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 297.

[42] Ibid., p. 297.

[43] GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 325.

2.1.2.1 Movimento dos Sem-Terra

Em meados de 1950, em que pese à existência de conflitos pela terra em período anterior, evidencia-se a organização dos camponeses, auxiliados pela Igreja Católica, com o escopo de debater a questão da terra, ou seja, da Reforma Agrária. A temática é impulsionada na década de 70 a partir da construção da Transamazônica, de hidrelétricas e de barragens que acarretaram na expulsão de inúmeras famílias de suas terras, ocasionando conflitos[44].

Destarte, no ano de 1979 surgiu o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra: o ato ocorreu setembro com a ocupação das granjas Macali e Brilhante no Estado do Rio Grande do Sul. Em meados de 1981 surgiu um novo acampamento, conhecido como "Encruzilhada Natalino, que se tornou símbolo da luta de resistência à ditadura militar, agregando em torno de si a sociedade civil que exigia um regime democrático"[45].

Depois disso, "novos focos de resistência à ditadura das armas e das terras surgiram: posseiros, arrendatários, assalariados, meeiros, atingidos por barragens". A ação concreta desse movimento é a ocupação de terra: "As ocupações de terra se tornaram ferramenta de expressão camponesa e de contestação do autoritarismo"[46;47].

O MST com o passar dos anos, ao contrário de outros movimentos sociais, se estruturou e, ainda, mantém a temática da Reforma Agrária: uma questão pendente de solução no país.

2.1.2.2 O Movimento Feminista

A temática do movimento feminista é a "autonomia, liberdade e emancipação das mulheres, questionando as relações de desigualdade de poder entre homens e mulheres presente no âmbito do espaço público [...] e do privado [...][48]". Uma das características do movimento feminista é a diversidade (de classe, de raça, orientação sexual e outras) e, por isso, é visto como "um movimento polifônico, articulador de diversas vozes, como das mulheres negras, das mulheres trabalhadoras rurais, das operárias, entre outras"[49].

No país, "uma confluência de fatores contribuiu para a eclosão do feminismo brasileiro na década de 1970"[50], entre os quais destaca-se a escolha do ano de 1975, pela ONU, como o Ano Internacional da Mulher. Nessa década, o foco dos movimentos sociais no Brasil era o debate sobre a sexualidade, o prazer e a família "denunciando a dominação masculina e as diversas formas de manifestação da violência contra as mulheres (espancamento, estupro, assassinatos em nome da honra)", além de temas relacionados "às condições de trabalho, saúde, participação política e cidadania"[51].

---

[44] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 107.

[45] MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM-TERRA. **Nossa história**: 70-80. Disponível em: <http://www.mst.org.br/nossa-historia/70-82>. Acesso em: 17 jun. 2017.

[46] Ibid.

[47] A estratégia básica dos Sem-Terra é a ocupação de terras improdutivas, públicas ou particulares, criando um fato político que pressiona o governo a negociar com o Movimento, a fim de promover o assentamento de famílias por meio da concessão de títulos de posse (PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 108).

[48] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 111.

[49] Ibid., p. 111.

[50] SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis. v. 12. n. 02. p. 36. maio-ago. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200003/7860>. Acesso em: 15 jun. 2017.

[51] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 112.

De acordo com o asseverado por Cynthia Andersen Sarti, "O reconhecimento oficial pela ONU da questão da mulher como problema social favoreceu a criação de uma fachada para um movimento social que ainda atuava nos bastidores da clandestinidade"[52].

A autora citada prossegue com a sua exposição e explica que "parece haver um consenso em torno da existência de duas tendências da corrente feminista do movimento de mulheres nos anos 1970, que sintetizam o próprio movimento", ou seja, "a primeira, voltada para a atuação pública das mulheres, investia em sua organização política, concentrando-se principalmente nas questões relativas ao trabalho, ao direito, à saúde e à redistribuição de poder entre os sexos", e a segunda, abordando "o terreno fluido da subjetividade, com as relações interpessoais, tendo no mundo privado seu campo privilegiado, [...] principalmente através de grupos de estudos, de reflexão e de convivência".

Nos anos 80, a partir da anistia de 1979, o movimento feminista se fortalece com a bagagem cultural obtida pelas exiladas que estavam em outros países e retornaram ao Brasil, bem com pela criação de ações governamentais voltadas a "promoção da igualdade entre os sexos" (por exemplo: os Conselhos dos Direitos da Mulher criados com a finalidade de formular políticas públicas para as mulheres)[53;54]. Por fim, como um dos reflexos da atuação das feministas nesse período, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterou-se em muito a situação das mulheres, estabelecendo-se a igualdade entre aquelas e os homens e, assim, eliminando, formalmente, a hegemonia masculina.

A década de 90 é marcada pelo aprofundamento do "processo de institucionalização das reivindicações feministas com a criação de órgãos governamentais para formulação, articulação e implementação de políticas públicas como Coordenações/Coordenadorias..."[55]. Contudo, uma das principais temáticas, além da permanente luta pela igualdade em termos concretos, é a questão da violência doméstica "em que tanto homens como mulheres aparecem como agressores"; tal questão "contribuiu de forma decisiva para mostrar os intrincados problemas nas relações de gênero", demonstrando "a necessidade de se trabalhar e pensar em termos de identidades que se constituem em relações, construídas a partir de referências sociais e culturais específicas"[56].

No momento atual, constata-se que o movimento social feminista permanece trabalhando com a temática da igualdade em geral, mas também se evidencia o debate sobre a violência doméstica e pela significativa participação das mulheres na política, apresentando-se, portanto, como um dos movimentos com significativa atuação no país.

2.1.2.3 O Movimento Negro

O movimento negro é composto por diversas vozes, ou seja, é plural na medida em que converge "no que se refere à luta pela cidadania, pela justiça social, pela construção de respostas às diferentes formas

---

[52] Ibid., p. 41.

[53] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 112.

[54] Em complemento, veja-se o exposto por Cynthia Sarti: "Nos anos 1980 o movimento de mulheres no Brasil era uma força política e social consolidada. Explicitou-se um discurso feminista em que estavam em jogo as relações de gênero. As idéias feministas difundiram-se no cenário social do país, produto não só da atuação de suas porta-vozes diretas, mas também do clima receptivo das demandas de uma sociedade que se modernizava como a brasileira. Os grupos feministas alastraram-se pelo país. Houve significativa penetração do movimento feminista em associações profissionais, partidos, sindicatos, legitimando a mulher como sujeito social particular" (SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis. v. 12. n. 02. p. 42. maio-ago. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200003/7860>. Acesso em: 15 jun. 2017).

[55] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 113.

[56] SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis. v. 12. n. 02. p. 43-44. maio-ago. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200003/7860>. Acesso em: 15 jun. 2017.

de manifestação do racismo na sociedade brasileira". Assim, em diversos momentos da história brasileira, identificam-se as temáticas da luta pela "afirmação da identidade" e da recuperação "das raízes históricas e culturais do povo negro". A criação do Movimento Negro Unificado (MNU), nos anos 70, com o escopo de afirmação étnica proporciona "uma maior visibilidade no cenário político nacional"[57], impulsionando e fortalecendo o movimento.

A manutenção do debate sobre a afirmação da identidade e da igualdade racial ensejou o estabelecimento de um Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010[58]) destinado a "garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica".

O movimento, não obstante ao reconhecimento de direitos, mantém a discussão em torno das suas temáticas, uma vez que "as maiores dificuldades encontram-se na superação de um imaginário construído em torno de uma ideologia da mestiçagem, que ganhou força no Brasil no início do século XX". Esse cenário de país mestiço "dissimula a pluralidade racial, dificulta a afirmação das diferenças e sustenta e mito da democracia racial"[59]. Dessa maneira, o movimento negro permanece atuante no tempo atual.

3 A OCUPAÇÃO DAS ESCOLAS DE REDE DE ENSINO ESTADUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

No quarto trimestre do ano de 2015 houve o estabelecimento de um "novo" movimento social dos estudantes secundaristas da rede estadual de ensino do Estado de São Paulo, o qual culminou, em termos de ação concreta, com a ocupação dos prédios de diversas escolas públicas dessa rede.

Esse movimento originou-se em decorrência da insatisfação dos alunos com o projeto de reorganização escolar elaborado pelo governo do Estado de São Paulo. O projeto era defendido como adequado para melhorar a qualidade da educação e, assim, "pressupunha a divisão das escolas em ciclos de aprendizagem: uma escola para os alunos do 1º ao 5º ano; outra para os alunos do 6º ao 9º ano; e uma terceira para os alunos do ensino médio"[60].

A proposta de reorganização em questão — apresentada de forma rápida — não proporcionou "aos diferentes sujeitos da rede estadual de educação de São Paulo discutir o projeto ou participar de sua elaboração, negando, assim, o espaço do contraditório, essencial no processo democrático". A consequência da implantação do projeto seria "o fechamento de 94 escolas em todo o estado, sendo 25 delas na cidade de São Paulo"[61].

Como reação contrária ao projeto, os estudantes de inúmeras escolas públicas do Estado de São Paulo "iniciaram um intenso processo de ocupação de escolas, em um amplo movimento de enfrentamento ao projeto de reorganização"[62]. Os alunos e as alunas reivindicavam não apenas a suspensão do projeto, mas, também, a possibilidade de participação e discussão em qualquer projeto de reorganização da rede estadual

---

[57] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 115-116.

[58] BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

[59] PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 116.

[60] GIROTTO, Eduardo Donizeti. A dimensão espacial da escola pública: leituras sobre a reorganização da rede estadual de São Paulo. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1122-1123. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401121&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

[61] Ibid., p. 1123.

[62] GIROTTO, Eduardo Donizeti. A dimensão espacial da escola pública: leituras sobre a reorganização da rede estadual de São Paulo. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1123. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401121&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

de ensino do Estado de São Paulo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 (artigos 205 e 206)[63], a Lei de diretrizes e bases da educação nacional (artigo 14)[64] e o Plano Nacional de Educação – PNE (meta 19)[65] propugnam pela gestão democrática da educação com a consequente participação dos sujeitos interessados.

A ação inaugural concreta desse movimento estudantil ocorreu em 09 de novembro de 2015, quando a "E.E. Diadema, na Grande São Paulo, foi ocupada pelos alunos, o que se repete no dia seguinte, na E.E. Fernão Dias Paes, no bairro de Pinheiros, em São Paulo. A partir de então, essas ações se difundiram e atingiram um ápice de mais de 200 escolas ocupadas no mês seguinte"[66]. A ocupação dos prédios das escolas seguia as instruções de um manual chileno intitulado "Como ocupar uma escola"[67]; o documento "propagandeava a tática de ocupações de escolas recentemente desenvolvida pelos secundaristas chilenos"[68].

O movimento não foi um ato desordenado de estudantes, mas sim uma ação coletiva organizada: a partir da verificação da atuação desse movimento estudantil, se identificou "princípios como autogestão, ação direta, apoio mútuo e solidariedade [...], não como discursos, mas como ações cotidianas daqueles que, cansados de serem tratados como números, afirmaram-se como sujeitos do seu próprio processo formativo"[69].

Em um primeiro momento, contrapondo-se ao movimento, o governo do Estado de São Paulo levou o debate ao Poder Judiciário com o objetivo de obter a reintegração de posse dos prédios das escolas e, assim, esfriar a ação realizada pelos secundaristas, mas não logrou o êxito esperado.

O Poder Judiciário, na segunda instância, não deferiu as liminares pretendidas pela administração pública; o fundamento utilizado pela maioria dos magistrados apontava para necessidade de participação dos sujeitos envolvidos no projeto de reorganização da rede estadual de ensino do Estado de São Paulo. Isso é o que se extrai, por exemplo, de um dos trechos do voto proferido pelo Desembargador Magalhães Coelho no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000:

> [...]
>
> E em boa hora o Poder Judiciário vem entender que uma matéria dessa magnitude não pode ser lida com o viés possessório que o recurso pretende lhe impor.

---

[63] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[64] BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[65] BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[66] CATINI, Carolina de Roig. MELLO, Gustavo Moura de Cavalcanti. Escolas de luta, educação política. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1180. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401177&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

[67] O documento trata-se de um verdadeiro manual, ainda que resumido, sobre os atos necessários para efetivação de uma ocupação de colégio, visando à manutenção da ordem: "Com esse texto não queremos nada mais que tentar deixar mais fácil o caminho para os companheiros que estão começando suas lutas agora. Textos como esse são os que nos fizeram falta durante os momentos de luta para evitar que conflitos dentro dos grêmios nos distraíssem dos problemas que são realmente importantes em um período de ocupação. Não existe fórmula secreta nem perfeita para ocupar um colégio. Simplesmente é necessário seguir alguns princípios básicos, ter clareza sobre como se organizar e ajeitar o que foi planejado à conjuntura geral, à correlação de forças, etc. Uma vez decidida e votada a ocupação do colégio pela totalidade dos estudantes, é primordial e 'obrigatório' que se discuta como se organizará todo o processo de ocupação, para garantir que todas as tarefas sejam cumpridas no prazo e da forma proposta, sempre respeitando a democracia direta. Para que se respeita a democracia e se garanta o cumprimento das tarefas, é preciso dividi-las de alguma maneira. O mais prático e recomendável é que a assembleia geral nomeie comissões para cada tema específico, que fiquem responsáveis de supervisionar e cumprir as tarefas designadas para elas" (O MAL-EDUCADO. **Como ocupar um colégio?: manual escrito por estudantes secundaristas da Argentina e Chile**. Disponível em: <https://gremiolivre.files.wordpress.com/2015/10/como-ocupar-um-colc3a9gio.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017).

[68] CATINI, Carolina de Roig. MELLO, Gustavo Moura de Cavalcanti. Escolas de luta, educação política. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1179. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401177&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

[69] GIROTTO, Eduardo Donizeti. A dimensão espacial da escola pública: leituras sobre a reorganização da rede estadual de São Paulo. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1123. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401121&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

> E mesmo, ainda, com a leitura autoritária que o Estado Brasileiro costuma enfrentar as questões sociais.
>
> Em arremate, a questão não pode ser resolvida pela judicialização na via possessória, mas pelos canais institucionais próprios ao diálogo entre as diversas visões do problema, próprios, aliás, daqueles envolvidos na relevante política pública da educação.
>
> Aliás, é preciso ter a coragem de se dizer que o ajuizamento dessa ação, além de sua evidente impropriedade técnica, constitui-se verdadeira irresponsabilidade e irracionalidade, porque não se resolve com repressão um legítimo movimento de professores e alunos, adolescentes na sua expressiva maioria, a merecer a proteção do Estado (art. 205 e 227 da C.F.).
>
> Não vai longe o dia em que a insensibilidade e o autoritarismo dos governantes, a incentivar o excesso de repressão policial, levou o país à perplexidade com os movimentos sociais e junho de 2.013.
>
> Não será, portanto, com essa postura de criminalizar e "Satanizar" os movimentos sociais e reivindicatórios legítimos que o Estado Brasileiro alcançará os valores abrigados na Constituição Federal, a saber, a construção de uma sociedade justa, ética e pluralista, no qual a igualdade entre os homens e a dignidade de todos os cidadãos deixe de ser uma retórica vazia para se concretizar plenamente.
>
> Daí o porquê, pelo meu voto proponho o não conhecimento do Agravo e a extinção de ofício, sem exame do mérito, da ação de interdito possessório, por evidente falta de interesse de agir e, vencido nesse aspecto, indefiro a medida liminar por ausência de seus pressupostos[70].

Dessa forma, "após um mês de ocupações, o governo estadual viu-se obrigado a recuar, decretando a suspensão do projeto e prometendo construir o diálogo com a sociedade civil"[71;72].

4 CONCLUSÃO

A apresentação da noção de movimentos sociais acarreta, acredita-se, na necessidade de reflexão sobre a importância da maior participação dos diversos atores da sociedade civil na relação com a Administração Pública, uma vez que para o fortalecimento da cidadania faz-se imperioso o aprofundamento das relações "dos indivíduos e grupos com o Estado"[73]. Essa dita obrigatoriedade de relacionamento é uma decorrência do próprio modelo estatal no qual os indivíduos estão inseridos, pois o "Estado é sempre elemento referencial definidor porque é na esfera pública estatal que se asseguram os direitos, da promulgação à garantia do acesso [...]"[74].

Essa assertiva é corroborada com a ação do movimento social secundarista em destaque, já que esta participação coletiva que reivindicava a gestão democrática na elaboração de um projeto de reorganização da rede estadual de ensino lutou pela redefinição do relacionamento com o Estado, cumprindo o papel de

---

[70] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª **Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000. Agravante:** FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FESP. Agravados: APEOESP - SINDCATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Coimbra Schmidt. São Paulo, 23 de novembro de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9034676&cdForo=0&vlCaptcha=UTMva>. Acesso em: 26 maio. 2017.

[71] GIROTTO, Eduardo Donizeti. A dimensão espacial da escola pública: leituras sobre a reorganização da rede estadual de São Paulo. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1123. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401121&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

[72] Nessa linha, também é a seguinte exposição: "Após dois meses de conflito, face às sentenças judiciais que impediram a desocupação forçada das escolas e proibiram seus fechamentos, e na tentativa de minimizar o desgaste político revelado pelas pesquisas de opinião, o governador do Estado de São Paulo viu-se obrigado a recuar, suspender a chamada "reorganização da rede estadual de ensino" e aceitar a demissão do secretário que estivera à frente da iniciativa" (CÁSSIO, Fernando Luiz. CROCHIK, Leonardo. PIERRO, Maria Clara Di. STOCO, Sergio. Demanda social, planejamento e direito à educação básica: uma análise da rede estadual de ensino paulista na transição 2015-2016. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n.137. p. 1089-1119. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401089&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017).

[73] GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil:** movimentos sociais, ONG's e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. p. 30.

[74] Ibid., p. 30.

um ator da sociedade civil e, assim, assegurando os direitos respectivos.

Não fosse a ação do movimento social de ocupação das escolas, possivelmente, a reorganização projetada "teria levado [...], ao fechamento de 94 escolas (cerca de 1,6% da rede) e à reestruturação dos ciclos de outras 754 unidades de ensino (cerca de 13,3% do total), impactando diretamente a vida escolar e funcional de 311 mil alunos [...][75].

Portanto, depois de muitos conflitos que ensejaram na garantia de liberdades contempladas na Constituição Federal, é, no mínimo, adequado o debate da relação entre a Administração Pública e os Movimentos Sociais, pois estes são atores importantes para promoção da cidadania e o aprofundamento da democracia.

REFEFÊNCIAS

ARAUJO, Nayra Veras de. LIMA, Antônia Jesuíta de. Melucci e Tarrow: revisão teórica sobre movimentos sociais. **Revista Em Pauta**, Rio de Janeiro, v. 7. n. 25. p. 115-130. jul. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2887/2081>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 243 p.

CÁSSIO, Fernando Luiz. CROCHIK, Leonardo. PIERRO, Maria Clara Di. STOCO, Sergio. Demanda social, planejamento e direito à educação básica: uma análise da rede estadual de ensino paulista na transição 2015-2016. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n.137. p. 1089-1119. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401089&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

CATINI, Carolina de Roig. MELLO, Gustavo Moura de Cavalcanti. Escolas de luta, educação política. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1177-1202. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401177&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

DUARTE, Luiz Cláudio. Os movimentos sociais urbanos nos aos de 70 e 80: um balanço historiográfico. **Revista Vértices**, Rio de Janeiro. a. 03. n. 01. p. 33-37. mar. 2000. Disponível em: <http://www.essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/view/1809-2667.20000006>. Acesso em: 23 maio. 2017.

[75] CÁSSIO, Fernando Luiz. CROCHIK, Leonardo. PIERRO, Maria Clara Di. STOCO, Sergio. Demanda social, planejamento e direito à educação básica: uma análise da rede estadual de ensino paulista na transição 2015-2016. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n.137. p. 1089-1119. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401089&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

FERNANDES, António Teixeira. Conflitualidade e movimentos sociais. **Análise social**, v. XXVIII (123-124), 1993 (4º-5º), p. 787-828. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223292608S8kUR1qx0Wa77QV4.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

GIROTTO, Eduardo Donizeti. A dimensão espacial da escola pública: leituras sobre a reorganização da rede estadual de São Paulo. **Educação & Sociedade**. Campinas. v. 37. n. 137. p. 1121-1141. out-dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302016000401121&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 maio. 2017.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro. v. 16. n. 47. p. 333-361. maio-ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil:** movimentos sociais, ONG's e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. 120 p.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 383 p.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Tradução por João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 620 p.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução por Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. 175 p.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 303 p.

MARCONDES, Danilo. STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. 190 p.

MARTELETO, Regina Maria. RIBEIRO, Leila Beatriz. GUIMARÃES, Cátia. Informação em movimento: produção e organização do conhecimento nos espaços sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 69-80. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/88>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM-TERRA. **Nossa história**: 70-80. Disponível em: <http://www.mst.org.br/nossa-historia/70-82>. Acesso em: 17 jun. 2017.

O MAL-EDUCADO. **Como ocupar um colégio?: manual escrito por estudantes secundaristas da Argentina e Chile**. Disponível em: <https://gremiolivre.files.wordpress.com/2015/10/como-ocupar-um-colc3a9gio.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2017.

PEDDE, Valdir. NUNES, Margarete Fagundes. Movimentos sociais: cidadania em construção. In: MARTINS, Rodrigo Perla. MACHADO, Carlos R. S. (Orgs.). **Identidades, movimentos e conceitos:** fundamentos para discussão da realidade brasileira. Novo Hamburgo: Feevale, 2004. p. 102-120.

PEREIRA, Marcus Abílio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Pública**, Campinas. v. 18. n. 1. p. 68-87. jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000100004>. Acesso em: 16 jun. 2017.

ROSA, Alexandre Reis. MENDONÇA, Patrícia. Movimentos sociais e análise organizacional: explorando possibilidades a partir da teoria de frames e a de oportunidades políticas. **Organizações & Sociedade**, Salvador. v. 18. n. 59. p. 645. out-dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302011000400005>. Acesso em: 23 maio. 2017.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. Tradução por Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [20--?]. 159 p.

RUCHT, Dieter. Sociedade como projeto – projetos da sociedade: sobre o papel dos movimentos sociais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 2. n. 1. p. 13-28. jun. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/86>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª **Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000. Agravante:** FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FESP. Agravados: APEOESP - SINDCATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Coimbra Schmidt. São Paulo, 23 de novembro de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9034676&cdForo=0&vlCaptcha=UTMva>. Acesso em: 26 maio. 2017.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis. v. 12. n. 02. p. 35-50. maio-ago. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200003/7860>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SERRA JUNIOR, Gentil Cutrim. ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. A Internet e os novos processos de articulação dos movimentos sociais. **Revista Katálysis** [online]. Florianópolis, v. 16. n. 2. p. 205-213. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v16n2/06.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

STRECK, Danilo Romeu. ADAMS, Telmo. Lugares da participação e formação da cidadania. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre. v. 6. n. 1. p. 95-117. jan-jun. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/24>. Acesso em 17 jun. 2017.

GT20: DIREITO À EDUCAÇÃO EM UMA SOCIEDADE DE CONTROLE

A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E A AUTONOMIA DO ALUNO: EM BUSCA DE ESPAÇOS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO

Autor

RESUMO: O tema do presente artigo é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei 9394/96 e a autonomia do aluno. O objetivo consiste em suscitar o debate sobre a abordagem que a referida legislação oferece à temática da autonomia do aluno e que espaços disponibiliza para o desenvolvimento e incentivo da mesma. De metodologia qualitativa, a pesquisa recorreu à pesquisa documental, orientando-se pela técnica da Análise de Conteúdo. Os resultados apontam para: a) um jogo de forças e interesses desde a origem da LDB 9394/96; b) o papel fundamental da LDB 9394/96 na luta pela universalização da educação, bem como à gestão democrática das instituições educativas; c) a LDB 9394/96 faz menção apenas ao desenvolvimento da autonomia intelectual do estudante; d) há poucos espaços para o desenvolvimento da autonomia do aluno em nossa normativa da educação. Concluímos que, pese ao superficial tratamento que a autonomia recebe na LDB 9394/96, é possível recorrer a outras fontes (documentais) para encontrá-la. Entretanto, permanece o desafio à comunidade acadêmica e educacional como um todo, para que se possa apontar os caminhos a gestores e docentes preocupados com o tema do desenvolvimento da autonomia estudantil.

Palavras-chave: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Autonomia do Aluno. Docentes; Gestão Escolar.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A trajetória da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) 9394, desde a Constituinte da Carta Cidadã de 1988, passando pelas conferências e fóruns populares até a promulgação, em 20 de dezembro de 1996, reveste-se de uma complexidade característica das tensões ideológicas da política brasileira até os dias atuais. Essa complexidade é definida por Brzezinski (2010, p. 185) como o tensionamento entre os atores de dois mundos "conflitantes sobre as concepções de sociedade, cidadania, educação, escola e ensino: o mundo real, dos educadores, e o oficial, o mundo do sistema educativo".

Assim, a autora entende que o Ministério da Educação (MEC) favoreceu, nesta disputa na arena política, a prevalência hegemônica dos interesses do ensino privado sobre os que defendiam um ensino público, laico e de qualidade para todos os brasileiros e brasileiras. Da mesma ideia partilham Kuenzer e Gonçalves (1995, p. 108), quando afirmam que estavam em jogo duas propostas de educação: "para os trabalhadores, a terminalidade antecipada, continuada pela formação profissional precoce. Para os que vão desempenhar as funções intelectuais na sociedade, a continuidade dos estudos". Ainda segundo estes autores, prevaleceu a primeira proposta, em detrimento da educação voltada para a criatividade, o exercício do pensamento crítico e a autonomia intelectual e moral, opinião corroborada por Carneiro e Cruz (1995).

De acordo com Carneiro e Cruz (1995), "A *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* estabelece os fins da educação, indicando os rumos a serem seguidos e os meios adequados para atingi-los, ou seja, a organização da Educação Nacional". Em nosso entendimento, levando em conta a complexidade de sua gênese, ela também representa o pensamento de um grupo (o do poder) sobre educação e acerca das políticas educativas.

Portanto, o presente estudo tem como objetivo suscitar o debate sobre a abordagem que a referida legislação oferece à temática da autonomia do aluno[1] e que espaços disponibiliza para o desenvolvimento

[1] Apesar de alguns autores como o neuropedagogo Pierluigi Piazzi (2008) realizarem uma distinção entre os termos aluno e estudante, sendo o primeiro aquele que assiste aula, com comportamento coletivo e passivo, e o estudante, por sua vez, aquele que possui luz própria e pratica a atividade de estudar, com postura indi-

e incentivo da mesma. De metodologia qualitativa e linha filosófico-epistemológica dialética, a pesquisa recorreu à pesquisa documental, orientando-se pela técnica da Análise de Conteúdo de Bardin (2006).

Após esta breve introdução apresentamos uma linha do tempo com a gênese da LDB 9394/96 e o seu legado. Na sequência, demonstramos que a referida lei faz menção apenas ao desenvolvimento da autonomia intelectual do estudante e que ela oferece poucos espaços para o desenvolvimento da autonomia do aluno. Fechando o estudo, mas sem a pretensão de encerrar a discussão, ponderamos que, pese ao superficial tratamento que a autonomia recebe, é possível recorrer a outras fontes (documentais) para encontrá-la, as quais sinalizamos.

2 A LDB 9394/96: GÊNESE E CONTRIBUIÇÕES

Com o auxílio de alguns autores, elaboramos uma linha do tempo da gênese da LDB 9394/96:

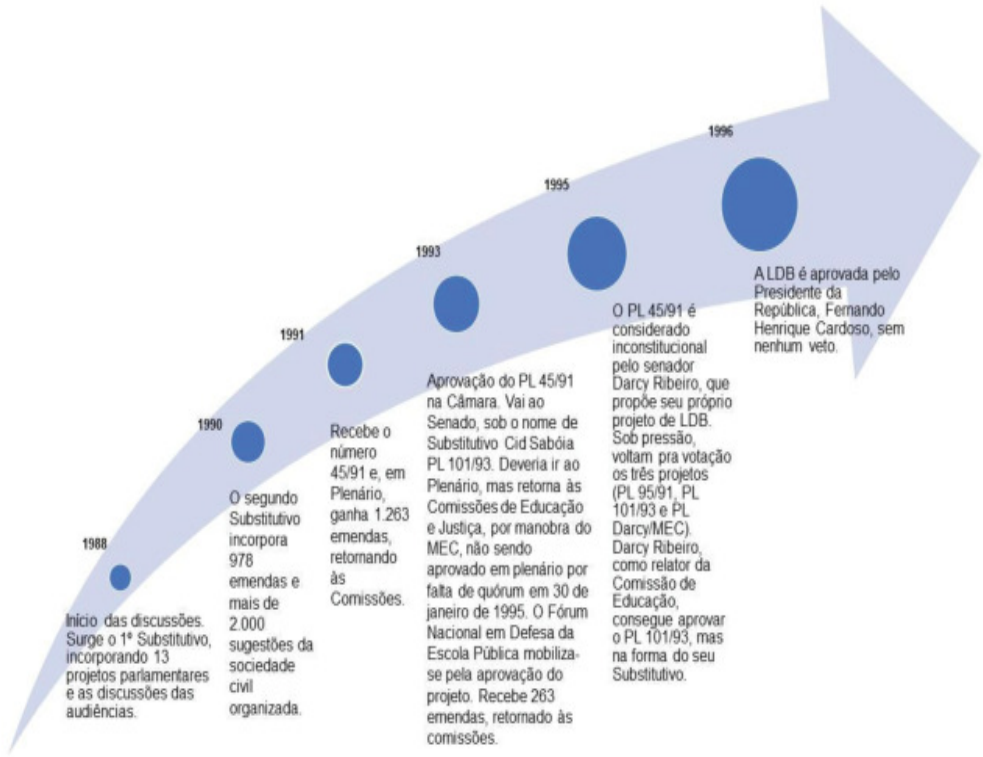
- 1988 – Desde a época da Constituinte, que resultou na Constituição Federal de 1988, "educadores e trabalhadores lutam pela criação de uma lei que organize o Sistema Nacional de Educação e estabeleça a sua unidade" (CARNEIRO e CRUZ, 1995, p. 103);
- 1989 - "[...] surgiu o 1º Substitutivo do deputado Jorge Hage que incorporou 13 projetos parlamentares e as discussões realizadas nas audiências" (OTRANTO, 1996, p. 1). No segundo semestre aconteceram os Simpósios Temáticos;
- 1990 - Surge o segundo Substitutivo Jorge Hage, "que incorporou 978 emendas e mais de 2000 sugestões da sociedade civil organizada" (OTRANTO, 1996, p. 1);
- 1991 – Recebe o número 45/91, ganha 1.263 emendas e retorna às comissões;
- 1992 – O Senador Darcy Ribeiro apresenta novo projeto, rejeitado pelos seus pares, posto que já havia um projeto tramitando;
- 1993 – O projeto n. 45/91 recebe aprovação da Câmara e vai ao Senado, sob o nome de substitutivo Cid Saboia PL 101/93, seu relator, iniciando o processo de discussão e recebimento de emendas. "Aprovado na Comissão de Educação, deveria ir ao Plenário, mas retorna às Comissões de Educação e de Justiça, por manobra do MEC, não sendo aprovado no Plenário, em 30 de janeiro de 1995, por falta de quórum" (CARNEIRO e CRUZ, 1995, p. 105). Inicia-se intenso debate e acordos partidários em torno do recebimento de emendas e o Fórum Nacional em defesa da Escola Pública mobiliza-se pela aprovação do projeto;
- 1995 – "Através de uma manobra regimental, o Substitutivo Cid Sabóia, que deveria ir ao Plenário, retorna às Comissões de Educação e de Justiça e Cidadania, e é considerado inconstitucional, através do Parecer do Senador Darcy Ribeiro, Relator nas duas Comissões" (OTRANTO, 1996, p. 2). O Senador Darcy Ribeiro retira o Substitutivo Cid Sabóia e propõe um novo projeto de LDB, "de sua autoria, sem qualquer consulta anterior a nenhuma instância representativa dos educadores" (Idem). Darcy Ribeiro agregou seu projeto de LDB ao PL 45/91, do Deputado Florestan Fernandes, sobre a concessão de bolsas de estudo aos programas de Mestrado e Doutorado, já tramitando no Senado Federal, "num golpe regimental" (CARNEIRO e CRUZ, 1996, p. 106). Pressões de educadores de todo o país e do Fórum Nacional em Defesa da Escola Pública fazem retornar o PL 101/93 à tramitação, mas com o próprio Darcy Ribeiro como seu relator. Desta maneira, o substitutivo que ele apresentou manteve "basicamente o seu próprio projeto; na verdade, em três meses, o Senador Darcy Ribeiro apresentou cinco versões do seu Projeto, desconsiderando todas as conquistas incluídas no PL 101/93" (CARNEIRO e CRUZ, 1996, p. 106). Devido à pressão das entidades em defesa da escola pública, os três projetos voltam à tramitação: o PL 45/91, o PL 101/93 e o PL Darcy/MEC (sexta versão). "A confusão estava armada! Ninguém sabia a qual dos Projetos se deveriam propor emendas. [...] Houve 57 emendas, dos Senadores, referindo-se indistintamente a um ou outro Projeto" (OTRANTO, 1996, p. 3). Quando todas as emendas

vidual e ativa, neste artigo trazemos as duas palavras como sinônimos.

já haviam sido propostas, o Presidente do Senado, Senador José Sarney, tornou claro que elas foram apresentadas ao PLC 101/93. "Mas, o Senador Darcy Ribeiro, ao apreciá-las, toma como referência o seu próprio Substitutivo [...]. Apesar de todas as irregularidades, o Senador Darcy Ribeiro, como Relator da Comissão de Educação consegue aprovar o PLC 101/93, mas, na forma do seu Substitutivo" (Idem).

- 1996 – A LDB é aprovada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, sem nenhum veto. A data de 20 de dezembro é emblemática, comemorativa aos 35 anos da promulgação da primeira LDB, a Lei 4.024/1961. Para elucidar, elaboramos a figura 01.

Figura 01. Linha do tempo – gênese da LDB 9394/96



Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de Brzezinski (2010), Carneiro e Cruz (1005), Otranto (1996), e Kuenzer e Gonçalves (1995).

Brzezinski (2010, p. 192) declara que "Por meio de artimanhas de bastidores nesta instância do Parlamento, o Poder Executivo representado pelo Ministro da Educação exercitou seu poder de barganha e de 'troca de favores'". Perguntamos com a autora: "O que ocorreu em fevereiro de 1995?" (BRZEZINSKI, 2010, p. 192). E com ela respondemos: "Reinaugurou-se a tramitação do anteprojeto de LDB após anos de embates, discussões, debates, disputas, tramas, conluios e tramoias legislativas" (Idem). Imaginando o cenário político da época, perguntamos ainda sobre a questão ética dos parlamentares neste jogo de forças durante a tramitação de cada nova lei. Freire (2001, p. 31) ensina que "o direito de criticar e o dever, ao criticar, de não faltar à verdade para apoiar nossa crítica é um imperativo ético da mais alta importância no processo de aprendizagem de nossa democracia". Se levarmos em conta que a obra *Política e Educação* teve sua primeira edição datada de 1993, de onde buscamos este excerto de Paulo Freire, a expressão "aprendizagem da democracia" faz muito sentido, posto que somente em 1984 o Brasil restabelece o regime democrático. Contudo, é possível dizer que este aprendizado continua e que talvez ainda não tenhamos aprendido a lição inteira, ou seja, ainda não conseguimos praticar a democracia em sua integralidade.

A atual LDB está composta de 92 artigos, os quais apresentamos sucintamente.

a) O artigo 1º define educação descolada da educação formal, como processos formativos ocorridos

"na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais" (BRASIL, 1996);

b) Os artigos 2º e 3º versam sobre os princípios e finalidade da educação. Responsabilizando a família e o Estado pela educação, pregam uma educação pautada na igualdade de acesso e permanência, liberdade, pluralismo de ideias, tolerância, coexistência do ensino público e privado, gratuidade do ensino público, valorização do profissional da educação, gestão democrática, padrão de qualidade, valorização extraescolar e vinculação entre escola, trabalho e práticas sociais. Seria interessante se, de alguma forma, fossem melhor explicitadas as palavras "cidadania" e "qualidade";

c) O artigo 4º estabelece a educação Básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos, inclusive aos que não tiveram acesso na idade própria. Este artigo define "qualidade", no inciso IX: "Padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por estudante, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem" (BRASIL, 1996);

d) Os artigos 5º e 6º dedicam-se à obrigatoriedade da educação, a partir dos quatro anos, colocando como dever dos pais ou responsáveis a matrícula, e o artigo 7º permite à iniciativa privada oferecer o ensino, desde que atendidas as condições estabelecidas;

e) Os artigos 8º a 11 "repartem" as funções sobre o sistema de ensino entre municípios, estados e União: aos primeiros caberá a Educação Infantil, preferentemente. A Educação Fundamental também é prioritariamente tarefa dos municípios, em colaboração com os estados, que se responsabilizarão pelo Ensino Médio, enquanto a União oferece assistência técnica e financeira;

f) As atribuições da escola e docentes estão nos artigos 12 e 13, respectivamente, e os artigos 14 e 15 dispõem sobre a gestão democrática nas escolas públicas;

g) Os sistemas de ensino são definidos nos artigos 16 a 20 (federal, municipal, particular, etc.);

h) A partir do artigo 21 até o 60, a LDB se dedica a explicitar os níveis e as modalidades de educação e ensino, desde a Educação Infantil até o Ensino Superior; Quanto aos níveis, divide-os em: Educação Infantil: creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 a 5 anos), não havendo reprovação; Ensino Fundamental: (mínimo de nove anos) tem o objetivo de desenvolver a capacidade de aprender, fortalecer os vínculos da família, da solidariedade e tolerância. Prevê pelo menos quatro horas de trabalho diário; Ensino Médio: (mínimo de três anos). Os currículos deverão levar em conta a "formação integral do estudante, de maneira a adotar um trabalho voltado para a construção de seu projeto de vida e para a sua formação nos aspectos cognitivos e socioemocionais" (BRASIL, 1996, Art. 36, §5º). Quanto às modalidades de ensino, caracteriza a Educação de Jovens e Adultos; Educação Superior, Educação Profissional e Educação Especial.

i) Os profissionais da educação são assunto dos artigos 61 a 67, onde se preveem a formação, forma de ingresso no magistério público e valorização docente.

j) Os artigos 68 a 77 se ocupam da regulamentação dos recursos financeiros: a União deve aplicar pelo menos 18% da receita de impostos em Educação e os Estados, DF e Municípios, 25%. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, mas podem ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

k) Os artigos 78 a 86 tratam das disposições gerais, dispondo sobre a educação indígena e a educação a distância; e as disposições transitórias estão contidas nos artigos 87 a 92, instituindo a década da Educação (1996 – 2006), além de prever a promulgação do Plano Nacional de Educação (PNE) no prazo de um ano (1997). Todos sabemos, porém, que o primeiro PNE somente foi finalizado em 2001, tendo vigência até 2011. O segundo PNE (2014 – 2024), atualmente em vigor, deveria ter sido promulgado em 2012, mas isso somente ocorreu em 25 de junho de 2014, com a Lei nº 13.005. Chama a atenção o § 5º do artigo 86: "Serão conjugados todos os esforços objetivando a progressão das redes escolares públicas urbanas de ensino fundamental para o regime de escolas de tempo integral", pois o programa Mais Educação[2], que se

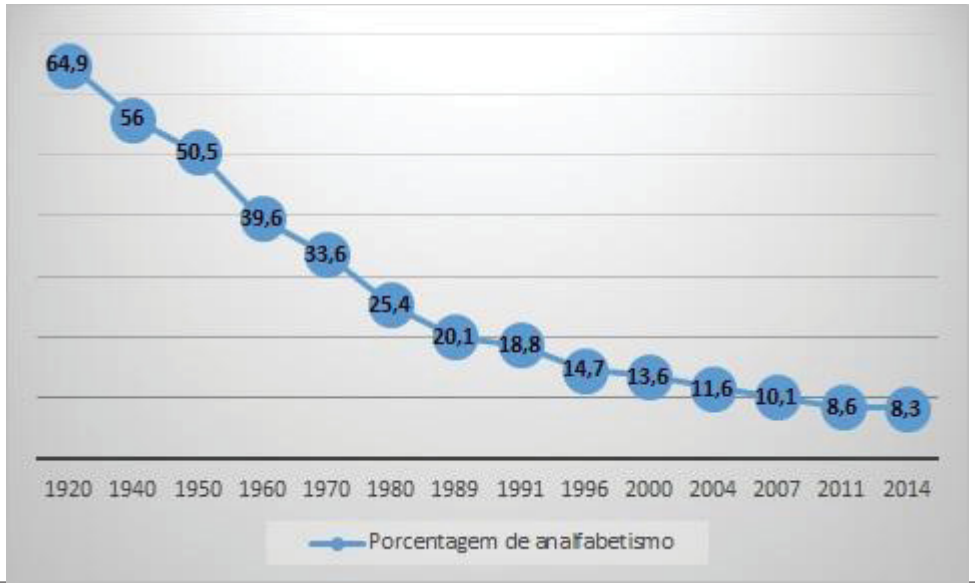
[2] "O Programa Mais Educação, instituído pela Portaria Interministerial nº 17/2007 e regulamentado pelo Decreto 7.083/10, constitui-se como estratégia do Ministério da Educação para induzir a ampliação da jornada escolar e a organização curricular na perspectiva da Educação Integral" Disponível em http://portal.mec.gov.br/programa-mais-educacao, Acesso em: em 09.10.2016.

destinava à educação integral, foi suspenso[3] (BRASIL, 2014).

Este rápido "raio-x" da nossa atual LDB permitiu-nos ter uma visão geral dos caminhos traçados para a educação brasileira. Quanto ao seu discurso, Demo (1997, p. 14) alerta que precisamos ter em mente que muitas vezes este permanece somente no compromisso moral e que, em educação, temos um problema central com relação ao alcance de uma lei. Freire (1992, p. 34), dirá que o discurso legal precisa estar alinhado com a prática. No caso da democracia, ou da discriminação, por exemplo, o autor revela que "O que não é possível é simplesmente fazer o discurso democrático, antidiscriminatório e ter uma prática colonial".

Como, porém, uma educação *sem-lei* não é possível, temos a nossa LDB 9394/96, que no ano de 2016 completou duas décadas. O que mudou na educação brasileira desde a sua promulgação em 20 de dezembro de 1996? As mudanças sobre as quais vamos refletir referem-se principalmente à taxa de analfabetismo total, por gênero e por renda, o patamar de instrução e equidade, ou seja, os anos de estudo. Muitos outros indicativos poderiam ser aqui analisados, como aprovação, reprovação, frequência, abandono, analfabetismo funcional, entre outros, mas nos deteremos, por ora, naqueles primeiramente referidos. Conseguimos auferir dados desde 1920 até 2014, como apresenta o gráfico contido na figura 02.

Figura 02. Taxa de analfabetismo de 1920 a 2014



Fonte: Os autores, a partir de Inep (1999), Inep (2003) e MEC (2014).

Do quadro apresentado, vamos "pinçar" alguns dados que, em nosso entendimento, merecem atenção: a) Até 1950, a taxa de analfabetismo era de mais da metade da população, figurando em 64,9%; b) De 1996, ano de promulgação da LDB, a 2014, um período de 18 anos, a redução da porcentagem de analfabetos foi de 43,53%; c) De 1920 a 2014, num espaço de 94 anos, a queda total do analfabetismo no Brasil foi de 87,21%.

Muitas são as contingências sociais, econômicas, culturais, políticas e históricas que compõem estes números, mas é interessante verificarmos que tivemos um patamar de redução dos analfabetos para quase a metade nos últimos 20 anos, desde a promulgação da LDB/1996. Ainda que não estejamos fazendo um comparativo anterior e posterior à LDB/1996, é certo que a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), pela Emenda Constitucional nº 53/06 e Lei nº 11.494/07), influenciou nessas cifras. De acordo com o MEC (2014, p. 8) este fundo "contribuiu para aumentar significativamente o volume de recursos para este nível da

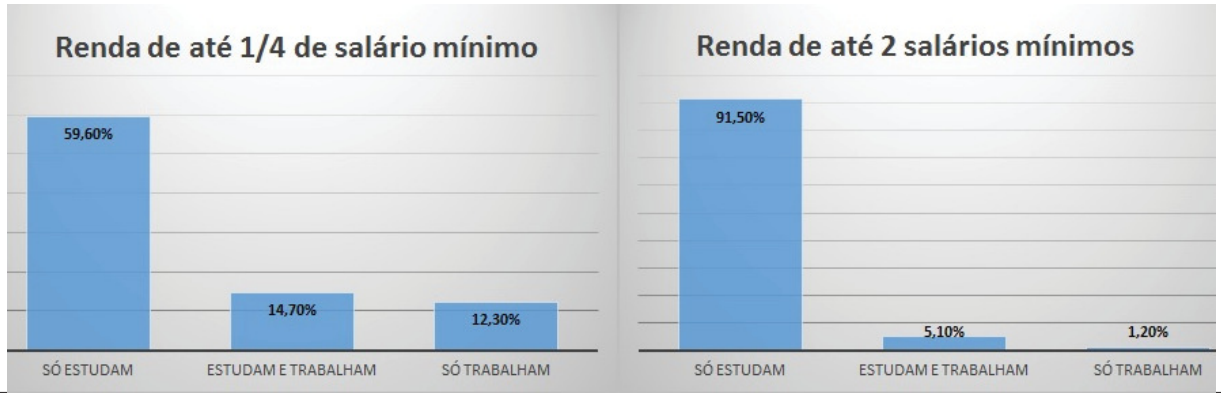
[3] "O governo interino decidiu por não abrir novas adesões em 2016. Dessa forma, o principal programa de indução da educação integral ficará dois anos sem repassar verbas para as escolas. Em nota, o MEC afirmou que encontrou o Mais Educação sem recursos no Orçamento para 2016 e que está avaliando qual será o futuro da política". Disponível em: https://goo.gl/3Ugcee. Acesso em 09.10.2016.

escolaridade [a Educação Básica]". Outros aspectos também devem ser considerados, como a erradicação do trabalho infantil, e a ampliação da idade de escolaridade obrigatória de sete a 14 anos para quatro a 17 anos, por intermédio da Emenda Constitucional nº 59/2009.

Neste contexto, a erradicação do trabalho infantil, uma iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por meio da Portaria nº 365, de 12 de setembro de 2002, instituiu a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI) "com o objetivo prioritário de viabilizar a elaboração do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, considerando o disposto em convenções internacionais que tratam das questões referentes ao trabalho infantil" (BRASIL, 2011, p. 6).

O trabalho infantil está diretamente ligado à sobrevivência, fato pelo qual crianças de famílias de renda baixa trabalhavam em maior porcentagem que os jovens das famílias com melhor situação financeira. Em 1996, por exemplo, nas famílias de até 1/4 de salário mínimo, a porcentagem de crianças entre 10 e 14 anos que somente estudavam e não precisavam trabalhar era de 59,6%. Neste mesmo período, 14,7% delas trabalhavam e estudavam, e a parcela de pequenos trabalhadores que não estudavam era de 12,3%. Fazendo um comparativo com jovens de famílias com renda de até dois salários mínimos, na mesma época, a porcentagem dos que só estudavam era de 91,5%, a cifra dos que trabalhavam e estudavam baixava para 5,1% e somente 1,2% não estudavam por estarem trabalhando. Sem dúvida, a erradicação do trabalho infantil foi uma grande conquista para que mais crianças tivessem acesso à escola. O gráfico da figura 03 ilustra o que acabamos de mencionar.

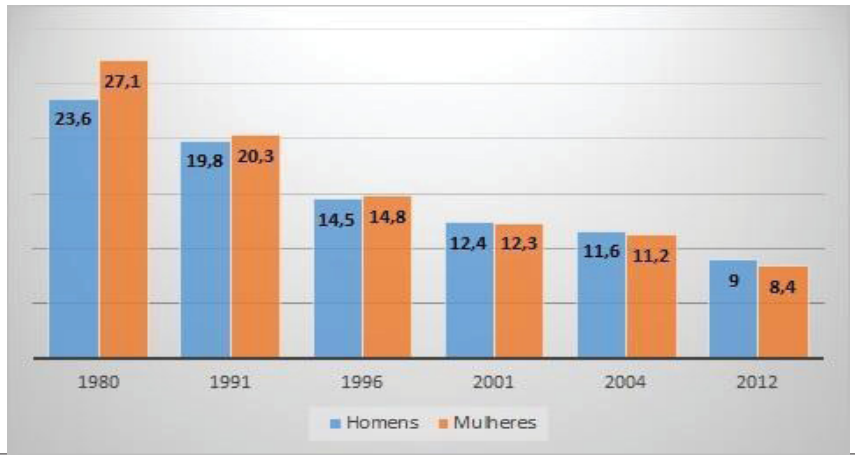
Figura 03. Trabalho infantil x renda em 1996



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de MEC, 2014.

Com relação às questões de gênero e analfabetismo, a mulher tem conquistado um espaço antes não permitido (INEP, 1999; 2003 e MEC, 2014). Em 1980, a taxa de analfabetismo era maior entre mulheres que homens: 27,1% para elas e 23,6% para eles. Em 1991 há um decréscimo significativo no número de analfabetas (20,3%), baixando quase o dobro que o número de homens que não sabiam ler nem escrever (19,8%). Em 1996, ano de promulgação da atual LDB a taxa está quase equiparada, com 14,5% para homens e 14,8% para as mulheres. Em 2001 a taxa se inverte: 12,4% de homens e 12,3% de mulheres analfabetas. Em 2004 a porcentagem das mulheres começa a tomar maior distância da taxa dos homens, baixando para 11,2% para elas e 11,6% para eles. Já em 2012, após 16 anos de LDB/1996, a porcentagem é de 8,4% e 9% respectivamente. O gráfico da figura 04 apresenta a relação entre analfabetismo e gênero de 1980 a 2012.

Figura 04. Analfabetismo e gênero, de 1980 a 2012



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de MEC, 2014.

Não podemos afirmar categoricamente que a LDB/1996 é responsável por essa melhora na condição de escolarização das mulheres. Outros dispositivos dela emanaram, como a já mencionada ampliação da idade de escolarização, a melhora da condição econômica por meio de programas como o Bolsa Família e a erradicação do trabalho infantil, e podem haver contribuído significativamente para esse patamar. Nesta perspectiva, Cury (2002, p. 168) alerta que é necessário considerar "o pacto federativo, a desigualdade social, as ligações internacionais e a própria noção de educação básica a fim de contextualizar as políticas de avaliação, focalização, descentralização, desregulamentação e financiamento"

A primeira premissa tem a ver com os números que auferimos com relação à renda e o acesso à escola. Nessa premissa, o autor ainda ancora a questão da permanência na escola, ao lado da exigência social (que não é dela). Devemos superar "a concepção de uma educação salvífica e redentora" (CURY, 2002, p. 169).

Em segundo lugar, o autor questiona o próprio conceito de Educação Básica que, em sua opinião, ressignifica a real concepção de educação. Na LDB/1996, o Artigo 22 estabelece os fins da Educação Básica: "A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores" (BRASIL, 1996, Art. 22). Estes se encontram em consonância com o Artigo 205 da Constituição Federal: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988, Art. 205). Trata-se, ainda segundo Cury (2002, p. 169) de um novo conceito, mais amplo e original, abarcando a ideia de desenvolvimento do educando em relação direta com o já citado Artigo 205 da Constituição Federal de 1988. Desta forma, completa o autor, já se estabelece que a educação cidadã deve estar acrescida do trabalho e dos *estudos posteriores*, inovando no conceito de Educação Básica. "Resulta daí que a educação infantil é a base da educação básica, o ensino fundamental é o seu tronco e o ensino médio é seu acabamento, e é de uma visão do todo como base que se pode ter uma visão consequente das partes" (CURY, 2002, p. 176).

A terceira premissa é a mola propulsora da ação de colocar em prática o *direito* (Art. 205 da Constituição) à Educação Básica, ligado ao *dever*, por parte do Estado federativo. Isto supõe, em um universo de 26 estados, um Distrito Federal e 5.570 municípios (IBGE, 2016[4]) "a necessidade de um certo grau de unidade e sem amordaçar a diversidade" (CURY, 2002, p. 171), previstas, também, na LDB/1996, no Artigo 23[5]. Assim, temos um regime, de acordo com a nossa legislação, que reparte as atribuições, numa proposta plural e descentralizadora, reafirmada pela Constituição Federal no seu artigo 34[6].

[4] Disponível em: https://goo.gl/aSyTKy. Acesso em 12.10.2016.

[5] "Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar" (BRASIL, 1996).

[6] "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir

Enfim, a quarta premissa, segundo Cury (2002, p. 179) está relacionada com "a extrema desigualdade socioeconômica que atende pelo nome de pobreza ou de miséria e significa a exclusão histórica e atual de um número significativo de estudantes provindos de famílias de baixa renda". Mais uma vez caímos na problemática já visitada da pobreza como empecilho à plena consecução daquilo que prevê nossa legislação. Neste contexto é que o autor situa as políticas sociais e os programas compensatórios como o Bolsa Família[7], tecnicamente vinculados à educação, posto que visam à manutenção da criança na escola.

3 A LDB 9394/96 E O DESENVOLVIMENTO DA AUTONOMIA ESTUDANTIL

De acordo com o Dicionário de Filosofia (ABBAGNANO, 2007, p. 97), o termo *autonomia* foi introduzido pelo filósofo Immanuel Kant (1724-1804) "para designar a independência da vontade em relação a qualquer desejo ou objeto de desejo e a sua capacidade de determinar-se em conformidade com uma lei própria, que é a da razão[8]". Neste sentido, Kant contrapõe a autonomia à heteronomia, na qual "a vontade é determinada pelos objetos da faculdade de desejar" (Idem). Em outras palavras, o filósofo colocava a heteronomia, em contraponto direto com a autonomia, como a sujeição a uma vontade alheia, que não a própria. A autonomia, então, pode ser considerada como um princípio que torna válidas por si mesmo, por sua vontade, as normas de suas ações.

Freire (1996), em sua célebre obra *Pedagogia da Autonomia* coloca um ingrediente a mais no conceito de autonomia: a "Autonomia se funda na responsabilidade que vai sendo assumida" (FREIRE, 1996, p. 58). Ou seja, para o Patrono da educação brasileira[9], para que possamos viver harmoniosamente em sociedade, nossa autonomia precisa cercar-se de uma vontade responsável, na medida em que é necessário respeitar as vontades alheias também e daí encontrar um consenso. Por isso, completa que "uma pedagogia da autonomia tem de estar centrada em experiências estimuladoras da decisão e da responsabilidade (FREIRE, 1996, p. 67). Esta atividade, porém, prescinde de prática, pois "Ninguém é autônomo primeiro para depois decidir. A autonomia vai se constituindo na experiência de várias, inúmeras decisões, que vão sendo tomadas. [...] Autonomia, enquanto amadurecimento do ser para si, é processo, é vir a ser" (FREIRE, 1996, p. 67). Daí que o mestre ensine que a pedagogia da autonomia é uma forma de oportunizar ao educando o exercício desta vontade responsável.

De acordo com Martins (2002), o conceito de autonomia na educação não pode ser desvinculado do contexto cultural econômico e político. A autora explica que, desde Rousseau (1712-1778), a ideia de autonomia está ligada à discussão sobre o exercício da democracia, posto que o princípio desta sempre foi a liberdade entendida como autonomia. Em Rousseau (1987, p. 47) fomos buscar esta vinculação dos dois conceitos: "O poder pode ser transmitido; não, porém, a vontade. No momento em que há um "amo" não há mais "soberano", destruindo-se, por esta via, o corpo político na medida em que a única soberania legítima é exercida pelo "ser coletivo" do povo".

Desta forma, contemplando os conceitos anteriormente descritos, em nossa concepção, autonomia no século XXI implica uma forma de crescimento humano, de desenvolvimento das potencialidades de pessoas e grupos, que levem à sustentabilidade social, num processo de ser e estar no mundo de forma harmoniosa com o universo. É um processo para a vida inteira, que precisa ser cultivado, dialogado sempre, pois o diálogo, segundo Andreola (2007), é uma exigência ontológica.

---

invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)" (BRASIL, 1988, Art. 34).

[7] Criado pela Lei n 10.836, de 9 de janeiro de 2004.

[8] Tradução nossa.

[9] Lei nº 12.612, de 13 de abril de 2012. Disponível em: https://goo.gl/rvGszT. Acesso em 14.10.2016.

A LDB 9394/96 cita o termo *autonomia* oito vezes. Seis delas referem-se à Educação Superior, que não é o foco desta pesquisa. Assim, restam-nos dois registros com a palavra autonomia na atual LDB, que descrevemos a seguir.

- O primeiro deles encontra-se no Artigo 15, que tem a ver com a gestão democrática da escola: "Os sistemas de ensino assegurarão às unidades escolares públicas de educação básica que os integram progressivos graus de autonomia pedagógica e administrativa e de gestão financeira, observadas as normas gerais de direito financeiro público" (BRASIL, 1996, Art. 15).
- A segunda utilização da palavra autonomia chega exatamente ao encontro daquilo que buscamos e encontra-se Seção IV, onde o Artigo 35 trata das finalidades do Ensino Médio: "III – o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da *autonomia* intelectual e do pensamento crítico" (BRASIL, 1996, Art. 35, Inciso III – grifo nosso). Ainda que aqui a LDB/1996 aluda à autonomia intelectual somente, queremos inferir que se refira a um desenvolvimento das potencialidades mentais, em sua integralidade, superando a unilateralidade imposta pela divisão social do trabalho (MARX e ENGELS, 1961; MARX, 2012).

Pensando no Ensino Médio enquanto última etapa da Educação Básica, nos perguntamos se ele potencializa, de fato, a autonomia do educando, como prevê a legislação há pouco apontada. Em busca de respostas, tivemos que recorrer aos Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Médio (PCNEM) e veremos que os mesmos estão em consonância com a LDB de 1996, prevendo priorizar "a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico. Não há o que justifique memorizar conhecimentos que estão sendo superados ou cujo acesso é facilitado pela moderna tecnologia" (MEC, 2002, p. 13-14). Além disso, dispõem que "os estudantes desenvolvam competências básicas que lhes permitam desenvolver a capacidade de continuar aprendendo" (Idem). Ora, se interpretarmos esta *capacidade de continuar aprendendo* como uma iniciativa própria do educando podemos, inclusive, entendê-la como um exercício da autonomia. Nosso entendimento está baseado na reflexão disposta no mesmo documento, o qual prevê saberes que permitem compreender o mundo, favorecendo "o desenvolvimento da curiosidade intelectual, o senso crítico e compreender o real, mediante a aquisição da autonomia na capacidade de discernir" (MEC, 2002, p. 15).

Freire (1996, p. 85) reafirma que "ensinar exige disponibilidade para o diálogo. [...] Minha segurança se funda na convicção de que sei algo e de que ignoro algo que se junta à certeza de que posso saber melhor o que já sei e conhecer o que ainda não sei". A autonomia pressupõe uma relação de interlocução cooperativa e solidária nas situações de aprendizagem.

4 A AUTONOMIA DO EDUCANDO A PARTIR DOS PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS

Como antes sinalizamos, recorremos à análise dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), posto que emanam da LDB (BRASIL, 1996), já que esta não deu conta de nos trazer as orientações que buscamos sobre o tema autonomia. O documento de apresentação dos PCNs (MEC, 1998), já em sua introdução, refere-se à autonomia. Ainda não versa sobre a autonomia do educando, que é nosso escopo, mas a dos educadores e equipes pedagógicas, no sentido de que os parâmetros introduzidos por este material não são impositivos, tampouco um modelo curricular homogêneo, mas sim uma proposta flexível, condicionada às realidades locais e regionais.

A autonomia do educando está referida no título que compreende os princípios e fundamentos dos PCNs. Ali consta uma descrição da metodologia que contempla a proposta, a qual prioriza a

> [...] construção de estratégias de verificação e comprovação de hipóteses na construção do conhecimento, a construção de argumentação capaz de controlar os resultados desse processo, o desenvolvimento do espírito crítico capaz de favorecer a criatividade, a compreensão dos limites e alcances lógicos das explicações propostas (MEC, 1998, p. 28).

A dinâmica de ensino citada busca desenvolver, de acordo com o material: a) a descoberta de

potencialidades do trabalho individual e, principalmente, do trabalho coletivo; b) o estímulo à autonomia e ao desenvolvimento do "sentimento de segurança em relação às suas próprias capacidades, interagindo de modo orgânico e integrado num trabalho de equipe e, portanto, sendo capaz de atuar em níveis de interlocução mais complexos e diferenciados" (MEC, 1998, p. 28).

Com relação à natureza e função dos PCNs, mais uma vez é feita alusão à autonomia, termo que se repete quando da descrição de diversas formas de avaliação. Neste aspecto, a autoavaliação é considerada como uma forma importante de delegar responsabilidade e desenvolver a autonomia do educando.

Nas orientações didáticas do documento, a autonomia percorre um duplo caminho: além de ser uma capacidade a ser desenvolvida pelos estudantes, é considerada também o "princípio didático geral, orientador das práticas pedagógicas" (MEC, 1998, p. 61). Desta forma, o sentido conferido à autonomia nos PCNs se refere à valorização de ações que envolvem a reflexão, a participação e as responsabilidades. É um universo que conspira a favor do desenvolvimento da autonomia, posto que insere o educando em um processo educativo que favorece tais atitudes, pois constitui-se no seu princípio didático. Dessa maneira,

> A autonomia refere-se à capacidade de posicionar-se, elaborar projetos pessoais e participar enunciativa e cooperativamente de projetos coletivos, ter discernimento, organizar-se em função de metas eleitas, governar-se, participar da gestão de ações coletivas, estabelecer critérios e eleger princípios éticos, etc. Isto é, a autonomia fala de uma relação emancipada, íntegra com as diferentes dimensões da vida, o que envolve aspectos intelectuais, morais, afetivos e sociopolíticos. Ainda que na escola se destaque a autonomia na relação com o conhecimento — saber o que se quer saber, como fazer para buscar informações e possibilidades de desenvolvimento de tal conhecimento, manter uma postura crítica comparando diferentes visões e reservando para si o direito de conclusão, por exemplo —, ela não ocorre sem o desenvolvimento da autonomia moral (capacidade ética) e emocional que envolvem auto-respeito, respeito mútuo, segurança, sensibilidade, etc. (MEC, 1998, p. 61).

Como atitudes e procedimentos para o desenvolvimento da autonomia na escola, são concebidos: a) o planejamento e a realização de tarefas; b) a identificação de maneiras de resolução de problemas; c) a formulação de perguntas e respostas coerentes; d) o levantamento de hipóteses e a busca de meios para sua verificação e validação de raciocínios; e) a resolução de conflitos; f) o cuidado com a própria saúde e a saúde de outros; g) a capacidade de colocar-se no lugar do outro para refletir de maneira mais lúcida sobre determinada situação (MEC, 1998).

Os suportes que favorecem o desenvolvimento da autonomia são: a) o tempo destinado à realização das atividades; b) a forma de realização das atividades; c) a organização dos grupos; d) a escolha dos materiais a serem utilizados; e) a resolução dos conflitos; f) os cuidados físicos que devem ser tomados; g) o estabelecimento de etapas para a realização das atividades (MEC, 1998).

Com relação aos métodos de trabalho, "o individual é potencializado pelas exigências feitas aos estudantes para se responsabilizarem por suas ações, suas ideias, suas tarefas, pela organização pessoal e coletiva, pelo envolvimento com o objeto de estudo" (MEC, 1998, p. 62). Sobre o trabalho em grupo, este "exige que os estudantes considerem diferenças individuais, tragam contribuições, respeitem as regras estabelecidas, proponham outras, atitudes que propiciam o desenvolvimento da autonomia na dimensão grupal" (MEC, 1998, p. 62).

Assim como assinalamos no conceito que desenvolvemos sobre autonomia, inspirados pelos ensinamentos de Freire (1996), os PCNs não a consideram um estado psicológico, mas sim um processo, que poderá ser desencadeado e potencializado com a ajuda do educador, mas é um processo, que "só será efetivamente alcançada mediante investimentos sistemáticos ao longo de toda a escolaridade" (MEC, 1998, p. 62). Entretanto, alerta que a autonomia não pode ser confundida com a independência, já que a primeira tem a ver com recursos internos para se governar.

Como vimos, a LDB 9394/96 traz um tratamento superficial à autonomia do estudante, limitando-se a mencionar seu desenvolvimento intelectual, o que limita os espaços para que se possa, a partir desta lei, desenvolvê-la. Para tanto, tivemos que recorrer aos PCNs, onde há uma farta descrição e orientações neste sentido. Aí reside a importância de que a equipe que compõe a gestão escolar esteja atenta e conheça a nossa legislação educacional, de forma a orientar docentes e a comunidade educativa como um todo sobre o seu conteúdo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com relação ao processo de tramitação da LDB 9394/96, é interessante constatar que ainda hoje vemos processos democráticos *sui generis* (FREIRE, 2001) no Brasil. Ponto relevante da pesquisa sobre o legado desta lei foi a constatação da diminuição do analfabetismo em grande escala, a obrigatoriedade escolar a partir dos quatro anos de idade, a busca da universalização, inclusão e a gestão democrática.

Com relação à autonomia do estudante, entretanto, a LDB estabelece, no artigo 35, "o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico" (BRASIL, 1996), mas não define os três elementos essenciais ao aprimoramento do educando como pessoa humana. Tampouco esclarece onde podemos encontrar essa definição, para a qual tivemos que recorrer aos PCNs. Eles trazem a definição de cada uma das três dimensões: ética, desenvolvimento da autonomia e do pensamento crítico. Além disso, os PCNs dispõem que, para o desenvolvimento da autonomia, são necessários: ambiente favorável, opção metodológica que valorize a bagagem de conhecimentos e que incentive a interação e a participação, ultrapassando os limites do conhecimento (intelectual), alcançando o âmbito moral, afetivo e sociopolítico (MEC, 1998). É um espaço interessante, mas seu caminho não está apontado na LDB, portanto, para construí-lo deveria haver uma indicação mais clara.

Parece-nos coerente concordar com Freire (2001, p. 14) quando este opina que a democracia brasileira ainda está no patamar dos sonhos de alguns, um "sonho por um mundo menos feio, em que as desigualdades diminuam, em que as discriminações de raça, de sexo, de classe sejam sinais de vergonha e não de afirmação orgulhosa ou de lamentação puramente cavilosa". Em lugar disso, o que temos é uma caricatura de democracia, a qual Freire (2001, p. 50), referindo-se à direita, a denomina de "sua democracia [...] um modelo sui generis de democracia – uma democracia sem povo ou uma escola democrática em que, porém, só o diretor (a) manda, por isso só el (e/a) tem voz".

Poderíamos nos perguntar até que ponto as políticas públicas na educação brasileira se encaixam neste modelo de consciência histórica, ponderando se elas realmente estão pensadas para a transformação a favor dos menos favorecidos, ou se atendem a interesses de grupos poderosos que têm sua representação nos altos escalões do governo.

Desta maneira, hoje mais do que nunca, a sociedade, principalmente a sociedade acadêmica, deve desempenhar o importante papel de não calar o debate pertinente à qualidade da universalização conquistada e prevista na LDB 9394/06. Ao mesmo tempo, requer-se uma atitude de constante alerta por parte da equipe gestora no sentido de conhecer e alertar sobre o que dispõem nossos instrumentos legais. A autonomia do aluno é tema de grande relevância, uma vez que, desenvolvendo-a como uma premissa da educação integral do ser humano, estaremos contribuindo para a sua formação para a vida.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dizionario di filosofia**. Torino, UTET, 1961.

ANDREOLA, Balduíno Antonio. A universidade e o colonialismo denunciado por Fanon, Freire e Sartre. **Cadernos de educação**, n. 29, 2007.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2006.

BRASIL. Ministério da Educação / Secretaria de Articulação com os sistemas de ensino. **Planejando a próxima década**: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. (MEC/SASE, 2014). Disponível em: www.pne.mec.gov.br. Acesso em 10.05.2014.

_____. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. 2 ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

_____. Presidência da República. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília: 20 de dezembro de 1996. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.

htm> Acesso em 07.12.2017.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 07.12.2017.

BRZEZINSKI, Iria. Tramitação e desdobramentos da LDB/1996: embates entre projetos antagônicos de sociedade e de educação. **Trab. Educ. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 8 n. 2, p. 185-206, jul./out.2010.

CARNEIRO, Antônio Lineu; CRUZ, Christiane Gioppo. Apresentação – LDB: o processo de tramitação. **Educar**, Curitiba, n. 11, p. 107-115, 1995. Editora da UFPR.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação Básica no Brasil. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 23, n. 80, setembro/2002, p. 168-200.

DEMO, Pedro. **A nova LDB**: ranços e avanços. Papirus Editora, 1997.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança**: Um reencontro com a Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 25ª edição.1996.

_____. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

FRIGOTTO, G. Política e gestão educacional na contemporaneidade. *In*: FERREIRA,

E. B.; OLIVEIRA, D. A. (Org.). **Crise da escola e políticas educativas**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

KUENZER, Acácia Zeneida; GONÇALVES, Maria Dativa de Salles. Porque não queremos uma LDB na contramão da história: uma análise do substitutivo Darcy Ribeiro. **Educar**, Curitiba, n. 11, p. 107-115, 1995. Editora da UFPR.

MARTINS, Ângela Maria. Autonomia e educação: a trajetória de um conceito. **Cadernos de pesquisa**, v. 115, n. 1, p. 207-232, 2002.

MARX, Karl. **Das kapital**: kritik der politischen ökonomie. Altenmünster: Jazzybee Verlag, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Über Erziehung und Bildung. Berlin: Volk und Wissen, 1961.

MEC. Ministério da Educação. **Parâmetros Curriculares Nacionais (5ª a 8ª séries)**: terceiro e quarto ciclos do ensino fundamental: introdução aos parâmetros curriculares nacionais / Secretaria de Educação. Fundamental. – Brasília: MEC/SEF, 1998.

_____. **PCN Ensino Médio**: orientações educacionais complementares aos Parâmetros Curriculares Nacionais. Vol. Linguagens, códigos e suas tecnologias. Brasília: MEC/Semtec, 2002.

_____. **Relatório educação para todos 2000 – 2015**. Junho de 2014. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192. Acesso em 11.10.2017.

NARDI, Elton Luiz; REBELATTO, Durlei Maria Bernardon; GAMBA, Ivan Carlos. **Opções político-institucionais de sistemas municipais de ensino:** Para onde caminha a gestão democrática do ensino público? Roteiro, v. 38, n. 1, p. 169-194, 2013.

OTRANTO, Celia Regina. A Nova LDB da Educação Nacional: seu trâmite no Congresso e as principais propostas de mudança. **Revista Universidade Rural**, v. 18, n. 1-2, 1996.

PIAZZI, Pierluigi. **Estimulando Inteligência**. São Paulo: Aleph, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Editora Abril, 1987.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **A Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2002.

A EVASÃO ESCOLAR E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ENSINO MÉDIO: UM ESTUDO EM ESCOLAS PÚBLICAS DE SÃO LEOPOLDO/ RS

Ane Patrícia de Mira[1]

Rosângela Fritsch[2]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os achados da pesquisa sobre evasão escolar realizada em três escolas públicas do munícipio de São Leopoldo, RS, a fim de problematizar a direito à educação como também de acesso, permanência e conclusão dos cursos. Portanto, como tema trata da evasão escolar sob a perspectiva da realidade vivenciada em três escolas públicas, considerando a pesquisa realizada junto aos estudantes do ensino médio das referidas instituições. Quanto à metodologia, é uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com coleta de dados nos registros da pesquisa realizada nas escolas públicas estudadas e em materiais produzidos pelos integrantes do grupo de pesquisa que originou o estudo. Também observamos documentos atinentes à educação nacionais e internacionais, e artigos com aderência ao tema investigado. Quanto à análise dos dados, utilizou-se a análise de conteúdo proposta por Bardin. Os resultados encontrados apontam para a discrepância entre os documentos atinentes à educação, tanto em âmbito nacional quanto internacional, e a realidade vivenciada nas escolas estudadas. Por fim, é possível considerar haver uma lacuna importante no que concerne ao constructo de uma educação de qualidade para todos, a que todos tenham direito não só ao acesso, mas à permanência e sua conclusão.

Palavras-chave: Evasão Escolar. Direito à Educação. Educação de Qualidade. Acesso e Permanência na Escola.

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação perpassa uma série de documentos que ora servem de diretriz, ora de normatização tanto em âmbito nacional quanto internacional. Tanto a Convenção dos Direitos da Criança (UNICEF, 1989) quanto a própria Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) abordam o acesso à educação como um direito do ser humano. O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) já menciona o direito à educação como um direito intrínseco ao ser humano, pois, segundo Ribeiro (2009), é dessa forma, pela observância e manutenção dos direitos humanos, que se garante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Ribeiro (2009), "A dignidade humana deve ser considerada ofendida sempre que o homem for rebaixado à condição de objeto, tratado como uma coisa e desconsiderado como sujeito de direitos." (2009, p. 12). Tendo em vista que a educação é um direito promulgado não só em nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), como também em muitos outros documentos, inclusive da UNESCO – como o Educação para todos: o compromisso de Dakar (2000) e a Declaração de Incheon (2015) – não promover e garantir o acesso de crianças e jovens à educação pode ser comparada à ofensa a sua dignidade enquanto seres humanos de direito.

Ancorados na máxima de que o direito é a maneira, perante a Lei, de garantir a não ofensa à dignidade humana, buscamos analisar os achados de uma pesquisa sobre a evasão escolar na realidade do ensino médio de três escolas públicas da cidade de São Leopoldo, na região do Vale do Rio dos Sinos (RS). Essa análise tem por finalidade problematizar o direito à educação também como direito ao acesso, à permanência na escola e a conclusão dos cursos, com condições de conclusão bem sucedida da educação básica.

[1] Mestra em Educação (Unilasalle). Integrante do Grupo de Pesquisa Evasão Escolar (Unisinos). Licenciada em Letras (Unilasalle) e Acadêmica de Pedagogia (Uninter). E-mail: ane.mira23@gmail.com

[2] Doutora em Educação (Unisinos). Líder do Grupo de Pesquisa Evasão Escolar (Unisinos). Mestra em Serviço Social (PUCRS) e Graduada em Serviço Social (PUCRS). E-mail: rosangelaf@unisinos.br

Portanto, trata-se de pesquisa qualitativa, que segue a técnica da análise de conteúdo segundo Bardin (2016) para a coleta e análise dos dados. A investigação que originou os dados para esse trabalho foi desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa Evasão Escolar, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), sob a coordenação da professora Dra. Rosângela Fritsch e está registrada no livro ensino médio: caminhos e descaminhos da evasão escolar (FRITSCH, 2015). Os dados aqui analisados são observados de forma interpretativa sob as lentes dos documentos legais, de autores que versam sobre direito à educação e educação de qualidade. Assim, buscamos aporte na legislação brasileira – Lei de Diretrizes e Bases (BRASIL, 1996) e Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014) – e em documentos que são marcos da educação internacional e influenciam substancialmente nos objetivos do sistema educacional do Brasil: Metas 2021 (OEI, 2008) e Declaração de Incheon (UNESCO, 2015). Também realizamos uma busca no portal de periódicos da Capes por trabalhos que abordassem a temática do acesso e permanência no ensino médio como um direito, da qual derivou os trabalhos utilizados nesse artigo e melhor descritos na metodologia.

Os resultados preliminarmente encontrados apontam para a discrepância entre os documentos atinentes à educação, tanto em âmbito nacional quanto internacional, e a realidade vivenciada nas escolas estudadas, no que diz respeito à evasão escolar. Portanto, consideramos haver uma lacuna importante no que concerne ao constructo de uma educação de qualidade para todos, pois mesmo que tenham direito ao acesso, esse não é garantia de permanência e conclusão bem sucedida da educação básica.

Para uma melhor compreensão da análise realizada, a arquitetura deste artigo se apresenta considerando a metodologia, o referencial teórico, com a revisão de literatura em documentos atinentes à educação em nível internacional e nacional, autores que se debruçam sobre o tema da evasão escolar e a educação de qualidade e, posteriormente, a análise e discussão dos resultados confrontados com os autores que estudam a educação como um direito fundamental.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, com coleta de dados nos resultados da pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa Evasão Escolar, da Unisinos (RS). Os achados da investigação estão registados na obra organizada por Fritsch (2015) e resultam do acompanhamento de alunos do ensino médio de três escolas públicas da cidade de São Leopoldo, RS, entre os anos de 2011 e 2014. Também foram analisados os materiais produzidos pelo referido grupo de pesquisa, disponibilizados no *site* oficial do Grupo de Pesquisa. Para a revisão de literatura, foram considerados documentos legais referentes à educação especificamente brasileira – Lei de Diretrizes e Bases (BRASIL, 1996) e Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014) – e documentos que são marcos da educação internacional e influenciam substancialmente nos objetivos do sistema educacional do Brasil – Metas 2021 (OEI, 2008) e Declaração de Incheon (UNESCO, 2015).

Além disso, realizamos uma busca no portal de periódicos da Capes, no período de maio de 2018. Para tanto, utilizamos os descritores "direito à educação", "educação de qualidade" e "evasão escolar". Utilizamos os seguintes filtros: período de 2012 a 2018, idioma português, artigos. Para o descritor "direito à educação", encontramos um total de 19 trabalhos, dos quais selecionamos 6 pela aderência ao tema aqui investigado. Desses 6, 4 eram da área do Direito e 2 da Educação. Já para o descritor "evasão escolar", o número de artigos encontrados foi de 120 textos, dos quais selecionamos 5 por tratarem especificamente do ensino médio. O descritor "educação de qualidade" mostrou 153 ocorrências. Selecionamos 5 trabalhos por se referirem ao ensino médio e/ ou ao contexto do sistema educacional brasileiro da educação básica. Desse modo, encontramo-nos com a leitura e análise de 16 resultados de investigações relacionadas à evasão escolar e à educação de qualidade no ensino médio. Ainda realizamos mais uma filtragem, a fim de termos os trabalhos com maior relevância ao nosso estudo, o que nos permitiu o aprofundamento de 5 trabalhos.

Após esse procedimento, ao qual Bardin (2016) chama de pré-análise, aconteceram as etapas da "exploração do material e tratamento dos dados, inferência e interpretação" (BARDIN, 2016, p. 95). A primeira é descrita pela autora, também denominada por Gil (2008), de "leitura flutuante", quando o pesquisador seleciona e separa os documentos para análise e formula hipóteses. A fase de exploração é a mais demorada, uma vez que é necessário analisar, codificar e classificar o material. Desta fase, destacamos

os trabalhos trazidos para nosso estudo: Silva Filho, Araújo (2017); Menegat, Seniw, Lindemann (2016); Sobrinho, Saltini (2016); Paiva, Silva (2013) e Siqueira, Rossinholi (2013).

A interpretação dos dados coletados foi realizada segundo o que Minayo, Deslandes e Gomes (2016) denominam de método de interpretação de sentido, pois vai além da análise dos dados. Minayo, Deslandes e Gomes (2016) avançam no que se refere à ideia de inferência de Bardin (2016). Na interpretação de sentido, há o diálogo entre a hermenêutica de Habermas e a dialética de Hegel (MINAYO; DESLANDES; GOMES, 2016). Portanto, deve seguir determinados princípios que são: "a) buscar a lógica interna dos fatos, dos relatos e das observações; b) situar os fatos, os relatos e as observações no contexto dos atores; c) produzir um relato dos fatos em que seus atores nele se reconheçam." (MINAYO; DESLANDES; GOMES, 2016, p. 89).

Essa linha de interpretação é indicada ao tratarmos da pesquisa qualitativa com coleta de dados por meio de entrevistas, mesas redondas e grupos focais. Por meio dessa estratégia de interpretação, confrontamos os dados obtidos com os documentos estudados. Os resultados foram confrontados com autores que investigam a educação como um direito fundamental (SCIOSCIOLI, 2015; RIBEIRO, 2009; RUBIO, 2014; FREIRE 1991, 2003).

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO NOS MARCOS INTERNACIONAIS E LEIS NACIONAIS DA EDUCAÇÃO

Em 2010, quando o Brasil celebrava os 200 anos da vinda da Corte portuguesa ao país e vários países ibero-americanos se preparavam para celebrar o bicentenário de sua independência, iniciou-se o projeto Metas 2021: A educação que queremos para a geração dos Bicentenários (OEI, 2008). Em uma grande conferência entre os países envolvidos, realizada em São Salvador, houve o acordo por um conjunto de metas e indicadores que impulsionasse a educação de cada um dos países. No texto elaborado pela Organização dos Estados Ibero-americanos (OEI) para servir de norte ao projeto está delineado o objetivo final das ações que deveriam advir desse movimento:

> conseguir ao longo da próxima década uma educação que responda satisfatoriamente às demandas sociais inadiáveis: conseguir que mais alunos estudem, durante mais tempo, com uma oferta de qualidade reconhecida, equitativa e inclusiva e na qual participem a grande maioria das instituições e setores da sociedade. (OEI, 2008, p. 3).

A partir da análise realizada e das reflexões a respeito de outros importantes documentos, como Educação para Todos: o compromisso Dakar (UNESCO, 2000) e os 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ONU, 2000), os países da Ibero-América se comprometeram com metas que fossem mais específicas para as nações envolvidas. Assim, destacamos a quarta meta geral que trata de "Universalizar o ensino fundamental e o ensino médio, e melhorar sua qualidade." (OEI, 2008, p. 46). Além dessa meta, importante para a discussão de nosso tema, a sexta meta geral também auxilia na compreensão da extensão do compromisso assumido pelos governos em 2010: "Incrementar a participação dos jovens no ensino médio, na educação técnico-profissional e na educação superior." (OEI, 2008, p. 72).

Sequencialmente, em 2015, na Coreia do Sul, a Unesco realizou o encontro para analisar a educação mundial até então e sinalizar os novos compromissos que as nações signatárias da Organização das Nações Unidas (ONU) deveriam assumir pela educação em seus países. A Declaração de Incheon (UNESCO, 2015), segundo Mira (2017), visa atender a um ao DS4. Esse é um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que fazem parte da Agenda da ONU até 2030 (ONU, 2015). Definidos em Nova Iorque, em 2015, os 17 ODS baseiam-se nos progressos dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ONU, 2000), analisados e observados no período do ano de 2000 a 2015. Os ODS visam mobilizar governos e cidadãos de todo o mundo "para acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar de todos, proteger o ambiente e combater as alterações climáticas." (ONU, 2015). O ODS4 especifica o objetivo de "garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, além de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos." (ONU, 2015, p. 8), um dos mais importantes discursos que

compõem a Declaração de Incheon.

Sobre as metas da apontadas na Declaração de Incheon (UNESCO, 2015), Mira (2017) resume da seguinte forma:

> Universalização do acesso à Educação.
> Atenção prioritária ao aprendizado.
> Ampliação dos meios de alcance.
> Melhoria do ambiente.
> Educação como um direito:
> - Pessoal;
> - Humano;
> - Pessoal e social.
>
> Educação de qualidade
> Aumento dos níveis de alfabetização de adultos em 50%. (MIRA, 2017, p. 47).

Embora os documentos atinentes à educação em âmbito internacional sejam aqui mencionados como relevantes para que governos se comprometam com a melhoria da qualidade e do acesso à educação formal, é por meio de leis nacionais políticas públicas que podemos evocar o direito à educação, à sua qualidade, ao acesso universalizado e às condições para a permanência na escola e conclusão dos estudos. Portanto, consideramos em nosso estudo dois importantes textos que têm caráter legal no Brasil: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (BRASIL, 1996) e o Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2014).

A LDB, em versão sancionada em 1996, tem suas origens na necessidade de organização do sistema educacional brasileiro. Por sistema educacional, ou sistema da educação, entendemos tudo o que diz respeito à educação formal, desde as normativas quanto ao trabalho docente, níveis de ensino, currículo, tanto no âmbito federal, estadual quanto municipal, segundo Libâneo et al (2012). Conforme histórico apresentado pelo Ministério da Educação (MEC), até 1961, a educação, em todas as suas esferas, era centralizada pelo Ministério. Somente no referido ano, com a aprovação da primeira LDB, órgãos estaduais e municipais passaram a ter mais autonomia quanto à organização da educação em suas competências (MEC, 2017).

Uma segunda versão da lei entrou em vigor em 1971, com mudanças significativas na constituição de todo o sistema de ensino, como a consideração do curso de nível superior para a docência na educação básica. De acordo com Mira (2017), "as mudanças mais significativas foram estabelecidas com a LDB de 1996, tendo, inclusive, a participação de diversos grupos de interesse tanto nas discussões quanto nas propostas da nova lei." (p. 56). Da LDB (BRASIL, 1996), destacamos o artigo quarto, que aborda a obrigatoriedade do ensino dos 4 aos 17 anos e o artigo terceiro sobre os princípios que devem nortear o sistema educacional do Brasil:

> Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
> III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
> IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
> V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> VII - valorização do profissional da educação escolar;
> VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
> IX - garantia de padrão de qualidade;
> X - valorização da experiência extra-escolar;
> XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
> XII - consideração com a diversidade étnico-racial. (BRASIL, 1996).

Portanto, podemos observar que a garantia do direito à educação também perpassa pela responsabilidade da matrícula dos 4 aos 17 anos nos espaços formais de ensino, ou seja, nas escolas. Porém, em contraponto, é obrigação do Estado a gratuidade do ensino público bem como a garantia da qualidade e a manutenção do tripé relacional entre educação escolar – trabalho – práticas sociais.

Embora a LDB (BRASIL, 1996) legisle sobre o sistema educacional brasileiro, é pelo Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2014) que os Estados e municípios organizam suas agendas em torno de metas específicas, com indicadores a serem alcançados em determinado período.

O primeiro Plano Nacional de Educação (PNE) data de 1962 e tinha como objetivo a disposição da distribuição de recursos para a educação institucionalizada. Mesmo sendo, nessa época, um documento oficial para a organização de questões referentes à educação, o primeiro PNE efetivamente sancionado como lei é de 2001 e visada atender à Constituição Federal (CF; BRASIL, 1988) e à LDB (BRASIL, 1996). O documento de 2001 era ancorado no tripé diagnóstico-diretrizes-metas. O atual PNE data de 2014, estruturado em 20 metas que devem ser alcançadas até o ano de 2024. O antes tripé diagnóstico-diretrizes-metas foi fortalecido pelas estratégias.

Além das 20 metas, o PNE (BRASIL, 2014) apresenta 243 estratégias e 14 artigos. Também há a especificação das diretrizes para a educação até o ano de 2024, das quais destacamos: "II - universalização do atendimento escolar"; "IV - melhoria da qualidade da educação" e "V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade." (BRASIL, 2014).

"Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento)." (BRASIL, 2014) é a terceira meta do PNE e vai de encontro com as necessidades apontadas nos números apresentados no documento do Metas 2021 (OEI, 2008) que apontava que, no Brasil, somente 46,9% dos estudantes concluíam o ensino médio até os 20 anos de idade. Tendo em conta outro dado apresentado, de que 77,8% dos jovens que saem do Ensino Fundamental efetivam sua matrícula no ensino médio, questionamos a efetividade da garantia do acesso e permanência na escola, do direito à educação de qualidade e das condições que são oferecidas pelas escolas a fim de que a educação dê conta da "vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais." (BRASIL, 1996).

Diante desses números, corroboramos o que foi afirmado por Oliveira, Thums e Alves (2015) quando mencionam a evasão escolar no ensino médio como a que mais chama a atenção no universo do abandono da escola. As autoras ainda sinalizam que "a evasão escolar não é um problema restrito aos muros intraescolares, uma vez que reflete as profundas desigualdades sociais existentes em nosso país e se constitui em um problema social." (OLIVEIRA; THUMS; ALVEZ, 2015, p. 51). Dessa feita, além de analisarmos os documentos atinentes em âmbito nacional e internacional que fundamentam a educação como um direito, na sequência no debruçamos sobre os resultados da pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa Evasão Escolar, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

4 A PESQUISA SOBRE EVASÃO ESCOLAR NO ENSINO MÉDIO EM TRÊS ESCOLAS PÚBLICAS DE SÃO LEOPOLDO/RS

Os estudos sobre a evasão escolar têm sido largamente empreendidos por diversos pesquisadores, conforme Oliveira, Thums e Alves (2015). A investigação aqui analisada foi realizada pelo Grupo de Pesquisa Evasão Escolar, da Unisinos (RS), durante os anos de 2011 a 2014. A pesquisa levou em conta a realidade do ensino médio de três escolas estaduais localizadas na cidade de São Leopoldo. Na obra produzida para a socialização dos resultados da pesquisa, há uma síntese das atividades desenvolvidas nos anos de 2011 a 2014. Sobre isso, vale ressaltar as dinâmicas desenvolvidas nas escolas, que contaram com seminários, fóruns, formação das equipes pedagógicas e permanente diálogo com as direções das escolas.

Foram realizados vários estudos com procedimentos metodológicos diferentes: aplicação de questionários, acompanhamento de fluxo escolar, entrevistas coletivas e individuais. Os alunos que haviam reprovado no ano de 2012 ou que estavam em situação de abandono da escola foram entrevistados de forma individual em salas reservadas na escola de origem. O número de alunos acompanhados foi de 928. Além disso, a revisão de literatura descortinou a produção acadêmica sobre o tema, ampliando a discussão e contribuindo para aprofundá-la.

Os fatores observados na pesquisa foram: perfil dos ingressantes no ensino médio, taxa de aprovação,

taxa de defasagem idade-série por aluno e por escola, para os quais a investigação obteve os achados que serão apresentados na sequência.

Existe uma relação entre as taxas de defasagem, aprovação e abandono já que estudantes em defasagem idade-série tendem a obter desempenho menos favoráveis do que os demais. Também há relação entre o aumento das taxas de reprovação e maior defasagem idade-série, o que gera mais reprovação e, consequentemente, mais abandono escolar. Importante observar que estudantes que não estão em defasagem idade-série têm 148% a mais de chance de serem aprovados daqueles que estão em defasagem.

Aqueles alunos que estudam no turno da noite, ou seja, no noturno, são os estudantes com maior proporção em defasagem idade-série e tendem a obter resultados menos favoráveis na sua condição ao final do ano e, também. Outro fator importante a se observar é o predomínio de estudantes no turno da manhã (49%).

Quanto à idade de ingresso no ensino médio, a média é de 17 anos, o que se revela em apenas 21,59% dos alunos ingressando na idade adequada. Quanto à taxa de defasagem idade-série, no noturno é de 47,23%, enquanto que no turno da manhã é de 20,58% e no da tarde de 8,71%. Entre os ingressantes, 63,19% apenas estudam, sendo que 20,90% dos estudantes do noturno têm uma carga horária de trabalho de 40 horas semanais.

Outros achados que são de extrema relevância para a compreensão da evasão escolar no contexto do ensino médio estão relacionados ao perfil dos alunos, de suas famílias e da estrutura das escolas. Também sua condição social e aspectos mais subjetivos que dizem respeito às suas expectativas e emoções em relação ao presente e ao futuro não passaram desapercebidos na investigação. Sobre esses pontos, frisamos o fato de que a constituição familiar dos ingressantes mostra que 32,66% tem apenas mãe e 24,40% o pai. Apenas 19,61% dos ingressantes têm seus pais com ensino médio completo. No que concerne às tecnologias, 79,96% dos estudantes têm computador, 69,40% têm acesso à internet em casa e 44,29% utilizam as redes sociais. Cerca de 66,38% dos ingressantes no ensino médio vão à escola a pé. A maior parte dos ingressantes têm de 11 a 20 livros em casa (29,31%). Os principais fatores de escolha das escolas em que os alunos estudam são: a proximidade da instituição à sua residência (27,48%) e a qualidade do ensino das escolas (24,68%).

Não deixamos de ressalvar, também, os resultados que dizem respeito à relação entre professor e aluno. O estudo trouxe em relevo o fato de que a proximidade com os educadores motiva mais os alunos a estudarem, e que um professor mediador contribui de maneira mais efetiva para a aprendizagem dos alunos, pois agrega o fator empatia inclusive no processo de avaliação.

Quanto à estrutura, destacamos que

> Salienta-se que as condições de infraestrutura escolar, ou seja, ambiente físico, podem impactar nos indicadores de desempenho escolar, sendo que, à medida que os espaços são melhorados, existe a possibilidades de evolução também no aprendizado." (COUTINHO; DUARTE, 2015, p.107).

Quanto aos alunos evadidos, entrevistados individualmente, sobressai em suas falas a necessidade de suprir necessidades básicas por meio do trabalho, o que os levou a saírem da escola. Os alunos destacaram o bom convívio com colegas e professores e o quanto esses tentavam ajudá-los a melhorar no desempenho escolar. De acordo com Giongo e Roos (2015), "A evasão, por ter diversos fatores e variáveis, leva a uma série de reflexões acerca do contexto em que aquele aluno vive. Sua história com a família, com a política de educação e suas relações com o mundo em que vive." (p. 146).

Os cenários das três escolas estudadas são diferentes. Uma delas estava em processo de implantação do ensino politécnico e por esse motivo apresenta caraterísticas distintas, como as marcadas pelas falas dos alunos quanto à formação profissionalizante. Como o objetivo de nosso trabalho é uma análise dos achados da pesquisa e não uma nova interpretação dos dados, delimitamos nosso trabalho aos resultados que são relevantes ao escopo da evasão escolar no ensino médio. Observamos, assim, que o direito à educação e, principalmente, à educação de qualidade, não é garantida quando o aluno precisa abandonar os estudos, ainda mais quando a escola não supre suas necessidades no sentido de representar melhores possibilidades de vida futura.

Observando que "A escola como uma instituição social inserida num sistema social capitalista contribui para legitimar desigualdades sociais, em grande medida produzindo dentro de si as condições para isto." (FRITSCH, 2015, p. 170), a questão da evasão escolar como saída para os alunos que precisam se dedicar com exclusividade ao trabalho, a fim de se sustentarem e às suas famílias, chama a atenção. É nesse ponto, da evasão motivada pelas necessidades básicas, pela manutenção da própria subsistência e a falta de perspectiva de melhoria de vida futura por meio dos estudos que focamos nossa análise nesse artigo.

5 A EVASÃO ESCOLAR COMO O NÃO–DIREITO À EDUCAÇÃO

Assim como vimos anteriormente nos documentos da Unesco, OEI e legislação brasileira sobre a educação (LDB e PNE), a educação é um direito fundamental do ser humano. Nesse sentido, Rubio (2014) esclarece que por direito fundamental considere-se todo o direito inerente para garantir a dignidade humana. Assim, como direito de todo ser humano, é dever do Estado que ele seja efetivado na vida de todos. Sobre esse ponto da obrigatoriedade da educação por parte do Estado, Scioscioli (2015) assevera que:

> Reconocer la educación formal básica como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre los niños (jóvenes e incluso en el caso de los adultos mayores) – como sujetos activos de la educación – y el Estado, – sujeto destinatario. Esta mirada implica avanzar hacia el estudio de la dinámica educativa desde un *enfoque de derechos* y ya no solo desde el diseño y la evaluación de una mera política pública que puede o no desarrollarse, o quedar bajo un contenido discrecional del Estado. (SCIOLSCIOLI, 2015, p. 222 – grifo do autor).

A pesquisa apresentada nesse artigo suscita uma série de questionamentos que se interligam com as condições que o Estado tem para garantir não só o acesso, mas muito mais a permanência e a conclusão dos estudos formais. No contexto do ensino médio, isso significa estender a qualidade da educação para que os jovens possam vislumbrar na escola e na continuidade de seus estudos um futuro mais digno. Observando-se os números do relatório do documento Metas 2021 (OEI, 2008), de que 77,8% dos alunos que saem do ensino fundamental efetuam matrículas no ensino médio, mas somente 46,9% concluem os estudos até os 20 anos de idade. A defasagem idade-série continua sendo um dos fatores que influenciam para que os alunos se sintam desmotivados a continuar os estudos. Segundo dados do Inep (2015), entre os anos de 2011 e 2014 houve uma redução de 22,6% na defasagem idade-série e os coletados pela pesquisa do Grupo de Pesquisa Evasão Escolar apontam que ainda 29,9% dos estudantes que estão no ensino médio não têm acompanhado a série adequada em relação à sua idade.

Segundo Menegat, Seniw e Lindemann (2016), o Brasil tem atingido as metas estabelecidas pelos organismos internacionais, como a Unesco (2001, 2015) quanto ao acesso de todas as crianças à educação primária. Porém, muitos outros fatores, esses relacionados ao ensino médio, como o chamado fracasso escolar necessitam de ações permanentes e que busquem efeitos duradouros. Sobre isso, Silva Filho e Araújo (2017) associam a evasão escolar a inúmeros fatores, como desestruturação familiar, dificuldades de aprendizagem, drogadição, entre outros, mas vão além quando afirmam que não se trata desse ou daquele fator, mas da soma de vários fatores mais a falta de vinculação a políticas públicas que subsistam às trocas de governo. Para os autores, a problemática deve ser vista como ausência de ações do Estado: "A evasão e a repetência estão longe de ser problemas relacionados às características individuais dos alunos ou às suas famílias. São reflexo da forma como a escola recebe e exerce ação sobre as pessoas dos diferentes segmentos da sociedade." (SILVA FILHO; ARAÚJO, 2017, p. 41).

Quando aqui mencionamos a escola é em referência à escola pública, gratuita e laica, com acesso para todos, como consta na LDB (BRASIL, 1996), portanto, obrigação do Estado por meio de suas instâncias responsáveis (Ministério da Educação, Secretarias Estaduais e Municipais de Educação). É dessa escola que os jovens vêm sendo expulsos pelo "fracasso escolar", pelo emprego precário, pela violência, pelo consumismo, entre outras questões. Freire (2003) adverte para a necessidade de olharmos para as consequências nefastas do estágio atual da sociedade globalizada, capitalista e neoliberal.

> A luta hoje tão atual contra os alarmantes índices de reprovação que gera a expulsão de escandaloso número de crianças de nossas escolas, fenômeno que a ingenuidade ou a malícia de muitos

> educadores e educadoras chama de evasão escolar, dentro do capítulo do não menos ingênuo ou malicioso conceito de fracasso escolar. No fundo, esses conceitos todos são expressões da ideologia dominante que leva a instâncias de poder, antes mesmo de certificar-se das verdadeiras causas do chamado "fracasso escolar", a imputar a culpa aos educandos. Eles é que são responsáveis por sua deficiência de aprendizagem. O sistema, nunca. É sempre assim, os pobres e miseráveis são os culpados por seu estado precário. São preguiçosos, incapazes. (FREIRE, 2003, p. 125)

Freire convoca-nos ao engajamento na luta, uma vez que para ele a História deve ser entendida como possibilidade e não determinismo, pois o homem é um ser condicionado e não determinado (2001). A luta precisa ser por uma escola competente, democrática, séria e alegre (FREIRE, 1991).

A evasão escolar, analisada exaustivamente pelo Grupo de Pesquisa, parece refletir muito mais a ineficiência do Estado em garantir aos sujeitos o que lhe compete do que a entraves gerados a partir dos alunos. Embora nas falas dos estudantes, estes atribuam seu fracasso em permanecer na escola muito mais a si próprios e suas necessidades do que à escola, um olhar sobre as políticas públicas e a legislação demonstra que a evasão é, de certa forma, fruto das desigualdades sociais estimuladas pela sociedade neoliberal. Vivenciamos um Estado Democrático de Direito que, porém, não garante a formação cidadã de seus sujeitos. De acordo com Sobrinho e Saltini (2016), "cabe ao Estado, por meio da norma jurídica, assegurar os interesses públicos primários, mediante a efetividade do direito à educação, saúde, moradia, renda, mobilidade, alimentação, entre outras garantias individuais e coletivas." (p. 109). Continuam os autores: "Nessa perspectiva, a cidadania é amalgamada ao conjunto de direitos civis, políticos e sociais, dentre os quais a educação pública de qualidade (como premissa de formação cidadã)." (SOBRINHO; SALTINI, 2016, p. 109).

Rubio (2014) analisa a falta de observância dos direitos fundamentais como resultado da totalização e hegemonização do Ocidente que coloca sobre os sujeitos a responsabilidade de manter-se como indivíduo racional, ganhador e competitivo. Por conseguinte, podemos observar a evasão escolar como produto de uma "Ciência e mercado apoiados por um estado burocratizado que desenvolvem e consolidam uma mística de morte e violência que estruturalmente se insere na lógica do capitalismo, operando de múltiplas formas." (RUBIO, 2014, p. 75). Corroborando essa ideia, Bauman (2005) reflete sobre a necessidade do Estado de excluir aqueles que não servem à sociedade consumidora. São o que o autor denomina como "refugos humanos", "depositadas num território sem denominação, enquanto todas as estradas que levam de volta a lugares significativos e a espaços em que significados socialmente legíveis podem e são forjados no cotidiano foram bloqueados para sempre." (BAUMAN, 2005, p. 99). No caso da evasão escolar, esse território sem denominação é o espaço concedido aos "evadidos", àqueles que não conseguiram se manter na escola por inúmeras razões, sendo a mais apontada a do suprimento de suas necessidades básicas.

Paiva e Silva (2013) avaliam o ensino médio e sobre a evasão escolar fazem considerações que corroboram os achados do estudo realizado pelo Grupo de Pesquisa Evasão Escolar. Diante dos números alarmantes de evasão escolar no ensino médio, as autoras afirmam que "Não podemos isentar a responsabilidade das políticas de governo, que oferecem um Ensino Médio ainda confuso quanto à sua finalidade, com condições, muitas vezes, precárias em relação ao conteúdo, à formação de valores e ao preparo para o mundo do trabalho." (PAIVA; SILVA, 2013, p. 54). Relacionando as reflexões de Bauman (2005) sobre a produção do refugo humano pela sociedade do consumo, Paiva e Silva afirmam que

> Afinal, a evasão escolar pode ser uma legitimação à ideologia neoliberal, quando esta minimiza a importância e a necessidade dos estudos para alguns e prioriza para outros. Assim, o aluno excluído social e economicamente sente desmotivação perante um sistema educacional que não o prepara adequadamente para ingressar na universidade e, consequentemente, para exercer uma digna profissão. (PAIVA; SILVA, 2013, p. 57).

Assim, a evasão escolar, legitimada em nossa sociedade, "justifica o descumprimento tácito de leis e a negação de direitos aos considerados desafortunados." (PAIVA; SILVA, 2013, p. 58). Mesmo que pela lei o direito à educação seja garantido universalizando seu acesso por todos com a obrigatoriedade de matrícula dos 4 aos 17 anos, conforme a LDB (BRASIL, 1996), não se garante o direito de o aluno estar sendo educado. Pois, "o direito a ser educado é mais do que o próprio direito à educação, incluindo-o como uma de suas realizações." (SCHILLING, 2005, p. 244). Portanto, o Estado é responsável pela efetivação do direito à

educação e encarregado de cumprir com as obrigações relativas a esse direito, sendo ainda responsável pela fiscalização quanto ao seu cumprimento (SIQUEIRA; ROSSINHOLI, 2013).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão social insere-se organicamente na questão social que diz respeito à produção e distribuição das riquezas, sendo que no Brasil expressa-se sob a forma de profundas desigualdades sociais nas suas múltiplas realidades dos bairros, cidades, metrópoles, regiões. Desta forma, os resultados das dimensões (vida digna, conhecimento e vulnerabilidade) e dos índices (pobreza, emprego, desigualdade, alfabetização, escolaridade, juventude e violência) estruturados são reveladores de um Brasil onde a questão social é estrutural e agravada por políticas públicas residuais que ficam na margem, nas disfuncionalidades sociais que atrapalham a lógica do mercado e do capital.

A empregabilidade constitui-se fundamentalmente de estratégias individuais de manutenção da qualificação para atender as exigências da "modernização flexível" de um trabalhador flexível, responsável e empenhado na permanência de sua inclusão no mercado de trabalho. Trata-se da imposição de uma nova regra individual e privada de buscar, custe o que custar, cotidianamente a competência profissional necessária para fugir do desemprego e uma das consequências dessa imposição é a evasão escolar.

Quando as pesquisas apontam que uma das "causas" mais relevantes da "evasão escolar" é o fato de os jovens não conseguirem conciliar "trabalho e estudo", precisamos nos incomodar, tensionar e problematizar a questão, pois na pesquisa ora apresentada, a evasão escolar tem se constituído como uma falha do Estado e na geração de um não-direito à educação, revelado por meio de uma eficaz expulsão dos jovens das escolas (em algumas situações decepcionados, mas na maioria das vezes frustrados porque queriam estar nela) para inserirem-se em empregos precários que não exigem escolarização. Muitas vezes esta condição é posta para contribuir na renda e sobrevivência da família, por vezes, também são seduzidos pelo consumismo.

Desta feita, consideramos que os resultados encontrados na pesquisa em confronto com os autores estudados, apontam para a discrepância entre os documentos atinentes à educação, tanto em âmbito nacional quanto internacional, e a realidade vivenciada nas escolas investigadas. Por fim, é possível considerar haver uma lacuna importante no que concerne ao constructo de uma educação de qualidade para todos, a que todos tenham direito não só ao acesso, mas à permanência e sua conclusão.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Lawrence. *Análise de Conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. *Aprova o Plano Nacional de Educação* – PNE e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em 13 jul 2016.

_____. Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.* – LDBN. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 11 set 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 jun 2016.

FREIRE, Paulo. **A Educação na Cidade**. São Paulo: Cortez, 1991.

_____. *À sombra desta mangueira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Olho D'Água, 2001.

_____. *Cartas a Cristina*: reflexões sobre minha vida e minha práxis. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2003.

FRITSCH, Rosângela. (org). *Ensino Médio*: caminhos e descaminhos da evasão escolar. São Leopoldo: Oikos, 2015.

GIL. Carlos Antônio. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIONGO, Eliane Anderle; ROOS, Míria Maria de Souza. A aprovação, a reprovação e o abandono na percepção do estudante: estudo de caso na Escola Estadual de Ensino Médio Polisinos. In: FRITSCH, Rosângela. *Ensino Médio*: caminhos e descaminhos da evasão escolar. São Leopoldo, RS: Oikos, 2015.

MENEGAT, Jardelino; SENIW, Rafael Meira; LINDEMANN, Júlio César. O direito à educação de qualidade: reflexões sobre o cenário educacional brasileiro no contexto global. *Redes: R. Eletr. Dir. Soc*., Canoas, vol. 4, n. 2, p. 165-182, nov. 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (org). DESLANDES, Suely Ferreira. GOMES, Romeu. *Pesquisa social*: Teoria, método e criatividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

MIRA, Ane Patrícia Viana José de. *Princípios para a gestão escolar humanizadora a partir do humanismo em Paulo Freire*. Dissertação (mestrado). 144 f. Programa de Pós-graduação em Educação. Universidade La Salle. Canoas, RS: Universidade La Salle.

OEI. *Metas 2021*: A educação que queremos para a geração dos Bicentenários. San Salvador, 2008. Disponível em file:///C:/Users/user/Downloads/metas2021_portugues%20(1).pdf. Acesso em 14 abril 2018.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em jul 2016.

_____. *Os 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Nova Iorque, 2000. Disponível em https://nacoesunidas.org/tema/odm/. Acesso em 14 abril 2018.

_____. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Nova Iorque, 2015. Disponível em https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em 4 abril 2018.

PAIVA, Camila Ferreira Lopes; SILVA, Joyce Mary Adam de Paula e. As polêmicas faces do Ensino Médio. *Educação: Teoria e Prática,* Rio Claro, vol. 23, n 43, p. 44-61, maio-ago 2013.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 2ª. ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SCHILING, Flavia (org.). *Direitos Humanos e Educação*: outras palavras, outras práticas. 2ª. ed. São Paulo: Cortez 2011.

SCIOSCIOLI, Sebastián. *La educación básica como derecho fundamental*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSSINHOLI, Marisa. A (In) Efetividade do direito à educação no cenário jurídico brasileiro: uma análise sob o prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Rev. Confluenze*, Dipartimento di Lingue, Letterature e Culture Moderne, Università di Bologna, vol. 5, n. 2, p. 81-96, 2013.

SILVA FILHO, Raimundo Barbosa; ARAÚJO, Ronaldo Marcos de Lima. Evasão e abandono escolar na educação básica no Brasil: fatores, causas e possíveis consequências. *Rev. Educação por Escrito*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 35-48, jan-jun, 2017.

SOBRINHO, Afonso Soares Oliveira; SALTINI, Márcia Regina. Educação, cidadania e trabalho: o novo Plano Nacional de Educação e os desafios educacionais com vistas ao desenvolvimento humano. *Rev. Espaço Acadêmico*, n 177, p. 102-115, fev 2016.

OLIVEIRA; Andréa Silva de; THUMS, Ângela; ALVEZ, Katiusse Içara. Evasão e abandono escolar: do princípio da fuga ao caminho para a permanência In: FRITSCH, Rosângela. *Ensino Médio*: caminhos e descaminhos da evasão escolar. São Leopoldo, RS: Oikos, 2015.

UNESCO. *Educação para todos*: o compromisso de Dakar. 2000. Brasília, 2000. Disponível em http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127509porb.pdf. Acesso em 14 abil 2018.

_____. *Declaração de Incheon*. 2015. Disponível em http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002331/233137POR.

pdf. Acesso em 20 mai 2017.

UNICEF. *A convenção dos direitos da Criança*. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm Acesso em 20 abr 2018.

GT21: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

A PUBLICIDADE VIA *INTERNET* DE CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO: RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA

Carla Froener Ferreira, Mestre em Direito (LASALLE) *carlafroener@gmail.com*

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema a publicidade via *Internet* de tratamentos de reprodução humana assistida. Objetiva investigar se é possível identificar o fenômeno da "espetacularização" das relações sociais na publicidade dos *sites* de 23 clínicas de reprodução assistida da Região Sul do Brasil e, caso a resposta seja positiva, se o Direito Brasileiro é capaz de oferecer a devida proteção à relação de consumo originária destas práticas. O trabalho constitui-se em uma pesquisa teórica e empírica. O referencial teórico é a "Sociedade do Espetáculo" de Guy Debord, complementado por teóricos do consumo. A pesquisa empírica do tipo qualitativa refere-se à análise de imagens e informações contidas nos *sites* analisados. O estudo empírico comprova a construção teórica discutida no decorrer do artigo. Foram encontradas diversas manifestações de "espetacularização" das relações sociais na publicidade via *Internet* destes serviços, que utilizam imagens e linguagem persuasiva para criar ilusões e atrair novos consumidores. Violam, assim, o "princípio da transparência" (art. 6º, III, do CDC), decorrente do "princípio da boa-fé". Além da existência da "espetacularização", verifica-se que o Direito brasileiro contempla os mecanismos jurídicos necessários para proteger os consumidores submetidos à publicidade *online* de tais serviços. Não há lei específica que trate de maneira exclusiva sobre o tema. Destacam-se as normas produzidas pelo Conselho Federal de Medicina, em especial a Resolução 2.121/2015. Quanto às normas aplicáveis à publicidade médica, há as Resoluções 1.931/2009 e 1.974/2011 do CFM. No campo do Direito legislado, o Código de Defesa do Consumidor possui instrumentos importantes para coibir o mau uso da publicidade pelas clínicas de reprodução humana assistida.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Internet. Sociedade do Espetáculo.

1 INTRODUÇÃO

Os recentes avanços da ciência no campo da reprodução humana ampliaram as possibilidades para aqueles que buscam implementar projetos de parentalidade. Hoje, é possível pensar a procriação humana sem relação sexual e utilizando-se óvulos e útero de pessoas diferentes, por meio de técnicas médicas. No contexto de sociedade de consumo, na qual diversos aspectos da vida social são colonizados pelo sistema capitalista, desenvolveu-se um lucrativo mercado de venda de tratamentos de fertilização. Assim como outras áreas, a tecnologia permite a publicidade também destes serviços via *Internet*. O ambiente virtual é um lugar profícuo para conquistar o "consumidor-espectador" e inseri-lo na dinâmica da mercantilização da reprodução humana.

Diante de tal contexto, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: é possível identificar o fenômeno da "espetacularização" das relações sociais na publicidade dos *sites* de clínicas de reprodução humana assistida da Região Sul do Brasil e, caso a resposta seja positiva, o Direito Brasileiro é capaz de oferecer a devida proteção à relação de consumo originária destas práticas? O objetivo geral do trabalho é a resposta ao problema de pesquisa. São considerados como objetivos específicos o estudo da regulamentação da reprodução assistida, do fenômeno da "Sociedade do Espetáculo", da caracterização da "Sociedade do Consumo", do processo de "objetificação" das relações humanas, da persuasão publicitária e a análise dos *sites* das clínicas de fertilização da Região Sul do Brasil.

Quanto à metodologia, o presente trabalho constitui-se, ao mesmo tempo, como uma pesquisa teórica e empírica. O referencial teórico escolhido é o da "Sociedade do Espetáculo" de Guy Debord, complementado por importantes teóricos do consumo. A parte empírica da pesquisa refere-se à análise de

sites de 23 clínicas médicas de reprodução humana assistida com sede na Região Sul do Brasil (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) e vinculados à Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), as quais utilizam o recurso para publicizar os seus serviços de fertilização. Como o estudo refere-se às manifestações típicas do fenômeno da "espetacularização" (como imagens), o tipo de pesquisa escolhida foi a qualitativa, que permite uma verificação mais detalhada das amostras.

O artigo divide-se em duas partes. O primeiro capítulo apresenta a caracterização do problema e a revisão da literatura utilizada. O segundo capítulo expõe a metodologia aplicada na pesquisa empírica, o caminho percorrido até se chegar às amostras selecionadas e a análise dos dados coletados.

2 CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA E REVISÃO DA LITERATURA

A reprodução humana pode ser compreendida como uma complexa sequência de eventos moleculares coordenados, originados a partir da união entre as células germinativas femininas (óvulos) e as masculinas (espermatozóides) (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 32). Quando este procedimento não acontece naturalmente, seja por um problema de saúde feminino, masculino ou pela falta de parceiro do sexo oposto (homossexuais ou solteiros), torna-se necessário recorrer à intervenção médica por meio das técnicas de reprodução humana assistida[1].

O mundo contemporâneo passa por um momento de reconfiguração das estruturas familiares. Não é mais possível pensar a relação parental apenas em um sentido tradicional, quando é possível observar diferentes combinações de família, que incluem a multiparentalidade[2] (CATALAN, 2012, p. 145), monoparentalidade e pessoas que, simplesmente, optam por não ter filhos. Sendo assim, filhos não são mais encarados como uma necessidade biológica, mas um projeto de vida que pode (ou não) ser implementado, de acordo com as aspirações de cada um. Por outro lado, o avanço das técnicas médicas permitiram ultrapassar limitações biológicas consideradas intransponíveis no campo da reprodução humana, o que acabou contribuindo para estas novas possibilidades familiares.

Diante deste quadro, a definição tradicional de reprodução humana assistida como o conjunto de técnicas médicas que auxiliam o processo de procriação, com objetivo de possibilitar pessoas inférteis ou estéreis de terem filhos (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 14; MALUF, 2010, p. 153) precisou ser ampliado. Tais técnicas podem servir a qualquer pessoa que busca a parentalidade, independentemente das questões de fertilidade (FONSECA; HOSSNE; BARCHIFONTAINE, 2009. p. 236).

Entre as principais técnicas de reprodução assistida, é possível citar a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide. A inseminação artificial intrauterina é o processo no qual o médico introduz no útero o espermatozóide previamente coletado, fazendo com que o seu encontro com o óvulo ocorra dentro do corpo da mulher (MOORE; PERSAUD, 2008. p. 36). Quando existe uma impossibilidade biológica que limita o encontro dos gametas no corpo, parte-se para a técnica de fertilização *in vitro.* Esta, consiste na coleta de óvulos e espermatozóides para a sua fecundação em um recipiente externo, que é posteriormente transferido para o aparelho reprodutor feminino (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68). Já a injeção intracitoplasmática de espermatozóide é um método semelhante à fertilização *in vitro*, pois a fecundação também ocorre em um recipiente fora do corpo da mulher para após ser implantado no útero, a diferença é que nesta técnica um único espermatozóide é injetado diretamente no citoplasma de um óvulo maduro. A reprodução poderá ser homóloga, quando os gametas utilizados para a fecundação são do casal interessado na procriação, ou heteróloga, quando, devido à impossibilidade de um

[1] O marco mundial da reprodução assistida ocorreu em julho de 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Brown, conhecida como o primeiro "bebê de proveta". Já no Brasil, a reprodução assistida teve sua primeira experiência humana com o emprego da técnica de fertilização *in vitro* em outubro de 1984, quando nasceu Ana Paula Caldeiras, na cidade de Curitiba (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 11).

[2] Catalan (2012, p. 145) cita uma série de exemplos de manifestações do fenômeno da multiparentalidade nos tempos atuais: movimento de construção e destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas; adoção não destruidora do passado; núcleos de poliamor; e a utilização de material genético como matéria-prima na fecundação e uso de gestação por substituição. A reinvenção da família inclui casos de duas mães, dois pais, duas mães e um pai, dois pais e uma mãe, duas mães e dois pais e três mães e dois pais.

ou ambos em fornecerem os seus próprios gametas, estes são obtidos de doadores (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 36).

Uma forma de aplicação das técnicas de reprodução assistida é a "gestação ou maternidade de substituição", também denominada de "doação temporária do útero" ou "barriga de aluguel". Nesse procedimento, aqueles que buscam um filho, mas não podem realizar o ciclo de gestação, beneficiando-se da fertilização *in vitro* ou injeção intracitoplasmática, transferem o embrião ao útero de outra mulher que realizará a gestação (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 17).

Um aspecto fundamental da reprodução humana assistida, e que é foco da pesquisa, é a sua inserção no sistema capitalista e na sociedade contemporânea, marcada pela "espetacularização" das relações sociais (em especial no ambiente da *Internet*) e "objetificação" do ser humano. Debord[3] (1997, p. 14; p. 18), tomando por base a sua obra máxima, aduz que o mundo contemporâneo, inserido no sistema capitalista avançado, experimenta uma "sociedade do espetáculo", como resultado da dominação da economia sobre a vida social. O autor caracteriza o espetáculo como a "relação social entre pessoas, mediada por imagens" (DEBORD, 1997, p. 14).

Debord observa na sociedade contemporânea a divisão entre "imagem" e "realidade", sem existir uma oposição, pois a "realidade surge no espetáculo e o espetáculo é real". Mais do que isso: o espetáculo inverte o real e é vendido como produto, enquanto a realidade vivida é materialmente invadida pela contemplação do espetáculo (DEBORD, 1997, p. 15). Em outras palavras, "o mundo real se transforma em simples imagens, as simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes de um comportamento hipnótico". A imagem em Debord representa a "superficialidade da simples aparência", que reduz a complexidade das coisas apenas ao visível (SOUZA, 2014, p. 250).

O ato de consumir é representado como uma tentativa de "capturar a felicidade", sustentada pela curiosidade de sempre experimentar o "novo" (BAUDRILLARD, 2011, 21). Na era do desenvolvimento econômico infinito, baseado na produção e consumo massificado de produtos e serviços, vai-se muito além das necessidades básicas humanas, pois se fabrica de maneira ininterrupta "pseudonecessidades" vendidas com o único objetivo de manter o sistema econômico dominante. Nesse sentido, os desejos de consumo são criados pelo próprio mercado (CATALAN, 2013, p. 128). Aposta-se na irracionalidade do consumidor, e não na sua informação; nas emoções e não na razão (BAUMAN, 2008, p. 73; 64-65). Promete-se a felicidade na vida terrena, de natureza instantânea e perpétua, tudo por meio do consumo (PORTER, 2011, p. 71).

A mesma dinâmica de consumo pode ser encontrada na reprodução humana, assunto tipicamente tratado no ambiente privado e que adquiriu dimensão mercadológica, o que Bauman denominaria de "objetificação" do ser humano, ou seja, quando o ser humano passa a ser visto e tratado como mercadoria. Logo, o capitalismo avançado é marcado pela busca do lucro na transformação em mercadorias de setores da vida cotidiana previamente não colonizados pela economia (FREIRE FILHO, 2003, p. 35).

Nas últimas décadas, a reprodução humana se tornou um negócio lucrativo e em grande expansão pelo mundo. Há, entretanto, uma série de problemas de saúde e dilemas éticos que muitas vezes são mascarados no contexto de espetacularização. Por exemplo, a captura dos óvulos necessita primeiramente de um processo de hiperestimulação hormonal por meio de medicamentos que podem acarretar graves efeitos colaterais, com risco, inclusive, de morte. A própria retirada do gameta apresenta riscos, podendo ser responsável por infecções. O monitoramento da implantação do embrião também conduz a exames invasivos e desgastantes. Além disso, o grau de sucesso é baixo, enquanto que a possibilidade de gravidez múltipla e o abortamento espontâneo possuem taxas superiores à gestação convencional (CORREA e LOYOLA, 1999, p. 218). Deve ser considerado, ainda, o impacto negativo na saúde mental daqueles que se submetem ao tratamento de reprodução humana assistida, especialmente os que experimentam frustração após várias tentativas.

[3] A obra principal de Guy Debord intitula-se "Sociedade do Espetáculo", publicada em 1967. Filósofo, agitador social e cineastra, Debord é considerado como um dos percussores do discurso libertário representado pelo movimento francês contestatório que eclodiu em março de 1968. Trata-se de um crítico mordaz do domínio da imagem e da sociedade capitalista (FREDERICO, 2010, p. 180), dedicado a revigorar a teoria e a prática marxistas, em um contexto de rápida modernização da França após a Segunda Guerra Mundial e explosão do consumo nos anos 60 (FREIRE FILHO, 2003, p. 34).

Tem-se observado a busca pelos serviços de reprodução humana assistida até mesmo por aqueles que não a necessitariam para a implementação de seu projeto parental. Isto ocorre porque o atual estágio da ciência oferece, além da fecundação, outros serviços. A implantação de mais de um embrião favorece aqueles que gostariam de ter gêmeos; máquinas de centrifugação são capazes de separar gametas que tem a maior probabilidade de gerar filhos do sexo masculino ou feminino; os avanços da eugenia permitem a definição da cor dos olhos. Tal qual se escolhe a estampa de um mobiliário e os acessórios de um carro, é possível projetar um "tecno-filho", por meio da ciência (RAMÍREZ-GALVEZ, 2009, p. 90).

O cenário de regulação na área da reprodução humana assistida ainda é recente, com países que permitem e proíbem certas técnicas[4]. No Brasil, todas as tentativas de produzir um diploma legislativo foram infrutíferas até o presente momento. Neste cenário, não há lei específica que trate de maneira exclusiva e detalhada do tema, restando, no campo do direito legislado, dispositivos legais esparsos, alguns com referência direta e outros, indireta.

Na Constituição Federal não há menção expressa sobre a reprodução humana assistida. Há, entretanto, a garantia do livre planejamento familiar, competindo ao Estado fornecer os recursos científicos para tanto. O dispositivo, todavia, menciona que este é um direito do "casal" (art. 226, § 7º), o que demonstra a incompatibilidade do texto às práticas sociais que compreendem a multi e monoparentalidade, conforme comentado. A Lei do Planejamento Familiar (Lei Federal nº 9.263/1996), elaborada com o objetivo de regulamentar o art. 226, § 7º da Constituição Federal, parece estar um pouco mais em sintonia com esta quadra da história, ao mencionar que o planejamento familiar engloba "a limitação e o aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 2º).

Um ponto importante é a vedação expressa na Constituição Federal da comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas (art. 199, § 4º). A violação deste preceito constitui crime, nos termos da Lei Federal nº 9.434/97 (arts. 14, 15, 16 e 17). Tais dispositivos podem ser interpretados de maneira a estender a proibição à venda de gametas e aluguel de útero na reprodução humana assistida.

O Código Civil de 2002 possui alguns dispositivos sobre o tema. O art. 1.593 estabelece que a parentalidade pode ter origem de "outra" forma além da consanguinidade, o que garantiria, em tese, o registro de filiação pelo(s) autor(es) do projeto parental (e não apenas os genitores genéticos ou biológicos). O outro dispositivo trata de presunção de paternidade envolvendo casais heterossexuais que optam pela reprodução humana assistida (art. 1.597).

Entre as normas de natureza administrativa é possível encontrar as iniciativas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Em 2005, foi editada a Lei de Biossegurança (Lei Federal nº 11.105) para regular, entre outros temas, a produção, pesquisa, uso, destinação e armazenamento de células-tronco embrionárias no Brasil. Apesar de o foco ser a questão das células-tronco, no Decreto regulamentador da legislação (Decreto Federal nº 5.591/2005) atribuiu ao Ministério da Saúde a manutenção de cadastro atualizado de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento. No mesmo ano, a ANVISA passou formalmente a regular e fiscalizar o funcionamento dos "Bancos de Células e Tecidos Germinativos" (BCTG), as clínicas de reprodução humana assistida[5]. Em 2008, a ANVISA criou o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), um banco de dados eletrônico que recebe informações das clínicas de fertilização em funcionamento no Brasil sobre o número de células e tecidos germinativos e embriões produzidos[6]. O envio de informações é obrigatório sob pena de sanção administrativa[7] e os

4 É o caso de África do Sul, Austrália, Canadá, Grécia, Índia, Nepal, Ucrânia, Rússia, Reino Unido e Tailândia que permitem a maternidade por substituição e Alemanha, Espanha, França, Itália, Suécia e Suíça que proíbem (CERUTTI, 2015, p. 46-47; FINKELSTEIN, 2016, p. 86-87). Nos EUA a legislação sobre o tema é de competência estadual, por conta da organização de seu sistema federativo. Os Estados do Alabama, Califórnia, Colorado, Delaware, Flórida, Illinois, Maine, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Texas, Utah, Virgínia e Washington possuem legislação que permite e regula a maternidade por substituição. Já os Estados de Indiana, Michigan, New York e New Jersey expressamente proíbem tais práticas, sendo os três primeiros com base em leis estaduais e o último em precedente jurisprudencial (FINKELSTEIN et al, 2016, p. 63).

5 Portaria nº 2.526/2005 do Ministério da Saúde; Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) nº 33/2006.

6 RDC nº 29/2008, atualizado pela RDC nº 23/2011 e RDC nº 72/2016, todas da ANVISA.

7 Sanções administrativas previstas na Lei Federal nº 6.437/77, que incluem, entre outras, advertência, multa, interdição total ou parcial do estabelecimento e cancelamento do alvará de licenciamento.

resultados são publicados pela ANVISA anualmente.

Um órgão regulador de grande importância para a questão da reprodução assistida na atualidade é o Conselho Federal de Medicina (CFM). Desde a década de 90 o CFM trata de maneira pioneira sobre o tema[8]. Atualmente, vigora a Resolução nº 2.168, publicada em 10 de novembro de 2017.

Feitas as devidas considerações, passa-se à análise dos pontos principais da Resolução nº 2.168/2017. Como princípio geral, é definido que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave à saúde do paciente e seu possível filho (art. I, 3). Todas as pessoas capazes podem submeter-se às técnicas de reprodução assistida, desde que estejam de acordo e devidamente esclarecidas (art. II, 1). Já para que ocorra a gestação por substituição, as doadoras de útero deverão pertencer, obrigatoriamente, à família de um dos autores do projeto parental, exigindo-se consanguinidade de até quarto grau, salvo autorização específica do Conselho Regional de Medicina (art. VII, 1).

A resolução expressamente permite o uso da intervenção médica no contexto de relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras (art. II, 2). Todavia, ao mesmo tempo em que possibilita o acesso a todos que desejarem, abre margem para comportamentos preconceituosos, na medida em que inclui uma ressalva: "respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico". A norma também faz referência à possibilidade de "gestação compartilhada" em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade (art. II, 3), o que significa que está permitida a implantação do óvulo de uma parceira no útero de outra, para que ambas contribuam para o projeto parental.

O limite de idade para a doação de material genético é de 35 anos para mulheres e 50 anos para homens (IV, 3), devendo ser preservado o anonimato no vínculo entre doadores e receptores (IV, 2). A intenção da resolução é que a identidade do doador e do receptor não sejam por eles conhecidas reciprocamente, o que obriga os médicos à manutenção do sigilo de ambas as identidades, garantindo segurança e estabilidade (GARRAFA; VASCONCELOS; LUSTOSA; MEIRELLES; ARANHA, 2014, p. 513). Com o mesmo objetivo, proibiu-se que integrantes da equipe médica e funcionários das clínicas sejam doadores (IV, 8).

Em uma tentativa de barrar a mercantilização da reprodução assistida e a objetificação do bebê a ser gerado, a resolução proíbe o emprego de técnicas para selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo quando se tratar de doença genética (art. I, 5). Convém lembrar que a Lei de Biossegurança proíbe a eugenia (art. 6º, III), sendo crime a violação deste preceito (art. 25).

A idade limite para gestação ligada à reprodução humana assistida é de 50 anos, podendo ser autorizada gestante com idade superior pelo médico responsável, com base em fundamentos técnicos e científicos e esclarecimento quanto aos riscos possíveis (art. I, § 1º e 2º). Já o número de óvulos e embriões a serem implantados é limitado a no máximo quatro, de acordo com a idade da receptora (art. I, 7)[9].

O documento em vigor dispõe que a fornecimento de gametas, embriões e úteros não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (IV, 1; VII, 2), caracterizando-se pela finalidade única de ajudar terceiros. Todavia, a norma prevê a possibilidade da chamada "doação compartilhada". Nela, é possível que dois casais com problemas de infertilidade compartilhem seus gametas e dividam os custos dos tratamentos (art. IV, 9). Ocorre que situações como esta remetem à reflexão a respeito da vulnerabilidade das pessoas que se submetem às técnicas, sobretudo quando postas em um contexto de evidente fragilidade social e econômica (GARRAFA; VASCONCELOS; LUSTOSA; MEIRELLES; ARANHA, 2014, p. 512).

Atualmente, a objetificação das relações humanas é potencializada por outro elemento que também se relaciona com a massificação do consumo, o processo de "virtualização", ocasionado pelo advento da *Internet*, que se tornou a base tecnológica da sociedade contemporânea. A *Internet* converteu-se em um poderoso mecanismo para difundir informações em todos os âmbitos da atividade humana, criando conexões (flexíveis e adaptáveis) antes inimagináveis, que ultrapassam as noções tradicionais de espaço e

[8] A primeira resolução a tratar sobre a reprodução humana assistida foi a nº 1.358 de 1992, vindo a ser substituída pelas Resoluções nº 1.957 de 2010, nº 2.013 de 2013 e nº 2.121 de 2015.

[9] Mulheres de até 35 anos, até 2 embriões; mulheres entre 36 e 39 anos, até 3 embriões; mulheres com 40 anos ou mais, até quatro embriões (art. I, 7).

tempo (CASTELLS, 2001, p. 15-16).

A publicidade via *Internet* é amplamente utilizada no oferecimento de serviços de fertilização com o objetivo de fomentar um "apetite cego e sem limites" por estas técnicas e expandir o mercado consumidor. A reprodução assistida é apresentada no discurso publicitário como resultado da evolução inevitável da humanidade, o mais novo produto capaz de ser consumido de maneira segura e asséptica graças aos avanços da ciência e da tecnologia (BRAGA; AMAZONAS, 2005, p. 14; 17). Neste caso, a publicidade procura demonstrar que o objeto oferecido não é qualquer objeto, mas justamente aquele que o consumidor deseja (um filho), adaptado às suas necessidades personalíssimas (um "objeto personalizado"). A ideia é gerar uma identificação entre o objeto (filho) e o consumidor (pais), de maneira tão intensa que o último seja capaz de se ver no próprio objeto (MACCRACKEN, 2007, p. 104). Na sociedade do espetáculo, o espectador vive uma contradição entre o que é e o que gostaria de ser, e a publicidade vem justamente para suprir esta lacuna, alienando o espectador diante do objeto oferecido e compensando a monotonia da vida por meio da fantasia.

Para que a publicidade seja capaz de atingir os seus fins, é necessário que tenha uma alta capacidade de sedução e persuasão. Para tanto, as empresas são capazes de identificar o que inspira, alegra ou acalma os consumidores, bem como o que alivia a culpa, torna-os mais confiantes, seguros, nostálgicos e espiritualmente realizados (LINDSTROM, 2012, p. 23).

O Código de Defesa do Consumidor reserva alguns dispositivos para regular os efeitos da publicidade nas relações de consumo. Juridicamente, a publicidade equipara-se à oferta, vinculando o fornecedor quanto às informações divulgadas e integrando o contrato caso seja celebrado (art. 30, 31 e 35 do CDC) (MARQUES, 2005, p. 757). A publicidade deve se pautar nos princípios básicos que guiam as relações de consumo, especialmente a "boa-fé objetiva" (art. 4º, III do CDC) (MARQUES, 2005, p. 804), segundo a qual as partes envolvidas devem agir com honestidade, lealdade e probidade, ainda que no âmbito pré-contratual ou extracontratual. Um dever importante decorrente do princípio da boa-fé objetiva é o de informar e ser transparente nas relações de consumo (MIRAGEM, 2012, p. 167). O chamado "princípio da transparência" impõe a informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, do CDC).

O diploma legal dispõe da proibição de certas mensagens publicitárias que possam afetar negativamente o consumidor. O artigo 36, *caput*, do CDC estabelece que a publicidade "deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". Trata-se do "princípio da identificação da publicidade", também decorrente da necessidade de transparência nas relações de consumo (MARQUES, 2005, p. 785-786).

Há, também, a vedação expressa de práticas consideradas como "publicidade enganosa" e "abusiva", classificada como um direito básico do consumidor (art. 6º, IV, do CDC). De acordo com o conceito legal, enquadra-se como publicidade enganosa toda aquela que "divulga o que não corresponde ao produto ou serviço" (LOBO, 2001, p. 68), que for falsa (inteira ou parcialmente) ou capaz de induzir em erro o consumidor (MARQUES, 2005, p. 804), a respeito "da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, ou quaisquer outros dados sobre produtos e serviços" (art. 37, § 1º, do CDC). A publicidade abusiva é "publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor e valores sociais básicos" (MARQUES, 2005, p. 808), que "discrimina pessoas e grupos sociais ou agride outros valores morais" (LOBO, 2001, p. 68). Na legislação, enquadra-se aquela que explora a violência, o medo, a superstição; aproveita da inexperiência do "consumidor-criança"; desrespeita valores ambientais; ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, do CDC).

Os fornecedores que violarem as disposições do CDC sobre a publicidade estão sujeitos a uma série de sanções, que inclui sanção administrativa (como multa, suspensão temporária da atividade empresarial e retratação), a ser aplicada pelos órgãos administrativos de defesa do consumidor; pretensão indenizatória às vítimas ou aos legitimados à tutela coletiva, quando presente danos materiais ou morais causados pela publicidade ilícita; e sanção criminal (MARQUES, 2005, p. 760-761; MIRAGEM, 2012, p. 218).

Fora do estatuto consumeirista, existe uma legislação federal esparsa que se relaciona com a publicidade médica. A primeira delas é o obscuro Decreto-Lei nº 4.113/1942, que regula a publicidade de médicos e demais profissionais da saúde. Além das restrições sobre a divulgação de tratamentos ineficientes para a cura de certas doenças (art. 1º, I), ressalta-se a proibição do uso sistemático de "agradecimentos manifestados por clientes e que atentem contra a ética médica" (art. 1º, VII).

A Lei Federal nº 9.294/1996 regula o artigo 220, § 4º, da CF que, conforme comentado, impõe a necessidade de restrição à publicidade de medicamentos e "terapias" (o que pode ser entendido como tratamentos médicos). De acordo com o texto da lei, a publicidade de medicamentos e terapias (ou tratamentos) de qualquer espécie deverá ser feita apenas em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde (art. 7º, *caput*), salvo em se tratando de medicamentos de venda livre (como analgésicos, vitaminas, etc.).

Enquanto órgão responsável por regular a conduta médica, coube ao Conselho Federal de Medicina (CFM) emitir resoluções que disciplinassem e orientassem a forma de anunciar seus serviços. O Código de Ética Médica atualmente em vigor (Resolução nº 1.931/2009) procura afastar-se da ideia economicista ao definir que a publicidade médica em qualquer meio de comunicação em massa deve ter caráter "exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade" (art. 111).

O CFM possui, ainda, normativa direcionada especificamente à publicidade de serviços médicos (Resolução nº 1.974/2011)[10], que estabelece os critérios norteadores de publicidade na medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. De acordo com o texto da resolução, é vedado ao médico: anunciar aparelhagem de forma a lhe atribuir capacidade privilegiada (art. 3º, "b"); expor a figura de seu paciente como forma de divulgar a técnica, método ou resultado do tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo (art. 3º, "g"); garantir, prometer ou insinuar bons resultados do tratamento (art. 3º, "k"). O médico deve evitar o "sensacionalismo", entendendo-se como a divulgação publicitária feita de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos (art. 9, § 2º, "a"); a adulteração de dados estatísticos visando beneficiar-se (art. 9º, § 2º, "c"); usar de forma abusiva, enganosa ou sedutora representações visuais e informações que possam induzir a promessas de resultados (art. 9º, § 2º, "f"). O descumprimento das normas éticas médicas indicadas podem resultar em processos disciplinares a serem conduzidos pelos Conselhos Regionais de Medicina, gerando sanções aos médicos envolvidos.

3 METODOLOGIA APLICADA E RESULTADOS OBTIDOS

Cada pesquisa possui suas próprias opções metodológicas, fazendo-se necessário adaptá-las ao seu problema. Conforme já referido, o problema de pesquisa vincula-se ao estudo da espetacularização da reprodução humana assistida na publicidade pela *Internet,* optando-se, além de uma análise teórica, uma análise empírica na rede mundial de computadores. A observação do fenômeno da espetacularização, que implica a utilização de imagens, encenações e símbolos em prol dos desígnios do capital, exige uma pesquisa de natureza qualitativa, uma vez que permite uma verificação mais detalhada do conteúdo das amostras.

A *Internet*, entretanto, é um campo difícil de recortar por conta de sua escala (milhões de *websites*), heterogeneidade (diferentes fontes de informação) e dinamismo (elementos passíveis de alteração contínua). Cada uma das páginas da *Internet* compreende informações de diversos formatos, que combinam texto, imagens (estáticas e em movimento) e sons que representam conteúdos diferenciados e que se alteram a qualquer momento (RECUERO; FRAGOSO; AMARAL, 2011, p. 55-56).

Neste contexto, cumpre explicitar de que maneira as amostras foram encontradas e selecionadas para a finalidade da pesquisa. Optou-se pela seleção das amostras de maneira intencional, o que significa que os elementos "são selecionados segundo critérios que derivam do problema de pesquisa, das características do universo observado e das condições e métodos de observação e análise" (RECUERO; FRAGOSO; AMARAL, 2011, p. 78). Primeiramente, buscou-se por uma entidade mantida pela classe médica que

[10] A primeira resolução a tratar sobre a publicidade dos serviços médicos foi a de número 417 de 1970, vindo a ser substituída pelas resoluções nº 1036 de 1980, nº 1701 de 2003 e nº 1974 de 2011.

representaria o acesso a dados previamente organizados e com um grau de confiabilidade. Para tanto, chegou-se a "Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida" (SBRA[11]) que possui um *link* com o rol de clínicas médicas que comercializam o serviço de reprodução humana assistida divididas por Estado, com o respectivo indicativo do endereço de suas páginas na *Internet*. Durante o acesso realizado na data de 08 de julho de 2016, o *site* da organização continha o total de 124 clínicas cadastradas, de um universo de 150 em funcionamento no Brasil (ANVISA, 2016, p. 16). Por fim, como a amostra revelava-se volumosa, optou-se por escolher analisar a Região Sul do Brasil (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), por ser a área que contém a maior quantidade de clínicas com *sites* pelo número de habitantes[12]. O número final da amostra são 23 *sites* para serem analisados, o que corresponde a 20,72% da amostra bruta (111).

Entre os dias 26/08/2016 e 21/09/2016 acessou-se cada um dos 23 *sites*. Procurou-se a existência de elementos relacionados ao serviço de reprodução humana assistida e a espetacularização da vida, como a utilização de imagens e símbolos como forma de atrair o consumidor, o uso da linguagem para compelir a aquisição do serviço, a apresentação de informações e resultados técnicos, bem como manifestações que pudessem indicar um processo de "objetificação" da reprodução humana. A análise limitou-se ao conteúdo das imagens e dos textos dispostos nestes *sites*, sendo excluídos vídeos e efeitos sonoros, devido à dificuldade de discrição e registro na pesquisa. Ao final, as informações foram catalogadas de acordo com critérios escolhidos para pesquisa e dispostos seus resultados na forma de dois quadros: o primeiro referente à análise de imagens e o segundo dispondo sobre a análise das informações (textuais) constantes nos *sites* encontrados.

No quadro voltado aos aspectos visuais, buscou-se a utilização de (1) imagens de famílias felizes; (2) imagens de bebês brancos; (3) imagens de bebês gerados pela clínica; (4) imagens de equipamentos; e (5) imagens de famílias homoafetivas. No quadro dedicado aos aspectos informacionais e textuais, procurou-se a existência de (1) informação de riscos do tratamento; (2) informação de taxa de sucesso; (3) depoimentos positivos sobre a reprodução humana assistida; (4) depoimentos negativos sobre a reprodução humana assistida; e (5) informação sobre os custos.

Especificamente em relação à análise de imagens, utilizou-se o "método documentário de interpretação" de Bohnsack (2007, p. 286), que adapta os estudos de história da arte de Panofsky (1991) às ciências sociais. Tal método é aplicável a pesquisas qualitativas e consiste em três níveis de análise: o pré-iconográfico, que é a descrição completa da forma da imagem e seus elementos que a compõe; o iconográfico, que é a análise do sentido da imagem e o conceito que ela representa; e o iconológico, que é a análise do contexto da produção da imagem e sua relação com os demais elementos exteriores[13].

Concluídas as devidas considerações a respeito da metodologia empregada, parte-se para a análise detalhada dos elementos pesquisados. No Quadro 1, o primeiro critério utilizado foi o da presença de imagens de famílias felizes. De todos os *sites* estudados, 56,5%, o correspondente a 13 clínicas, apresentam imagens de pessoas ou famílias felizes com seus bebês, transmitindo a ideia de realização pessoal, de que o ser humano só será completo com filho. Pode-se observar que o sorriso (dos adultos e das crianças) é sempre evidenciado, assim como momentos de descontração e divertimento. Ao apresentarem pessoas alegres e se divertindo, as clínicas pretendem que os receptores das imagens se projetem para a situação vista (LINDSTROM, 2009, p. 55), imaginando como seriam felizes com filhos. Por este motivo, também é frequente a escolha do local das imagens, pois, conforme autores como Baudrillard (1973, p. 21-30), os objetos não existem sozinhos, mas em sintonia com o ambiente em que estão inseridos e com a função que lhes cabe desempenhar. Logo, vende-se não apenas o objeto em si, mas aquilo que ele representa, a experiência que proporciona e a relação

[11] A Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) é uma associação científica e cultural, sem fins lucrativos e de âmbito nacional que congrega informações sobre a reprodução humana assistida. Foi fundada em março de 1999. Tem como principais finalidades estudar e discutir assuntos relativos à reprodução assistida e seus métodos, promovendo eventos culturais, cursos, palestras e conferências sobre o assunto (SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, 2016).

[12] Os dados sobre as clínicas foram retirados do *site* da SBRA, conforme comentado. Já os dados populacionais foram extraídos do censo do IBGE, constante em sua *homepage* (IBGE, 2016).

[13] Utilizando-se, por exemplo, o primeiro critério, "imagens de famílias felizes", uma imagem poderia ser observada que (a) representa um casal com uma criança sorrindo (análise pré-iconográfica); (b) representa a felicidade no âmbito familiar (análise iconográfica); (c) a felicidade estampada na imagem que é utilizada pela clínica de reprodução humana assistida em seu *site* é, na realidade, uma forma de conquistar o consumidor, induzindo-o a acreditar que poderá atingir a felicidade plena adquirindo o seu serviço e adotando o modelo de família apresentado (análise iconológica).

que se estabelece entre o sujeito-objeto. Se for considerada a tese da "objetificação" das relações humanas e da reprodução assistida, anteriormente discutida, os bebês representados nas imagens são os "objetos" desta construção, por serem os "produtos" que serão vendidos pelas clínicas.

As clínicas de reprodução costumam agregar frases persuasivas às imagens publicitárias apresentadas nos *sites*, intensificando ainda mais a presença da espetacularização. Ao ilustrar um pai com seu filho em um momento de brincadeira, insere a frase "Algumas sensações na vida não podem ser descritas, você precisa viver". Em outras palavras, a clínica pretende dizer que quem não passar pela experiência da parentalidade, não experimentará todas as emoções existentes, terá uma vivência incompleta. Também é comum a utilização da palavra "sonho" criando a ideia de que ter filhos é uma concretização da vida: "Realize seu sonho" e "Realizando sonhos". Ressalta-se que o uso de maneira abusiva, enganosa ou sedutora de representações visuais e informações que possam induzir a promessas de resultados é uma afronta à regulação médica (art. 9º, § 2º, "f" da Resolução nº 1.974/2011). É vedado aos *sites* a publicação de imagens e sons que caracterizem sensacionalismo e autopromoção (art. 13, § 2º da mesma Resolução).

Analisando o segundo critério do Quadro 1, descobriu-se que 78,2% das clínicas, o que equivale a 18, possuem apenas fotos de bebês brancos. As demais, não apresentaram imagens de bebês como recurso para divulgação do serviço médico. Chama a atenção o fato de que grande parte possui cabelos loiros e olhos azuis. Neste contexto, é possível constatar que o processo de objetificação e espetacularização da reprodução humana assistida, enquanto fruto dos desígnios do capital, também acaba por reproduzir ideias de beleza essencialmente elitistas. Uma vez que estes serviços possuem como público alvo as classes altas, especialmente por conta dos altos custos de seus tratamentos, a ausência de negros na publicidade pode estar ligada à brutal desigualdade economico-social enfrentada pelo Brasil e que impede que este grupo tenha acesso a estes serviços médicos. Assim, o público negro, por exemplo, só é interessante aos idealizadores das práticas publicitárias se foram consumidores em potencial, situação que é enfrentada também em outros segmentos de mercado (MALTA et al, 2015, p. 06)[14].

O terceiro critério do Quadro 1 envolve a utilização de imagens de bebês gerados nas clínicas. Dos *sites* pesquisados, 8 clínicas, ou seja, 34,7% apresentam imagens destas crianças como forma de promover seus serviços e transmitir credibilidade aos seus clientes. Publicar fotos de bebês gerados pelas técnicas de reprodução assistida, com informação de nome, data de nascimento e filiação tem um efeito emocional muito maior do que apenas apresentar imagens de bebês sem identificação, que foram contratados com o único propósito de serem fotografados para publicidade. Isso porque as fotos de bebês "reais" (frutos de reprodução assistida) seriam como a demonstração do sucesso do tratamento (HAWKINS, 2013, p. 1116). A comprovação do "produto" que foi entregue a clientes que conseguiram vencer a infertilidade com a ajuda da respectiva clínica. Assim, tem-se, claramente, a "objetificação" do bebê como produto colocado "à venda". Registra-se que, conforme exposto no capítulo anterior, o CFM veda a publicação da figura de pacientes como forma de divulgar técnica, método ou resultado do tratamento, ainda que haja autorização expressa (art. 3º, "g", da Resolução nº 1.974/2011). Assim, os referidos *sites* encontram-se em completo desacordo com as normas do seu conselho profissional.

De acordo com o quarto critério do Quadro 1, que trata sobre a representação de famílias homoafetivas, entre os *sites* pesquisados, apenas 3 clínicas utilizam imagens com este tipo de família, o que corresponde a 13% do total. Conforme visto, a atual resolução do CFM permite, de forma expressa, o uso das técnicas de reprodução humana assistida em relacionamentos homoafetivos. Inclusive, autoriza a gestação compartilhada para que duas mulheres possam contribuir para o projeto parental. Assim como ocorre nas imagens de casais heterossexuais apresentadas anteriormente, as três imagens encontradas na pesquisa empírica também apresentam famílias felizes, transmitindo o sentimento de satisfação e união.

O quinto e último critério do Quadro 1 diz respeito às manifestações do uso da tecnologia avançada nas clínicas de reprodução humana assistida. Do total de clínicas pesquisadas, 17 (73,9% do total) utilizam imagens de equipamentos como forma de exaltar a tecnologia empregada, objetivando transmitir segurança e capacidade para realizar o tratamento, ainda que o público leigo não detenha conhecimento técnico sobre sua real eficiência. É comum, também, a utilização de expressões como "equipamentos de última geração",

[14] Malta (2015, p. 15) realizou uma pesquisa com a publicidade da companhia de telefonia "Oi" envolvendo crianças. Das 71 crianças analisadas, 57 eram brancas, 8 negras e 6 orientais.

"tecnologia de ponta" e "alta/avançada tecnologia". Isso tudo ocorre mesmo com o CFM proibindo anúncios de aparelhagem de forma a atribuir capacidade privilegiada ao anunciante (art. 3º, "b", da Resolução nº 1.974/2011), como visto no capítulo anterior.

O segundo quadro não trata de imagens, mas de informações apresentadas nos *sites* consultados. O primeiro critério escolhido para o Quadro 2 é sobre os riscos no tratamento de reprodução assistida. Tal procedimento médico está vinculado a uma série de riscos para a saúde dos envolvidos. Entretanto, somente 4 clínicas das 23 pesquisadas trazem informações sobre riscos no tratamento de reprodução humana assistida. Esta baixa quantidade equivale a 17,3% do total pesquisado. Assim, verifica-se que como o objetivo é vender o serviço, demonstrando os aspectos positivos das técnicas, são poucas as clínicas que informam os riscos e, quando o fazem, é de maneira muito superficial. Trata-se de uma violação clara do "dever de informar" os riscos oferecidos pelo serviço (art. 6º, III, do CDC).

O segundo critério do Quadro 2, diz respeito à publicização da "taxa de sucesso" da clínica em seus tratamentos médicos. Dos *sites* analisados, 5 clínicas, o equivalente a 21,7% do total, informam a sua "taxa de sucesso". Desde 2008, todas as clínicas brasileiras são obrigadas a informar as "taxas de fertilização" à ANVISA, que publica em relatórios periódicos do Sistema Nacional de Embriões[15]. Ocorre que a de "taxa de fertilização" representa apenas o sucesso que o médico obtém em unir artificialmente o óvulo e o espermatozóide para produzir o embrião. Logo, este índice não reflete o resultado final do tratamento médico, pois não significa necessariamente que o embrião implantado irá sobreviver e a gravidez continuará sem interrupção, como ocorre no caso do aborto espontâneo[16]. O problema reside no fato de que as 5 clínicas analisadas não deixam claro para o consumidor se seus dados são referentes à "taxa de fertilização" ou à "taxa de nascimento com vida por implantação embrionária", preferindo utilizar termos como "taxa de sucesso" ou "taxa de gravidez", que não possuem nenhuma base em estudos oficiais.

Assim, critica-se a ausência de transparência e clareza na formulação e apresentação das informações, o que pode influenciar erroneamente as percepções dos consumidores e atraí-los a contratar o serviço. Por não haver obrigação de as clínicas publicarem tais dados em seus próprios *sites,* todas que fazem possuem o objetivo claro de utilizar tais dados como um atrativo na venda. Ressalta-se que o CFM proíbe a conduta de "garantir, prometer ou insinuar bons resultados do tratamento" (art. 3º, "k" da Resolução nº 1.974/2011), bem como a "adulteração de dados estatísticos visando beneficiar-se" (art. 9º, § 2º, "c").

O terceiro e o quarto critério do Quadro 2 referem-se à divulgação de depoimentos dos pacientes, positivos e negativos, respectivamente. Dos *sites* analisados, 7 clínicas (30,4% do total) possuem *links* que relatam a experiência dos pacientes[17]. Os depoimentos são muito semelhantes: homens e mulheres narram suas trajetórias de sofrimento e tentativas frustradas até chegarem à clínica em que obtiveram o resultado positivo e com a qual são muito agradecidos. Alguns postam fotos dos seus bebês e outros, ainda, expõem a família completa. Pela leitura, percebe-se a forte pressão emocional sentida por quem passa por tratamento de reprodução assistida, tendo em vista que os testemunhos transmitem angústia, incerteza, mas também muita satisfação quando são bem sucedidos (LINS; PATTI; PERON; BARBIERI, 2014, p. 391).

[15] O 9º Relatório do Sistema Nacional de Embriões, registrou que as clínicas brasileiras apresentaram em 2015 uma "taxa de fertilização" de cerca de 73%, bem próximo de padrões internacionais, que giram entre 65 a 75% (AMERICAN SOCIETY OF REPRODUCTIVE MEDICINE, 2015, p. 09), conforme as condições pessoais do paciente (ANVISA, 2016, p. 09).

[16] Ciente deste problema, os órgãos de fiscalização da reprodução humana assistida nos EUA utilizam outro índice em seus relatórios: a "taxa de nascimento com vida por implantação embrionária". Por exemplo, de acordo com o último relatório emitido pelo governo norte-americano, em 2013, de 73.571 embriões transferidos nos EUA, apenas 27.406 resultaram em nascimentos com vida, o que corresponde a 37,5% do total. Desmembrando este percentual por idade, em se tratando de mulheres acima de 40 anos que utilizam os seus próprios óvulos, este índice chega a 16,2%; em mulheres de 44 anos, 2,9% (CENTERS FOR DESEASE CONTROL AND PREVENTION, 2015, p. 05).

[17] No total foram registrados 67 depoimentos, nos quais é possível encontrar vários termos que se repetem, demonstrando percepções e temas recorrentes. A palavra "sonho" é repetida em 38 depoimentos; a palavra "Deus", em 28 depoimentos; a palavra "alegria", em 14 depoimentos; a palavra "sucesso", em 8 depoimentos; a palavra "felicidade", em 9 depoimentos; a palavra "milagre", em 3 depoimentos; e a palavra "anjo", em 7 depoimentos.

Nenhuma das 23 clínicas pesquisadas postou depoimentos negativos que denegrissem ou desestimulassem o uso das técnicas de reprodução humana assistida. Igualmente, nenhum paciente referiu ter sentido dores ou reações à medicação. Também não foram encontrados relatos que criticassem o estabelecimento que prestou o serviço médico. Desse modo, as clínicas pretendem provar que a reprodução assistida é algo seguro, sem danos, estimulando a procura pelas técnicas. Publicam nos *sites*, exclusivamente, mensagens que possam estimular novos pacientes a procurarem tratamento. Como visto, este tipo de exposição é desautorizada pelo CFM (art. 3º, "g", da Resolução nº 1.974/2011), bem como a publicação de agradecimentos (art. 1º, VII do Decreto-Lei nº 4.113/1942).

O quinto e último critério do Quadro 2 é sobre a divulgação dos custos dos tratamentos de reprodução humana assistida. Apenas 1 clínica apresentou tais informações, o que corresponde a 4,3% do total de *sites* pesquisados. A ideia aqui é fazer com que os pacientes se desloquem até as clínicas para lá serem cativados pela possibilidade de gerarem descendentes. É uma estratégia para que os consumidores esqueçam os altos custos[18] financeiros envolvidos nos serviços oferecidos e concentrem-se em um desejo cujo valor é imensurável para eles, o de "ter" o seu filho nos braços (HAWKINS, 2013, p. 1115).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa empírica realizada nos *sites* de clínicas de reprodução humana assistida da Região Sul do Brasil comprova os argumentos teóricos apresentados no decorrer do artigo. Leva-se à conclusão de que a publicidade via *Internet* referente à reprodução assistida contribui para a espetacularização e objetificação do ser humano, na medida em que tais *sites* exploram, demasiadamente, o uso de imagens e linguagem sedutora com o objetivo claro de persuadir os clientes a consumirem o que eles vendem como a fórmula para a felicidade: "ter filhos" (no sentido de "possuir", tal um "objeto"). Ao identificar-se com a mensagem hipnótica, o consumidor-espectador é facilmente manipulado, cedendo às tentações e "pseudonecessidades" desenvolvidas pelo mercado.

Entre normas de direito legislado e administrativas que tratam apenas de maneira indireta sobre o assunto, verifica-se as normas produzidas pelo Conselho Federal de Medicina, com especial destaque para a Resolução 2.168/2017. Quanto às normas aplicáveis à publicidade médica, há as Resoluções 1.931/2009 e 1.974/2011 do CFM, sendo, em ambas, condenado o caráter sensacionalista, promocional ou de conteúdo possivelmente inverídico. Nos termos das normas referidas, ao utilizarem excessivamente técnicas de persuasão, induzirem promessas de bons resultados e exporem a figura de seus pacientes (mesmo com consentimento), os médicos responsáveis por estes *sites* estão sujeitos às devidas sanções dos Conselhos Regionais de Medicina, que podem acarretar até mesmo expulsão de seus quadros.

No campo do Direito legislado, o Código de Defesa do Consumidor possui instrumentos importantes para coibir o mau uso da publicidade pelas clínicas de reprodução humana assistida. A pesquisa aponta que os *sites* analisados violam o "princípio da transparência" (art. 6º, III, do CDC), corolário do "princípio da boa-fé", que estabelece que o fornecedor deve agir com honestidade, lealdade e probidade, apresentando informações adequadas e claras sobre seus produtos e serviços, com especificações corretas sobre os riscos que apresentam, incluindo a prática publicitária via *Internet*. A utilização da linguagem escrita e visual destes *sites* não possuem caráter apenas informativo, como aduz o ordenamento jurídico brasileiro, mas um objetivo claro de explorar sentimentos de parentalidade e felicidade e sugerir comportamentos de consumo, configurando-se como condutas desonestas, desleais e ímprobas. O mascaramento dos malefícios no uso das técnicas de reprodução assistida e a ambiguidade na apresentação das "taxas de sucesso" contribuem para este cenário. Entende-se que as clínicas de fertilização que adotam estas práticas em seus *sites* estão sujeitas as possíveis sanções do estatuto consumeirista. Sendo assim, conclui-se pela comprovação da existência de mecanismos jurídicos no Direito brasileiro capazes de proteger aqueles que se encontram sujeitos à espetacularização da publicidade via *Internet* de serviços de reprodução humana assistida.

[18] De acordo com Spar e Harrington (2009, p. 44), o mercado da reprodução humana assistida possui o que os economistas chamam de "demanda inelástica": como se trata de um bem ou serviço de difícil quantificação e que envolve sentimentos, os consumidores estão dispostos a pagarem qualquer valor pelo tratamento médico, o que faz com que os preços sejam sempre empurrados para cima no ambiente de mercado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. *Revista Bioética*, Brasília, v. 22, n. 1, p. 66-75, 2014.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. *Assisted reproductive technology*. 2015. Disponível em: <https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/Resources/Patient_Resources/Fact_Sheets_and_Info_Booklets/ART.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. *O sistema dos objetos.* Trad. Zulmira Ribero Tavares. São Paulo: Perspectiva, 1973.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BOHNSACK, Ralf. A interpretação de imagens e o método documentário. *Sociologias,* Porto Alegre, v. 9, n. 18, p. 286-311, jun./dez. 2007.

BRAGA, Maria das Graças Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: maternidade e procriação assistida. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005.

CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 87, p. 125-148, 2013.

_____. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem as pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 55, p. 143-162, 2012.

CASTELLS, Manuel. *La galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL E PREVENTION. *2013 Assisted Reproductive Technology National Summary Report.* Atlanta: CDC, 2015.

CERUTTI, Eliza. *Gestação por substituição*: desafios contemporâneos do direito internacional privado e a imputação dos laços parentais. 2015. 74 f. Monografia (Especialização Novo Direito Internacional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 60.

CORREA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Novas tecnologias reprodutivas: novas estratégias de reprodução? *Physis:* Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 09, n. 01, p. 209-234, 1999.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo.* Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FINKELSTEIN, Alex et al. *Surrogacy law and policy in U.S.:* a national conversation informed by global lawmaking. New York: Columbia University, 2016.

FONSECA, Larissa Lupião; HOSSNE, William Saad; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. *Revista Bioethikos,* São Paulo, v. 3, n. 2, p. 235-240, 2009.

FREDERICO, Celso. Debord: do espetáculo ao simulacro. *MATRIZes*, São Paulo, ano 4, n. 1, p. 179-191, jul./dez. 2010.

FREIRE FILHO, João. A sociedade do espetáculo revisitada. Revista FAMECOS, Porto Alegre, n. 22, p. 33-46, dez. 2003.

GARRAFA, Volnei; VASCONCELOS, Camila; LUSTOSA, Cátia; MEIRELLES, Ana Thereza; ARANHA, Anderson Vieira. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista Bioética*, Brasília, vol. 22, n. 3, p. 509-518, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana:* a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HALAVAIS, Alexander. *Prefácio.* In: RECUERO, Raquel; FRAGOSO, Suely; AMARAL ADRIANA. *Métodos de pesquisa para Internet.* Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 11-16.

HAWKINS, Jim. Selling ART: An Empirical Assessment of Advertising on Fertility Clinics´ Websites. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 8, n. 4, p. 1147-1179, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Banco de dados*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/>. Acesso em: 08 ago. 2016.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo*: verdades e mentiras sobre por que compramos. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

_____. *Brandwashed o lado oculto do marketing:* controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Trad. Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2012.

LINS, Patrícia Gomes Accioly; PATTI, Elci Antonia de Macedo Ribeiro; PERON, Antonio Cézar; BARBIERI, Valéria. O sentido da maternidade e da infertilidade: um discurso singular. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 31, n. 3, p. 387-392, jul.- set. 2014.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 59-76, São Paulo, RT, jan./ mar. 2001.

MACCRACKEN, Grant. Cultura e consumo: uma explicação teórica da estrutura e do movimento do significado cultural dos bens de consumo. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 99-115, jan./mar. 2007.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de bioética e biodireto.* São Paulo: Atlas, 2010.

MALTA, Renata Barreto et al. A representação de crianças negras nos comerciais da "Oi": reflexos de um racismo velado. *Revista Cambiassu*, São Luis, v. 15, n. 17, jul./dez. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOORE, Keith L., PERSAUD, T.V.N. *Embriologia clínica.* Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

PANOFSKY, Edwin. *Significado nas artes visuais.* São Paulo: Perspectiva, 1991.

PORTER, Eduardo. *O preço de todas as coisas: por que pagamos o que pagamos.* Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

RAMÍREZ-GALVEZ, Martha. Corpos fragmentados e domesticados na reprodução humana assistida. *Cadernos Pagu,* v. 33, p. 83-115, jul./dez. 2009.

RECUERO, Raquel; FRAGOSO, Suely; AMARAL, Adriana. *Métodos de pesquisa para Internet.* Porto Alegre: Sulina, 2011.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê reprodução humana assistida.* Belo Horizonte: Rede Saúde, 2003.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Estatuto da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. Disponível em: <http://sbra.com.br/images/stories/estatuto2010.pdf> . Acesso em: 08 ago. 2016.

SOUZA, Daniel Maurício Viana de. A teoria da "sociedade do espetáculo" e os mass media. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 2, n 4, jul./dez. 2014.

SPAR, Debora; HARRINGTON, Anna M. Building a Better Baby Business. *Minnesota Journal of Law Science and Technology*, Minesotta, v. 10, n. 1, 41-49, 2009.

DEVERES FUNDAMENTAIS DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS PARA A PREVENÇÃO E O CONTROLE DO QUADRO DE SUPERENDIVIDAMENTO

Marília Pioli Storch[1]

Bruna Lyra Duque[2]

RESUMO: O superendividamento é um fenômeno recente que atinge inúmeras pessoas no mundo, e ganhou atenção, principalmente, após a crise do sistema financeiro de 2008. O tratamento desse quadro é de fundamental relevância a fim de garantir o mínimo existencial e a tutela da pessoa humana, fundados na aplicação da interpretação civil-constitucional. Nesse sentido, apresentar-se-á, com base no Direito comparado, as alternativas tomadas na Europa e nos Estados Unidos a fim de estabelecer parâmetros práticos de aplicação dos institutos de prevenção e controle do superendividamento. Por fim, pretende-se, com esse trabalho, analisar o tema superendividamento, levando-se em consideração o grau de responsabilização que deve recair sobre a instituição financeira na prestação deste serviço. Empreender-se-á a análise do Projeto de lei 3.515/2015, para a reforma do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quanto ao tratamento conferido ao consumidor de crédito e à responsabilidade da instituição financeira sobre o superendividamento, bem como a prevenção e a recuperação do quadro de superendividamento crescente na sociedade de consumo.

Palavras-chave: Consumidor. Deveres Fundamentais. Superendividamento. Economia Comportamental. Direito Civil-Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A crise do *subprime*, iniciada nos Estados Unidos, é um recente exemplo de que não é suficiente a garantia do dever de informação pelo fornecedor para a decisão de tomada de crédito pelo consumidor pessoa física.

Desse modo, é levantada a questão quanto à concessão de crédito desenfreada e irresponsável a diversos indivíduos, que sabidamente não tinham classificação de crédito suficientemente boa para qualificá-los para empréstimos a taxas de juros iniciais (*subprime lending*), e que causou consequências graves à coletividade, desencadeou a quebra de bancos, o aumento do grau de pobreza, e o agigantamento do fenômeno do superendividamento.

Compreender esse fenômeno vai além de uma política de protecionismo ao consumidor, uma vez que o superendividamento atinge todos os atores que participam da relação financeira, investidores, intermediários e consumidores, bem como a coletividade social em uma economia globalizada. Diante disso, na perspectiva dos deveres fundamentais, o viés solidário se fará presente no entendimento dos conflitos sociais e econômicos, na interpretação da justiça contratual e na investigação das relações contratuais.

É imprescindível, pois, partir da interpretação civil-constitucional para se justificar a prevenção e o tratamento do consumidor superendividado. A fim de se reconhecer e superar a desigualdade fática entre o fornecedor em posição de superioridade técnica, jurídica e econômica, e o consumidor, em especial, o de crédito.

[1] Licenciada em História pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Acadêmica de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

[2] Doutora e Mestre do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. Advogada.

2 FUNDAMENTOS E BASES DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nas últimas décadas, grandes foram as discussões que envolveram civilistas acerca das chamadas publicização e despatrimonialização do direito privado. Isso se deu pela renovação do direito civil a partir de uma leitura constitucional, que então passou a conferir mais importância à pessoa, na mesma proporção em que destinava ao direito de propriedade, por exemplo, "papel de mero instrumento para a consecução de valores de cunho existencial" (SCHREIBER, 2013, p. 19).

Ao contrário de ser uma intromissão do público no privado, trata-se de uma revitalização do direito civil posicionada em conformidade com a metodologia civil-constitucional e em harmonia com seus princípios.

Nesse contexto, a interpretação civil-constitucional significa, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (1991, p. 4), a renovação do direito privado para atender as demandas constitucionais. Assim, se entende que não há tomada do privado pelo público, mas, um aprimoramento para atender anseios do projeto de sociedade proposto na Carta Constitucional, ao qual o direito privado deve ser coerente.

A metodologia civil-constitucional entende as transformações dos instrumentos do direito civil, que já foram compreendidos apenas no âmbito da lógica individualista, para serem redirecionados à realização dos valores constitucionais, caracterizando o direito civil-constitucional como o "decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais" (TEPEDINO, 2003, p. iii), e é esse predomínio a característica central da despatrimonialização, é dar novo objetivo às relações entre particulares.

Pietro Perlingieri (*apud* SCHREIBER, 2013, p. 12), em seu trabalho *La dottrina dei diritto civile nella legalità costituzionale,* estabelece as bases fundamentais para a compreensão da metodologia do direito civil-constitucional, a começar pela natureza normativa da Constituição; a consciência do pluralismo de fontes do direito, em consequência, a complexidade e unidade do ordenamento jurídico; e a proposta de desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição de 1988, institutos próprios do Direito Civil ganham novo foco, neste momento, mais direcionado à sua função social como meio de consecução de valores de cunho existencial, "procurando proteger e atingir objetivos sociais definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais" (TEPEDINO, 2004, p. 3).

Neste sentido, a Carta Maior menciona o trabalho e a iniciativa privada em seu texto, mas ressalva a perspectiva do "valor social", cujos objetivos fundamentais são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impondo a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (SCHREIBER, 2013, p. 18).

Segundo Anderson Schreiber (2013, p. 18), a Constituição não pretende abafar o crescimento econômico e a livre iniciativa, mas propõe uma nova justificativa aliada a defesa dos direitos sociais.

Por essa razão, a legislação consumerista, na perspectiva constitucional, cumpre um papel relevante ao conjugar um regime contratual não apenas alicerçado no dogma da vontade, mas ao considerar uma análise subjetiva diferenciada do contratante. Percebe-se, na relação consumerista pontuada no Código de Defesa do Consumidor (CDC), a compatibilização entre a livre iniciativa massificada e a justiça social (DUQUE, 2007, p. 89).

O contrato, considerado como fonte do direito das obrigações, precisa perseguir a lógica da priorização dos interesses da pessoa humana (CATALAN, 2013, p. 74), o que requer a sua leitura funcionalizada e não voltada apenas aos direitos patrimoniais ali inseridos.

Portanto, uma interpretação do Direito Civil sob a hermenêutica constitucional não corresponde ao abandono da livre iniciativa e dos princípios da atividade econômica (SCHREIBER, 2013, p. 19), a Constituição não afasta a livre iniciativa, tampouco a propriedade privada, ao contrário, a prevê e aproxima o exercício desses direitos e princípios aos valores sociais também valorizados e ressaltados na Constituição de 1988.

A aplicação da hermenêutica civil-constitucional como axioma de todo o ordenamento, e em especial, relacionado ao Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, questiona desse modo a isonomia formal e seus efeitos, tão defendida sob a ótica individualista liberal. No entanto, sem desprestigiar suas conquistas, a isonomia formal "aplicada às relações jurídicas desiguais acabava por consagrar o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca" (TEPEDINO, 2004, p. 3).

A partir da observância dos valores constitucionais da dignidade, da igualdade material e da redução das desigualdades, emergem princípios, no CDC, para tornar efetivas tais previsões da Magna Carta (TEPEDINO, 2004, p. 5). Defendendo valores extrapatrimoniais para garantir a dignidade do consumidor, o qual deve ser protegido devido a sua situação fática de inferioridade técnica e econômica (TEPEDINO, 2006, p. 49).

Em vista disso, a interpretação do direito privado a partir da hermenêutica constitucional é de fundamental relevância para o tratamento do consumidor superendividado, na medida em que preconiza valores existenciais aos patrimoniais, a fim de proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista.

Por fim, é fundamental estabelecer os critérios que respeitem os valores constitucionais para a interpretação do superendividamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, para desse modo, compreender o porquê de seu combate.

3 DEVER FUNDAMENTAL DO FORNECEDOR DE PRESTAR INFORMAÇÕES ADEQUADAS AO CONSUMIDOR

Este estudo investiga em que medida os deveres fundamentais poderão ser imputados ao fornecedor para o exercício e a implementação dos direitos fundamentais do consumidor que buscam concretizar a solidariedade nas relações contratuais de empréstimo e de financiamento, objetivando potencializar o dever de informação previsto no CDC.

O papel do dever de solidariedade, sob a ótica dos deveres fundamentais, não pode ser afastado da análise da sociedade e do fenômeno social. Veja-se, nesse aspecto, que o particular tem dever fundamental implícito de respeito ao outro no cenário contratual. Todavia, a autonomia privada não pode ser freada pelo Judiciário, por meio do dirigismo contratual sem critérios e de forma absoluta, para impor aos indivíduos e empresas alguns deveres tipicamente estatais (DUQUE e PEDRA, 2013, p. 65 e 70).

Dentre os diversos princípios que formam o CDC, a boa-fé objetiva é fundamental, uma vez que representa regra de conduta pela qual as partes devem agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, o que se aplica tanto ao credor como ao devedor. A fim de estabelecer equilíbrio das relações contratuais nas relações de consumo (NUNES, 2015, p. 676).

Decorrem da boa-fé, os princípios que regulam o dever de prestar informações adequadas e claras, nos termos dos artigos 4º e 6º, inciso III, do CDC, que juntos formam uma sistemática para assegurar ao consumidor o direito de ser informado "sobre todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos e preços, de maneira clara e compreensível ao consumidor" (NUNES, 2015, p. 183).

As informações pré-contratuais passam, portanto, a ser juridicamente relevantes. Com isso, integram a relação contratual futura e deverão depois ser cumpridas na fase de execução do contrato, positivando a antiga noção da proibição do *venire contra factum proprium* (MARQUES, 2002, p. 67).

Para isso, é imprescindível que haja a duplicidade entre informação fornecida e adequada compreensão pelo consumidor, a depender "do tipo de contrato de consumo, do nível econômico, social e intelectual do consumidor" (NERY JR., 2011, p. 618).

O artigo 52, do CDC, estabelece o dever de informar, antes da celebração do contrato, para que o consumidor possa avaliar se deseja se comprometer com aquele empréstimo por determinado período, e se terá condições de arcar com este crédito mesmo diante de um imprevisto que pode vir a ocorrer, com a

finalidade de evitar a ocorrência de inadimplemento e de superendividamento (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2006, p. 772). Podendo, o consumidor, decidir o que entender ser mais vantajoso.

Faz-se importante refletir sobre a contratação de crédito pelo instrumento contrato de adesão. Assim, a contratação em massa é realidade e maioria na relação entre consumidores e fornecedores, dentre os quais se destaca o contrato de adesão, "redige-se um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente às futuras relações contratuais" (MARQUES, 2016, p. 73).

Assim o consumidor fica limitado na relação contratual, sem poder alterar cláusulas, nem discutir, ou negociar os termos e condições do contrato (MARQUES, 2016, p. 78), assim, aceita em bloco as cláusulas de forma unilateral e uniformemente pré-elaboradas pelo fornecedor ou prestador de serviços, assumindo papel de mero aderente aos termos contratuais. Resta ao consumidor a alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato (*take it or leave it*) (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2006, p. 801).

Dessa maneira, sendo a informação elemento inerente à prestação de serviços concessão de financiamento bancário, a ausência de informação, ou a informação inadequada pode também ocasionar danos pelo defeito na prestação da informação, e não necessariamente do serviço em si (NUNES, 2015, p. 351), uma vez que a ausência de adequada e clara informação pode gerar danos e comprometimento do planejamento econômico familiar do consumidor, podendo inclusive acarretar o fenômeno do superendividamento.

Além disso, faz-se importante considerar que "a leitura da responsabilidade contratual sob a perspectiva de lesão ao crédito", nos ensinamentos de Marcos Catalan (2013, p. 75), "pode ser atribuída ao processo de personalização das relações privadas".

Pode-se concluir, então, que a ausência ou a prestação inadequada de informação representa vício do serviço em sentido amplo e descumprimento do dever fundamental de proteção ao consumidor, que eventualmente pode vir a gerar dano ao consumidor, e em reflexo, pode fazer nascer a responsabilidade ao mutuante, no caso do contrato de empréstimo.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: APLICAÇÃO DA TEORIA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL (*BEHAVIORAL ECONOMICS*) NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Com o intuito de buscar medidas preventivas e de recuperação ao superendividamento, se faz necessário compreender que o consumidor não realiza isoladamente suas escolhas de consumo tendo em vista apenas sua satisfação pessoal.

Neste sentido, empregar a Análise Econômica do Direito (AED) é, conforme definição de Luciano Benetti Timm (2012, p. 14), "a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia para se tentar compreender, explicar e prever implicações fáticas no ordenamento jurídico". Portanto, imprescindível para se compreender o fenômeno do superendividamento.

Correntes econômicas mais conservadoras defendem a *Teoria da Decisão Racional*, contudo, novos entendimentos se alinham a *Teoria do Comportamento Econômico*, a fim de considerar demais aspectos além da pura racionalidade.

Tradicionalmente, para a *Teoria da Decisão Racional*, o indivíduo seria capaz de identificar, mensurar e ordenar incentivos, optando pelo que lhe for mais favorável a satisfação pessoal (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, p. 234). Sem que seja considerada a existência de outros aspectos que devem ser levados em consideração além da vontade individual.

É preciso entender que outros fatores devem ser levados em consideração, dentre eles as "práticas predatórias e as deficiências cognitivas e informacionais dos consumidores" (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, p. 232), justamente devido à vulnerabilidade técnica e de informações.

Para a *Teoria da Decisão Racional*, o consumidor não faria, deliberadamente, uma escolha para

colocar-se em situação de insolvência ou até mesmo de superendividamento, pelo simples motivo de não ser esta uma situação benéfica a ele. Contudo, em diversas situações, em especial naquelas que envolvem risco e incerteza, os consumidores, muitas vezes, não se comportam da forma esperada (TIMM, 2012, p. 26).

O contraponto à *Teoria da Decisão Racional* é apresentado pela *Teoria da Economia Comportamental* (*Behavioral Economics*), a qual lança atenção sobre aspectos da psicologia cognitiva e buscou em evidências empíricas que a escolha humana não se dá de modo sistemático, como propunha o modelo de economia racional (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, p. 235).

A Crise de 2008, iniciada nos Estados Unidos, é um notório evento que comprova que não basta o fornecimento de informação. Não há que se questionar, portanto, que a concessão de crédito desenfreada e irresponsável a diversos indivíduos, que sabidamente não tinham classificação de crédito suficientemente boa para qualificá-los para empréstimos a taxas de juros iniciais (*subprime lending*), importou à coletividade grave ônus e desencadeou a quebra de bancos, o aumento do grau de pobreza, e o agigantamento do fenômeno do superendividamento na Crise de 2008.

A crise se desenvolveu mediante fatores iniciados na década de 1990 com o crescimento do mercado de hipotecas *subprime* nos Estados Unidos aliado à desregulamentação da taxa de juros (ZYWICKI; ADAMSON, 2009, p. 5).

O empréstimo subprime (*subprime lending*) é caracterizado pela prática de empréstimos a mutuários cujas classificações de crédito não são suficientemente boas para qualificá-los para empréstimos a taxas de juros iniciais (DUGGAN, 2010, p. 06). Assim, o prestador do serviço conhecia previamente essa qualidade do mutuário, bem como os riscos do negócio empreendido e a possibilidade de inadimplemento.

Diante desse contexto, embora se reconheça que as instituições financeiras lucrem com o inadimplemento relativo, o superendividamento em condições generalizantes não é benéfico à economia, como pode comprovar a devastadora crise de 2008 e suas consequências globais.

Consumidores, em especial os de crédito, frequentemente possuem níveis superficiais de instrução financeira, o que prejudica a apreensão das informações que lhe são destinadas. Como consequência a isso, é evidente o aumento das dificuldades financeiras e a necessidade de intervenção regulatória[3] (RAMSAY; ALI; MCRAE, 2012, p. 4).

A regulamentação da informação nesses serviços está baseada no pressuposto de que com informações suficientes, os consumidores poderiam fazer escolhas financeiras informadas e racionais.

É preciso, desse modo, que o fenômeno do superendividamento seja interpretado à luz da *Teoria da Economia Comportamental*, notando-se que a mera disponibilização de informações aos indivíduos não é o suficiente para garantir que eles possam fazer escolhas eficientes (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, p. 246).

Não se pretende indicar, com isso, que o dever do fornecedor de prestar informações ainda previamente à formalização do contrato seja dispensável ou inútil. É expresso no Código de Defesa do Consumidor e meio de proteção à parte vulnerável o dever de informar adequadamente o consumidor, mas, deve-se compreender que isto não é suficiente para prevenir o fenômeno do superendividamento. Tornando-se necessária a utilização de outras medidas além da apresentação de informações estatísticas ou termos contratuais incompreensíveis, mas deve-se levar em conta elementos da Economia Comportamental como o autocontrole insuficiente e o otimismo na contratação de crédito.

Assim, o reconhecimento do outro, nas relações privadas e funcionalizadas, passa a ser o desafio na compreensão dos deveres fundamentais e a sua aplicabilidade na concessão do crédito. Por esta razão, a proposta de compreensão da temática, a partir da perspectiva dos deveres fundamentais, coloca os deveres atribuídos aos fornecedores no cumprimento de deveres jurídicos da pessoa humana, que, por tutelarem a posição fundamental do individuo, apresentam um significado para determinado grupo ou sociedade

[3] RAWSAY; ALI; MCRAE, 2012, p. 4, tradução livre, no original: "Vulnerable consumers often display low levels of financial literacy (which may undermine the utility of blanket disclosure for these consumers), and the increased vulnerability to financial hardship increases the need for regulatory intervention. Behavioural economics and financial literacy research offers insight into how regulation can respond to sub-optimal financial behaviour through targeted disclosure as a regulatory alternative".

e, assim, podem ser exigidos numa perspectiva pública, privada, política, econômica e social. "Os deveres fundamentais traduzem-se, pois, tanto na noção de abstenção, quando ao sujeito do dever é vedado fazer algo, como na imposição de um comportamento positivo" (DUQUE e PEDRA, 2013, p. 65).

4 ALTERNATIVAS PARA PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

O superendividamento se origina principalmente na concessão de crédito, e ocorre quando o consumidor toma uma dívida que não pode arcar sem afetar sua sobrevivência, representando a "incapacidade de pagamento duradoura e estrutural" (MARQUES; FRADE, p. 4), distinguindo-se, portanto, da inadimplência temporária.

Este fenômeno ultrapassa a esfera individual, atingindo os familiares e o círculo social do consumidor superendividado. Assim como, afeta toda a coletividade, se atentar-se para o fato de que a concessão de crédito é prática financeira recorrente na sociedade de consumo, atingindo coletivamente os consumidores.

O termo superendividamento vem do neologismo francês *surendettement*, construído a partir dos vocábulos *sur* e *endettement*, formando a criação do vocábulo que designa carga insuportável (KHAYAT *apud* COSTA, 2002, p. 106).

Cláudia Lima Marques (2006, p. 256) define o fenômeno como a "impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo".

Destaca-se que é imprescindível a cumulação destes requisitos para se caracterizar o quadro de superendividamento, pois, não se pretende proteger aquele consumidor de má-fé que já tinha o intuito de causar prejuízo ao credor antes mesmo da tomada de crédito. Para tanto, é fundamental estabelecer duas classificações apontadas pela doutrina: o superendividamento passivo, hipótese na qual o consumidor não contribuiu para o fenômeno, e o superendividamento ativo, situação para que contribuiu em certa medida (FERREIRA, 2013, p. 568).

A hipótese ativa subdivide-se ainda entre consciente, na qual o consumidor de má-fé agiu para se colocar em situação de superendividamento, sabendo previamente que não pagaria o credor, motivado a não adimplir a dívida e, em consequência, causar-lhe-ia prejuízo. Enquanto que o superendividamento ativo inconsciente é provocado pelo consumo impulsivo (FERREIRA, 2013, p. 568), tratado no tópico de Análise Econômica do Direito (AED).

O tratamento do consumidor superendividado já é realidade em outros países que reconheceram a necessidade de "promover e facilitar a reinserção deste indivíduo no circuito econômico e social" (COSTA, 2002, p. 107). No âmbito internacional, a Diretiva sobre Crédito ao Consumidor adotada pela Comunidade Europeia regulamenta práticas anteriores à contratação (FERREIRA, 2013, p. 569).

Na vanguarda do tratamento ao consumidor superendividado, o direito francês buscou realizar uma "política de aceitação do superendividamento" (COSTA, 2002, p. 107), permitindo maior ingerência estatal, por parte de autoridades administrativas e judiciárias na fase de execução dos contratos de consumo.

4.1 INVERSÃO DO POLO DE RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O superendividamento é o resultado da má análise de risco do crédito (NOVAIS, 2013, p. 589), o que não pode ser deixado somente a cargo do consumidor. O risco na concessão de crédito não deve ser contabilizado para ser apenas repartido entre os demais consumidores, mas devem ser observados outros fatores importantes que antecedem o quadro de superendividamento.

É necessário ressaltar que, no caso do superendividamento, "qualquer risco terá reflexos para todos os atores envolvidos no ciclo financeiro: investidores, tomadores de crédito e intermediários" (NOVAIS, 2013, p. 585).

Riscos que poderiam ser reduzidos e não repassados à coletividade "se fosse adotada conduta preventiva de informação clara, adequada e ostensiva ao consumidor sobre as condições de crédito" (NOVAIS, 2013, p. 585).

No modelo de concessão de crédito atual, a avaliação dos eventuais riscos atribui toda a responsabilidade da concretização destes riscos ao consumidor, o que contraria as previsões do CDC que reconhece a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor com superioridade técnica, jurídica e econômica (NOVAIS, 2013, p. 591), sem que se reconheça a participação do fornecedor no inadimplemento do contrato.

Em outras palavras, o fornecedor participa e tem responsabilidade no risco da concessão inconsequente de crédito, caso não observe a potencial incapacidade de pagamento do consumidor. Além disso, o fornecedor tem o dever fundamental de observar os direitos do consumidor, especialmente para este estudo, o dever de informação na concessão do crédito.

O dever do fornecedor é imprescindível para se combater o fenômeno do superendividamento e assim, evitar-se a morte do "*homo economicus*" (MARQUES; FRADE, p. 9), representada por sua exclusão do mercado de consumo, colocando-o à margem social, o que contribui negativamente na capacidade e na vontade de reorganização financeira e profissional desse consumidor (MARQUES; FRADE, p. 9).

Neste mesmo sentido, Cláudia Lima Marques (2012, p. 441) defende a inversão do polo de responsabilidade para a responsabilização do fornecedor de crédito. Portanto, caberia à instituição financeira avaliar de forma responsável se a situação do consumidor viabilizaria a concessão do crédito, verificando a capacidade de reembolso unida à sobrevivência digna do devedor.

Seria, consequentemente, ônus do fornecedor de crédito provar o cumprimento do dever fundamental de respeito ao direito do consumidor de informação, conselho e crédito responsável previstas pelo projeto de lei n. 3.515/2015.

A negativa deste, em apresentar o contrato de crédito, presumiria o descumprimento dos deveres previstos na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, podendo culminar em sanção e desmotivando o descumprimento destes novos direitos dos consumidores (MARQUES, 2012, p. 412).

Auxiliar a essa proposição, Geraldo de Farias Martins da Costa (2002, p. 112) e Káren Rick Danilevicz Bertoncello (2004, p. 54) embasam a formação de um banco de dados nacional de recenseamento das informações sobre os incidentes de pagamento.

A fim de disponibilizar aos fornecedores as informações necessárias para que possam julgar a capacidade de pagamento dos consumidores. E, consequentemente, responsabilizar o fornecedor de crédito pela concessão de maneira inconsiderada (COSTA, 2002, p. 114).

No Brasil, foi instituído o sistema *Registrato*[4], banco de dados que se destina a "fomentar a estabilidade e solidez do sistema financeiro nacional através de melhor análise de crédito pelas instituições financeiras no oferecimento de empréstimos e financiamentos a seus clientes" (COSTA, 2016, p. 15).

Há, contudo, ponto polêmico quanto à questão da instituição financeira exigir a apresentação dos relatórios do banco de dados para condicionar a concessão do financiamento. A divergência e a tensão estão localizadas com relação a exigência da apresentação desse histórico de dívidas, haja vista que deve haver "ponderação entre a sua eficácia para a prevenção ao superendividamento e a ameaça a privacidade econômica do consumidor" (FERREIRA, 2013, p. 574).

Na Europa, onde o tratamento do superendividamento é mais desenvolvido, esses bancos de dados são compreendidos como instrumentos necessários para a efetivação da política de empréstimo responsável, auxiliando a prevenção do superendividamento (FERREIRA, 2013, p. 574)

No direito francês, foi instituído pelo artigo L 333-4 do *Code de la Consummation* o fichário nacional dos incidentes de pagamento, gerido pelo *Banque de France* e disponibiliza às instituições financeiras as

[4] Informações disponibilizadas no site do Banco Central do Brasil, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/p/REGISTRATO>. Acesso em 18 out. 2017

informações necessárias para que possam avaliar a capacidade de pagamento dos consumidores (COSTA, 2002, p. 112).

O consumidor não fica impedido de consumir, tal qual no *Registrato*, nem o fornecedor de conceder. Conforme Chatain e Ferrière (apud COSTA, 2002, p. 113), não há obrigação de natureza jurídica produzida pela inscrição, de modo que não representam um rol de proibidos ao crédito. Trata-se de um meio de informação destinado às instituições fornecedoras de crédito.

Nesse sentido, os bancos estarão devidamente informados sobre a capacidade de pagamento dos consumidores, de maneira que "o banqueiro é suscetível de se responsabilizar no caso em que concede crédito de maneira inconsiderada" (CHATAIN; FERRIÈRE apud COSTA, 2002, p. 114).

Assim os bancos de dados se mostram alternativa viável para a prevenção do superendividamento, pois permite à instituição financeira a prévia análise da possibilidade do consumidor em adimplir o crédito tomado, e seu reflexo, para a responsabilização do fornecedor de crédito irresponsável e inconsequente.

4.2 A LACUNA LEGISLATIVA PARA A RECUPERAÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E O PROJETO DE LEI N. 283/2012

No cenário nacional, ainda não há medida em vigor para a prevenção ou recuperação do consumidor superendividado, como há para a falência de pessoas jurídicas pela lei 11.101/2005[5]. Há apenas o anteprojeto de lei apresentado pelo Senado (PLS) n. 283/2012, (atual PL 3.515/2015 em trâmite na Câmara Federal), o qual prevê a prevenção ao superendividamento lançando luz sobre a matéria de falta de informação.

O objetivo do projeto de lei é prevenir o superendividamento da pessoa natural por meio da adequada informação, bem como a preservação do mínimo existencial dos consumidores. Defende-se que esse dever de informação deve ser maximizado e o seu descumprimento ensejará a violação da norma constitucional de tutela do consumidor.

O parágrafo primeiro, do artigo 54-A[6], do projeto de lei 3.515/2015 define critérios para a caracterização do consumidor superendividado, exigindo-se que seja pessoa física de boa-fé. Ao mesmo tempo, afasta a possibilidade de recuperação nesses termos do consumidor que agiu no intuito de causar prejuízo ao credor ao adquirir dívidas que sabia não ser capaz de quitar. O parágrafo terceiro, do mesmo artigo, trata dessa hipótese, a saber:

> §3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento."

Entretanto, o projeto não fixa um valor exato para a classificação do consumidor superendividado, sua aferição se dará por meio da comparação entre ativo e passivo do indivíduo e das suas necessidades básicas (FERREIRA, 2013, p. 567). De modo a deixar evidente a finalidade do instituto de recuperação do consumidor pessoa física, uma vez que apenas será aplicada "à situação de superendividamento que mereça a movimentação do aparato estatal para o tratamento do superendividamento do consumidor e o seu restabelecimento financeiro" (FERREIRA, 2013, p. 567).

Definido o alvo a que se dirige, o projeto de lei também prevê o desenvolvimento da ideia de "crédito responsável" (MARQUES, 2012, p. 411). Nascida da Diretiva sobre Crédito ao Consumidor adotada pela

[5] Na qual há previsão legal para a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Em seu artigo 50, prevê os recursos para a recuperação judicial que, consistem, dentre outros meios, na concessão de prazos e condições especiais de pagamento a fim de propiciar a recuperação das empresas frente aos credores.

[6] Artigo 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

Comunidade Europeia e presente no artigo 54-D[7] do projeto.

De modo que com a entrada em vigor da proposta do PL 3.515/2015 se tornará dever do fornecedor de crédito apreciar previamente o contrato, se o consumidor possui condições de adimplir com a dívida sem comprometer seu sustento ou de sua família, a fim de prevenir o fenômeno do superendividamento.

Assim como a prerrogativa do juiz de aplicação *ex officio* da lei, sem que seja necessário o requerimento do consumidor para o reconhecimento do quadro de superendividamento. O projeto prevê ainda a possibilidade de arrependimento e retratação sem justificativa do consumidor, que após pensar melhor pode retratar-se e, e também a aplicação de sanções aos fornecedores, ainda na fase preventiva do superendividamento (NOVAIS, 2013, p. 593).

O prazo para reflexão já é previsto pelo direito norte-americano, inglês e francês, pela razão do consumidor poder refletir principalmente nos casos "em que seu livre arbítrio estiver em perigo" (CALAIS-AULOY; STEINMETZ *apud* COSTA, 2002, p. 90), por exemplo, nas hipóteses de tomada de crédito.

O texto do projeto dá grande relevância à prevenção do superendividamento, entendendo como estratégia mais eficiente o fomento à educação financeira, conforme artigo 4º, inciso IX, do PL 3.515/2015[8], antes que a vida financeira do consumidor de crédito e de sua família esteja desestruturada.

O fenômeno do superendividamento é reflexo da facilitação do acesso ao crédito cumulado à ausência de educação financeira, bem como consequência da tomada de decisão humana influenciada por fatores não apenas racionais, mas psicológicos e sociais como o autocontrole e o otimismo exacerbado na aquisição de crédito.

Por isso, é imprescindível a responsabilização da instituição financeira que forneceu o crédito, e obteve lucro sobre isso, tirando proveito da condição de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor, e, portanto, concorrendo para a gênese do quadro de superendividamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com o emprego da interpretação civil-constitucional defender que o desenvolvimento econômico não precisa ser oposto às garantias constitucionais de defesa da tutela da pessoa humana, visto que ambos são preceitos da Constituição da República e, que o desenvolvimento econômico tem por função social a redução das desigualdades sociais por meio do fomento à economia.

Com o cenário deixado pela Crise de 2008, há de se ter em mente a realidade de economia globalizada, em que não se trata de um inadimplemento único, mas de uma rede de consumidores superendividados e sem condições de arcar com os empréstimos tomados.

De modo que embora se reconheça que as instituições financeiras lucrem com o inadimplemento relativo, o superendividamento em condições generalizantes não é benéfico à economia, como pode comprovar a devastadora crise de 2008 e suas consequências globais. Sendo, portanto, de interesse tanto das instituições financeiras, quanto da coletividade de consumidores, que o fenômeno do superendividamento

[7] Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas: I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito. Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no **caput** deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

[8] Artigo 4º [...] IX - fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores; X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

seja combatido e tratado, para não ocasionar aumento da pobreza, declaração de falência dos bancos e colapso do sistema financeiro.

Apresentou-se como viável a alternativa de formação de bancos de dados dos consumidores de crédito. No Brasil, já implantado pelo sistema *Registrato*, a fim de possibilitar à instituição financeira a prévia análise da possibilidade do consumidor em adimplir o crédito tomado. E seu reflexo, a responsabilização do fornecedor de crédito irresponsável e inconsequente, diante da não observância do dever fundamental, nas relações contratuais de empréstimos e de financiamento, de respeito aos direitos dos consumidores.

Assim sendo, defende-se a proposta de inversão do polo de responsabilidade para responsabilizar o fornecedor de crédito pela concessão inconsequente e causadora do evento danoso do superendividamento do consumidor, acompanhada de sanção para desmotivar o descumprimento dos deveres fundamentais inerentes à concessão de crédito.

Por fim, a proposta da doutrina, bem como do projeto de lei n. 3.515/2015 não é garantir proteção e recuperar o consumidor de má-fé, que conscientemente se pôs na situação de superendividado, mas, assegurar a tutela do indivíduo superendividado de boa-fé, assim como a prevenção de novo colapso econômico como o ocorrido em 2008.

REFERÊNCIAS

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de dados e superendividamento do consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor.* Ano 13, abr.-jun. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pp. 36-57.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Registrato*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/p/REGISTRATO>. Acesso em 18 out. 2017.

BRASIL, *PLS 283/2012.* Disponível em:<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: RT, 2013.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento:* a proteção do Consumidor de Crédito em Direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Marcela Bassoli. *O desafio da prestação de informação ao cidadão por meio eletrônico e da garantia da privacidade:* estudo de caso do Sistema Registrato do Banco Central do Brasil. Monografia, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2016.

DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

_____. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. In: DUQUE, Bruna Lyra [et al]. (Org.). *Constituição de 1988*: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013.

DUGGAN, Anthony. Consumer credit redux. *University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.utpjournals.press/doi/abs/10.3138/utlj.60.2.687>. Acesso em: 1º out. 2017.

FERREIRA, Keila Pacheco. Evolução do Direito do consumidor e o desafio do superendividamento: panorama atual e perspectivas. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia F. Iglecias; ROGRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito privado:* desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 553-578.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? In: 6º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR e 2º ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CONSUMIDOR: Serviços Bancários, Financeiros, de Crédito e Securitários - Função Social, Boa-fé e Responsabilidade. 29 a 31 de maio de 2002, Maceió. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72637/41109>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o

"superendividamento" dos consumidores pessoas físicas. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 13 n. 101, Out. 2011/Jan. 2012, p. 405 a 424. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/119/111>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Direitos do consumidor endividado:* superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. Regular o sobreendividamento. *Observatório do Endividamento dos Consumidores*. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf?nocache=1210675423.37>. Acesso em 19 out. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas - PUC-Rio, 1991. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

NERY JR., Nelson. CDC – Volume I. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOVAIS, Maria Elisa Cesar. Aspectos do superendividamento do consumidor na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia F. Iglecias; ROGRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito privado:* desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 579-597.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, Ano 23, vol. 93, maio-jun. 2014, p. 231-247.

RAMSAY, Ian; ALI, Paul; MCRAE, Cosima. Consumer Credit Reform and Behavioural Economics: Regulating Australia's Credit Card Industry. *Australian Business Law Review*, Melbourne, vol. 40, n. 2, pp. 126-133, 2012. Disponível em: <http://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0010/1709596/33-Consumer_Credit_Reform_and_Behavioural_Economics-_Regulating_Australias_Credit_Card_Industry1.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de Consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Disponível em: <http://www.ceap.br/material/MAT01092010232546.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. Editorial: O Código Civil e o Direito civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil.* v.13, jan.-mar. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Direito de Estado*. n. 2, abr.-jun., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti (org.*). Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2012.

ZYWICKI, Todd J. and ADAMSON, Joseph, The Law & Economics of Subprime Lending (December 4, 2008). *George Mason Law & Economics Research Paper.* No. 08-17; University of Colorado Law Review, Vol. 80, No. 1, Winter 2009, pp. 1-86. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1106907

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br.

Gabrielle Livi Haag, Advogada, gabriellehaag@ymail.com.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a análise do direito do consumidor, mais especificadamente sobre a existência do dano moral nas relações consumeristas. A importância do tema está diante da falta de informação dos consumidores sobre os seus direitos e que, por muitas vezes, são oprimidos. Metodologia utilizada bibliográfica e jurisprudencial. Nos resultados observa-se que o consumidor é sujeito vulnerável na relação, ficando a cargo do fornecedor a responsabilidade pelo produto ou serviço disponibilizado no mercado. No entanto, o fornecedor não está desamparado pelo Código de Defesa do Consumidor, pois existem excludentes legais, devendo o fornecedor levantar sua prova para livrar-se da culpa. Em pesquisa aos casos práticos, verifica-se que a falha na prestação de serviço é um dos casos que mais ensejam indenização moral ao consumidor.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito do Consumidor. Vulnerabilidade. Responsabilidade Civil Objetiva. Vulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Diante da globalização, é possível notar o crescimento das demandas de produção e consequentemente o aumento das relações consumeristas e também o elevado número de práticas ilícitas por parte dos fornecedores. Por isso, a importância de ressaltar a responsabilidade civil objetiva.

Serão trabalhadas as características e os conceitos dos elementos formadores da relação de consumo, iniciando-se pelo consumidor, logo após, observa-se a diferenciação entre fornecedor original, intermediário ou comerciante, ressaltando os requisitos essenciais para tal classificação. Em seguida, conceitua-se produto e serviço de acordo com a Lei Consumerista e demais autores citados no trabalho.

Posteriormente passa-se a tratar sobre a responsabilidade civil do fornecedor frente às práticas ilícitas e verifica-se a aprimoração do Código de Defesa do Consumidor em relação a isso, a ponto de estar efetivada no artigo 14 a responsabilidade civil objetiva, onde o requisito culpa não é elemento obrigatório, o que muitas vezes era impossível demonstrar, prejudicando o consumidor na intenção de indenização. Também serão analisados os tipos de vícios dos produtos e serviços que ocorrem nas relações de consumo.

Finalmente se abordará a indenização moral devida ao consumidor diante das ilícitas práticas consumeristas. Independentemente de culpa, o fornecedor será responsabilizado pelo produto ou serviço por ele disponibilizado no mercado, bastando apenas que se comprove o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS PARTES QUE FORMAM A RELAÇÃO DE CONSUMO

Baseando-se no dispositivo que rege os direitos e deveres do consumidor e fornecedor, é possível verificar um conceito amplo de consumidor. O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor diz que, consumidor é "toda aquela pessoa física ou jurídica que utiliza ou adquire um produto ou serviço para uso próprio, ou seja, sem pretensão de comercializar". Entretanto, sabe-se que esse conceito é muito amplo e simples, e que a lei abrange muito mais do que isso, tratando do âmbito jurídico e financeiro do consumidor. (VASCONCELOS, 2010).

> Como conceito simples e já conhecido o consumidor é todo aquele, pessoa física ou jurídica, que compra ou que utiliza tanto um produto como um serviço como o usuário final do mesmo. Porém, o conceito de consumidor baseado nas leis existentes abrange muito mais do que esta simples definição: além da conotação anterior, existe a conotação no que se refere à economia e no âmbito que não seja jurídico, ou seja, que evita o obsoleto e abrange tudo aquilo existente no mercado de consumo; pode ser considerado como consumidor. (VASCONCELOS, 2010, p. 63).

Complementando o artigo 2º, João Batista de Almeida diz que consumidor poderá ser:

> Pessoa física ou jurídica, não importando os aspectos de renda ou capacidade financeira. Em princípio, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida como consumidora. Por equiparação é incluída também a coletividade, grupos de pessoas, por exemplo, a família (determináveis), e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis).
> Cumpre observar, no particular, que há quem entenda que consumidor só pode ser pessoa física, ou seja individual. [...]
> Que adquire (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço entendendo-se por produto "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (CDC, art. 3º, parágrafo 2º);
> Como destinatário final, ou seja, para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiro, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se inclui na definição legal, portanto, o intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, o consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final.
> Existe a possibilidade de concentrarem-se numa mesma pessoa ambas as figuras, quando há em parte consumo intermediário e consumo final. É o caso das montadoras de automóveis, que adquirem produtos para montagem e revenda (autopeças) ao mesmo tempo que adquirem produtos ou serviços para consumo final (material de escritório, alimentação). O destinatário final é, pois, a nota tipificadora do consumidor. (2008, p 40-41).

Ainda analisando conceitos, pode-se observar o que diz Maria Helena Diniz em seu livro:

> 1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro. (1998, p.818).

Além de todos esses conceitos já mencionados anteriormente, ainda é necessário analisar o que mencionam as correntes doutrinárias que divergem sobre a determinação de "destinatário final". Desse ponto, obtêm-se duas doutrinas, a finalista e a teoria maximalista.

A primeira teoria, a finalista, defende a ideia de que consumidor final é toda aquela pessoa física ou jurídica que adquire um bem ou serviço para uso próprio, sem a intenção de produzir ou desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional. (ALMEIDA, 2008).

> Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.
>
> Neste caso, não haveria a exigida 'destinação final' do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. (MARQUES; BENJAMIN 2009, p. 71).

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, a definição de consumidor na teoria finalista, será a parte mais importante da relação de consumo, ou seja, um pilar de sustentação, tornando-se a parte mais vulnerável como relata a seguir:

> Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, assinala, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4, l. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2º de maneira restrita como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. (2011, p. 29).

De acordo com tal teoria, o comerciante e o profissional somente serão equiparados como consumidores quando adquirirem um produto ou serviço para o uso próprio sem nenhuma ligação com a sua atividade produtiva, podendo ser considerado um conceito subjetivo pela necessidade de analisar a estrutura de mercado e a atividade econômica, com a retirada do produto ou serviço de circulação. (ZIZZI, 2009).

> Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementado essa pedra de toque do "consumerismo", diríamos que a "destinação final" de produtos ou serviços, ou seja, sem fim negocial, ou "uso não profissional", encerra esse conceito fundamental. (GRINOVER, 2011, p. 27).

Em contraponto, a segunda teoria, a maximalista, defende que consumidor final é toda aquela pessoa física ou jurídica que retira o produto ou serviço do mercado comercial e o utiliza para uso próprio ou para implantá-lo em outro produto ou serviço para comercialização, ou seja, ao contrário do que defende a teoria finalista. Para a teoria maximalista não importa se o consumidor final irá utilizar o produto ou serviço para uso próprio ou profissional. (GRINOVER, 2011).

> Consumidor é quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções – ainda que esses bens e serviços possam ser empregados, indiretamente, no exercício de sua empresa ou profissão, isto é, ainda que venham a ser interligados, acessoriamente, à sua atividade produtiva ou profissional, coletiva ou individual, voltada ou não para o lucro (destinatário final fático). (SILVA, 2008, p. 8).

Essa segunda teoria ampliou o conceito de destinatário final que consta no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, porém, mesmo assim, o consumidor que compra um produto em uma fábrica para em seguida colocá-lo à venda em sua loja, não será considerado consumidor final.

Além dos aspectos da finalidade do produto ou serviço, ainda deve-se analisar a vulnerabilidade do consumidor que pode ser dividida em:

> A vulnerabilidade técnica se explica em razão de o consumidor não possuir conhecimentos específicos do produto que está adquirindo; a jurídica, por não ter conhecimento jurídico, contábil ou econômico, que a situação exija; e a fática, nasce do confronto do poder econômico do fornecedor frente ao consumidor, impondo-lhe preços e condições manifestamente desfavoráveis. (MARQUES; BENJAMIN 2009, p. 147).

Com base em pesquisas nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conclui-se que, a teoria mais aceita pelo Judiciário é a finalista, onde serão considerados consumidores finais apenas aqueles que, utilizarem o produto ou serviço para uso pessoal, sem vínculo profissional ou comercial, observando a vulnerabilidade do consumidor final.

Além de se ter como consumidores pessoas físicas e jurídicas, ainda há a possibilidade de existência de consumidores em conjunto, ou seja, uma determinada quantia de pessoas que tenham sofrido um dano ou acidente de consumo.

> Desta forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um

> determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos e serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias tais que serão pormenorizadamente analisadas a partir do comentário aos arts. 8º e segs. do Código, e sobretudo aos arts. 81 e segs. (GRINOVER, 2011, p. 43).

Tal direito é assegurado pelos seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 2º, § único "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo."
> Art. 17 ''Para os efeitos desta Seção, que cuida da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento"
> Art. 29 "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". (BRASIL, 2018).

Tais artigos asseguram a proteção de consumidores que, mesmo não tendo ligação direta com a relação de consumo, sofrem danos advindos desta relação. Entretanto, para que sejam considerados consumidores por equiparação, é necessário que, a prática que resultou de dano de consumo esteja ligada com uma relação de consumo.

Com a pesquisa realizada, é possível exemplificar consumidor por equiparação quando se tem, por exemplo, uma imobiliária localizada no litoral que anuncia pela imprensa a venda de apartamentos, com vista de frente para o mar, quando na verdade apenas alguns apartamentos ficam de frente para o mar. Neste caso, a imobiliária usou de propaganda enganosa e afetou toda a população, não sabendo ao certo o número de pessoas atingidas por essa publicidade. Com isso, qualquer pessoa que ajuizar ação contra essa imobiliária estará exercitando um legitimo direito, por serem consumidores por equiparação. (TARTUCE; NEVES, 2014).

Para conceituar o outro polo da relação de consumo, o fornecedor, serão utilizadas as mesmas técnicas abordadas anteriormente. Observando a definição de fornecedor empregada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se no artigo 3º que serão considerados fornecedores todas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras que desenvolvem atividade comercial ou profissional com produtos ou prestação de serviços.

> Podemos, pois, aceitar com tranquilidade a definição legal de fornecedor, que engloba "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". Para evitar interpretações contraditórias, o legislador preferiu definir produto como sendo "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial", e serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consum o, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancaria, financeira, de crédito e secundária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (art. 3º, parágrafo 2º). Praticamente, a definição legal esgotou todas as formas de atualização do mercado de consumo. Fornecedor não é apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos no milhares e milhões de pontos de venda espalhados pelo território. (ALMEIDA, 2008, p. 45).

Os autores que abordam esse tema, não divergem muito quanto ao conceito próprio de fornecedor, ao contrário do consumidor, isso se dá pela amplitude da definição estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. O artigo 3º não especifica qual atividade exercida para que a pessoa física ou jurídica seja considerada fornecedora. Assim, Maria Helena Diniz dá o seguinte conceito a fornecedor:

> É a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (1998, p. 585).

Ao contrário do consumidor que tem característica de ser o destinatário final do produto ou serviço, o fornecedor não possui esta característica, uma vez que poderá ser fabricante originário, intermediário ou o comerciante, desde que essa prática seja habitual e profissional fazendo disso sua profissão ou atividade principal. Em se tratando da onerosidade é importante ressaltar que, a atividade comercial ou profissional não precisa gerar lucros, mas entende-se que, precisa ser remunerada

> Importante também analisar certos fornecimentos gratuitos relacionados a um fornecimento oneroso. Trata-se de determinados fornecimentos que são aparentemente gratuitos, mas que estão embutidos em contexto maior de um fornecimento que caracteriza típica relação de consumo. Exemplo disso vemos na prestação de serviço de estacionamento gratuito oferecido por restaurantes, lojas e *shoppings centers*, no qual esses fornecedores dizem que o estacionamento é gratuito e que, por essa razão, não há relação de consumo e, consequentemente, não são responsáveis por indenizar os danos causados aos veículos do consumidor. Em casos assim, em quem coligado a um fornecimento oneroso, há um gratuito, temos na realidade um só fornecimento, uma só relação de consumo, prevalecendo o caráter oneroso da relação jurídica, na medida em que a relação jurídica gratuita é meio para a consecução da relação fim que é a relação jurídica onerosa de consumo. (ANDRADE, 2006, p. 32).

A habitualidade também necessita estar presente no polo do fornecedor, ou seja, a pessoa física ou jurídica precisa atuar habitualmente fornecendo produtos ou serviços. Para exemplificar como não fornecedor, pode-se utilizar o dono da padaria que possui um automóvel para transportar seus produtos e decide vendê-lo. Nessa relação, o proprietário do veículo utilizado na padaria, não será considerado fornecedor, pois não atua habitualmente vendendo carros usados.

Assim, existindo os pré-requisitos para serem considerados fornecedores, esses ainda possuem uma subdivisão que incluem fornecedores mediatos e imediatos. Essa classificação se dá através do tipo de atividade praticada e como consequência a responsabilidade pelo produto ou serviço.

> Dependendo da forma com que o fornecedor interage com o consumidor na esteira da mercancia para a efetivação da relação de consumo, aquele pode ser classificado com fornecedor mediato ou imediato. Também fornecedor indireto, o fornecedor mediato é aquele embora faça parte da cadeia de consumo não mantêm uma relação direta com os consumidores. Estão incluídos nesta categoria de fornecedores todos aqueles que propiciam a efetivação da relação de consumo mediante o desempenho de atividade nas quais não há interação direta com os consumidores, tais como a produção, fabricação, montagem, criação, construção, transformação, manipulação, importação, exportação, distribuição, apresentação, acondicionamento entre outra. Ao contrário, é considerado fornecedor direto ou imediato todo aquele que se relaciona diretamente com o consumidor no desempenho de suas atividades, sem a existência de intermediários, ou seja, é o que atua de forma mais especifica na comercialização de produtos e/ou na prestação de serviços de forma direta para os consumidores. Dessa forma, são classificados como fornecedores imediatos todos que atuam exercendo atividades de oferta, publicidade, vendas, realização de serviços, ou qualquer outra em que haja interação direta com os consumidores. (ALVES, 2013, p. 33).

Na relação entre consumidor e fornecedor, se faz necessário distinguir fornecedor mediato e imediato, para que seja possível, em caso de dano, associar a responsabilidade civil de cada um. Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, opta-se por responsabilizar o fornecedor que efetivamente ocasionou o dano.

O fornecedor imediato é aquele que, lança o produto ou serviço no mercado de consumo e mantém diretamente a relação de consumidor final e fornecedor. Ele atua na forma de comerciante na maioria das vezes, utilizando-se de oferta, publicidade, vendas e realização de serviços.

> Fornecedor imediato é aquele que constitui diretamente a relação de consumo com o destinatário final dos produtos e serviços. O fornecedor direto de produtos é denominado pelo Código de Defesa do Consumidor de comerciante e sua responsabilidade é objetiva. A expressão "comerciante"não incide necessariamente com os ensinos do Direito Comercial, uma vez que as entidades morais civis podem oferecer produtos, e não apenas serviços. Ademais, a legislação de defesa do consumidor inclui todas as pessoas jurídicas na noção de fornecedor, mesmo aquelas que não exercem o ato de comercio ou empresarial, nos estritos limites do direito mercantil.

> O fornecedor imediato, isto é, o prestador de atividade remunerada lançada no mercado de consumo, responde objetivamente pelos danos praticados ao consumidor, exceto quando se tratar de propriedade liberal, hipótese na qual caberá, em regra, a responsabilidade subjetiva por danos morais. (LISBOA, 2001, p. 134).

Em contraponto, o fornecedor mediato, ou indireto, é aquele que não mantém uma relação direta com o consumidor final, ele apenas fornece e realiza algumas atividades, tais como, produção, fabricação, montagem, criação, construção, entre outras. O fato de não ter relação direta com o consumidor final não extingue sua responsabilidade civil pelo produto ou serviço, sendo responsável por danos extrapatrimoniais e danos patrimoniais.

> Desse modo, o terceiro que não celebrou o contrato, mas integrou a cadeia econômica como fornecedor do produto ou serviço pode ser responsabilizado, pois foi um agente econômico que, de algum modo, deu causa ao dano sofrido pelo consumidor. [...]
>
> De acordo com o art. 12, caput, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responsável por danos extrapatrimoniais causados pelo produto é aquele que, na prática, a maioria das vezes não se relaciona diretamente com o consumidor: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. (LISBOA, 2001, p. 136).

Na esfera da responsabilidade dos fornecedores pelos vícios do produto ou serviço, o artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor dispõem que, a responsabilidade será solidária, podendo o consumidor reclamar com qualquer um dos fornecedores responsáveis, mediato ou imediato, de forma separada ou conjunta os direitos previstos na lei em questão.

Em caso de dano causado ao consumidor, deve-se observar o tipo de fornecedor, se mediato ou imediato, para se ter certeza da responsabilidade civil diante do dano. Caso o dano seja puramente patrimonial, a responsabilidade será solidária entre todos os fornecedores da cadeia econômica, salvo exceção em sentido contrário.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES E OS DANOS MORAIS

Com o mundo globalizado dos dias de hoje, vive-se em uma era consumerista, onde todos estão inclusos de alguma forma nas relações de consumo. Alguns são consumidores, outros fornecedores, destinatários finais de um objeto ou serviço colocado no mercado. Com esse alto índice de consumo, a produção aumentou, e, com isso, também os índices de práticas abusivas de responsabilidade civil dos fornecedores.

> É certo, por outro lado, que os fornecedores procuram produzir bens e serviços adequados ao consumo, seguros, eficientes e indenes de defeitos, utilizando-se, para tanto, de testes e controles de produção e qualidade, com o objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a colocação no mercado de produtos defeituosos.
>
> Ocorre, porém, que, mesmo com o emprego de diligencias na produção ou prestação e de rigoroso controle, ainda assim alguns produtos e serviços acabam entrando no circuito comercial com defeitos que culminam por causar lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio dos consumidores e utentes. Tais danos, anônimos e inevitáveis, não são produzidos por pessoas e sim por coisas (produtos e serviços), e se repetem com relativa frequência, estatisticamente mensurável. (ALMEIDA 2008, p. 80).

Ao colocar um produto ou serviço no mercado, o fornecedor fica condicionado às normas de segurança e a outras específicas do consumo, como por exemplo, o inadimplemento de obrigação contratual, gerando assim, a responsabilidade civil do fornecedor em relação ao consumidor.

> A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade pratica de sua eliminação conduziram à ideia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados a vítima e a terceiros, dentro

> do princípio de que aquele que lucra com a uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes. (ALMEIDA, 2008, p. 81).

O Código de Defesa do Consumidor dispõem sobre quatro situações básicas de responsabilidade civil do fornecedor, que são elas: responsabilidade pelo vício do produto, fato (defeito), vício do serviço e fato do serviço (defeito). É possível identificar a diferença entre as situações de fato e de vício. Flávio Tartuce e Neves explicam:

> No vício – seja do produto ou do serviço-, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (prejuízos intrínsecos). Por outra via, no fato ou defeito – seja também do produto ou serviço -, há outras decorrências, como é o caso de outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos (prejuízos extrínsecos).
>
> [...]
>
> De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos limites de produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito. (2014, p. 125).

Em ambos os tipos de impropriedade do produto ou do serviço, a responsabilidade será do fornecedor pelo simples fato de ter sido ele quem colocou o produto ou serviço no mercado e, acima de tudo, deverá respeitar o que diz o artigo 150 do CCB: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano." (BRASIL, 2015).

Na situação de impropriedade do produto ou serviço por vício, este ainda será subdivido em vício de qualidade e de quantidade e também em vício aparente e oculto. Em se tratando de vício por qualidade dos produtos, é possível denominar assim os produtos que não alcançam as expectativas dos consumidores, em outras palavras, serão aqueles produtos que não atingiram a determina função para qual foram destinados conforme o artigo 18 no parágrafo 6º do Código de Defesa do consumidor menciona. Como exemplos de vício de qualidade do produto, seria um produto com o prazo de validade vencido, uma máquina que não funcionou entre outros.

> A inadequação do produto por vício de qualidade ocorre quando o produto for incapaz de satisfazer a finalidade que lhe é própria, vale dizer, a legítima expectativa d consumidor, tendo em vista a funcionalidade de outros produtos similares, existentes no mercado, ou ainda quando o fabricante não observou normas ou padrões vigentes de aferição de qualidade, ocasionando a impropriedade do produto ou, quando menos, lhe diminuindo o valor. (CORRÊA; CORRÊA, 2007, p. 103).

Um produto vicioso por quantidade será aquele que tiver a quantidade divergente àquela constada na propaganda ou rótulo do produto, como por exemplo, um refrigerante que consta no rótulo que possui dois litros, quando na verdade possui apenas um litro e meio.

Nos casos de vício de qualidade do serviço, estes ocorrerão quando um serviço for impróprio à sua função. Por outro lado, em se tratando de vício de quantidade de serviço, o mesmo ocorrerá quando a quantidade de serviço prestado for diferente da quantidade ofertada. Em nenhum dos dois tipos de vícios, via de regra, não será gerada indenização pecuniária, pois não prejudica a integridade física ou emocional do consumidor. (ALMEIDA, 2008).

> Pois bem, nos casos de vícios de qualidade, prevê o parágrafo 1º do artigo 18 do CDC que, não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias pelo fornecedor, pode o consumidor ingressar em juízo para exercício das opções dadas pela norma, e que ainda serão estudadas. Observa-se que a própria lei concede ao fornecedor o direito de sanar o problema em trinta dias da sua reclamação. Trata-se de um dos poucos dispositivos do Código Consumerista que traz um direito fundamental do fornecedor de produtos. O prazo previsto tem natureza decadencial, caducando o direito ao final do transcurso do tempo. (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 133).

A responsabilidade civil do fornecedor será solidária, ou seja, todos os envolvidos em fornecer o produto serão responsabilizados, seja ele produtor ou comerciante. Entretanto, existem duas exceções quanto à essa regra. A primeira exceção diz respeito ao fato de produtos fornecidos in natura, onde quem irá

responder será o fornecedor imediato, exceto quando houver a identificação do produtor. A segunda exceção diz respeito quanto à pesagem ou a medição errada, nestes casos, a responsabilidade será do fornecedor mediato, ou seja, o comerciante.

Os vícios aparentes e ocultos se diferenciam pelo fato do primeiro ser de fácil constatação e o segundo de difícil constatação. No caso de vício aparente, o prazo para reclamação contará a partir da entrega efetiva do produto ou, nos casos de serviços, quando for concluída a sua execução. Já no segundo caso, o prazo para reclamação começará a contar quando for evidenciado o problema. Sobre o vício oculto, Luciana Rodrigues Atheniense afirma que:

> Ao contrário do anterior, este vício é de difícil constatação. O consumidor só consegue identifica-lo se dispuser de conhecimento técnico especializado, ou então se despender esforços (físicos ou mentais). Nestes casos se encaixam os defeitos porventura ocorrentes nos sistemas elétricos de aparelhos diversos. (2004, p. 33).

No Direito Civil, a regra geral de indenização é de que a vítima do evento danoso obrigatoriamente necessita provar a ação ou omissão culposa do agente, o nexo de causalidade e a extensão dos danos sofridos para que possa ser indenizada. Entretanto, no Direito do Consumidor, essa regra se modifica, tornando o consumidor mais amparado e protegido pela lei.

Ao contrário do que acontece no Direito Civil, o consumidor não precisa provar a culpa do fornecedor, ou seja, o elemento culpa é dispensado, basta apenas que haja um nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado.

A responsabilidade objetiva se deu por diversos fatores, sendo eles, a produção em massa, ou seja, a demanda de produtos aumentou e com isso também, a produção que muitas vezes é feita em série tornando os defeitos inevitáveis no meio de milhares de produtos fabricados. A vulnerabilidade do consumidor é um fator importante para a responsabilidade civil objetiva, pois, enquanto o fornecedor conhece todas as fases da produção do produto e do serviço, o consumidor desconhece e, apenas espera que o produto ou serviço desempenhe a atividade anunciada. (TARTUCE; NEVES, 2014).

A insuficiência da responsabilidade subjetiva também pode ser considerada como um fator relevante da responsabilidade civil objetiva, considerando a falta de provas por parte do consumidor diante dos danos causados nas relações de consumo.

> A alteração sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima não tenha nada a provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre estes e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando "for verossímil a alegação" ou quando o consumidor for "hipossuficiente", sempre de acordo com "as regras ordinárias de experiência" (art. 6º, VIII). (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 123).

Diante destes fatores que originaram a responsabilidade civil objetiva, ainda é necessário ressaltar a necessidade que cabe ao consumidor de comprovar o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço.

Entretanto, apesar do Código de Defesa do Consumidor ter adotado a responsabilidade objetiva, onde exclui o fator da culpa, ainda existem causas que excluem a responsabilidade do fornecedor ou responsável legal pelo produto ou serviço colocado no mercado consumerista.

> O parágrafo 3º do artigo 14 do CDC estipula que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro. Na verdade, as hipóteses são as mesmas da exclusão de responsabilidade civil por fato do produto, com relação ao caso fortuito, força maior e risco pelo desenvolvimento do produto, por isso, reportamo-nos ao que discorremos quanto à exclusão de responsabilidade por fato do produto. (ANDRADE, 2006, p. 189).

O artigo 12, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor discorre sobre três hipóteses de exclusão de responsabilidade civil do fornecedor, que são elas: "I - que não colocou o produto no mercado; II

- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste e III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. (BRASIL, 2018).

Em ambas as hipóteses de exclusão de responsabilidade haverá a desconstituição do nexo causal, assim, caberá ao fornecedor provar que a culpa não é sua e sim do consumidor ou de terceiros.

O inciso primeiro do parágrafo terceiro do artigo 12 Código de Defesa do Consumidor, diz respeito a colocação do produto ou serviço no mercado, ou seja, o fornecedor deverá ter consciência do que está oferecendo mesmo que seja de forma gratuita. Neste caso, a exclusão acontece quando ocorre furto ou roubo do produto ou em casos de serviço defeituoso, e, também, nas hipóteses de produtos falsificados que levam a marca do responsável legal. (ANDRADE, 2006, p. 136).

O segundo inciso diz respeito à inexistência de defeito, ou seja, evidente que, se inexiste o defeito não haverá nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a ação do fornecedor. Neste caso, caberá ao fornecedor provar que, mesmo que tenha ocorrido o dano, este nada tem a ver com defeito de seu produto ou serviço colocado no mercado.

> Demonstrando-se a inexistência do defeito – providência que a lei impõem ao fornecedor – não se há de falar sobre a responsabilidade do fornecedor, que só abrange os danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos. Como já mencionamos, a previsão do defeito como pressuposto do dever de indenizar tem origem no direito europeu e surge como uma tentativa de delimitação do regime de responsabilidade objetiva do CDC, em contraposição ao tratamento que sobre o tema deu o direito norte-americano [...]. (MIRAGEM, 2013, p. 530).

O terceiro e último inciso diz respeito à culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou seja, quando a culpa do dano for exclusivamente do próprio consumidor ou de qualquer outra pessoa estranha à relação de consumo. Porém, se o dano for em virtude da ação do consumidor ou terceiro juntamente com um defeito do produto ou serviço, essa exclusão já não poderá mais ser aplicada ao caso.

Conforme o autor Bruno Miragem, a tendência do judiciário é admitir como causa de exclusão de responsabilidade civil nas relações de consumo, o caso fortuito e de força maior, além de todos as causas elencadas no Código de Defesa do Consumidor. (MIRAGEM, 2013, p. 541).

Durante a evolução do direito brasileiro, inicialmente houve uma rejeição de indenização por danos morais. Após algumas mudanças passou a ser possível tal indenização devido ao artigo 5ª da Constituição Federal, e, mais recentemente o artigo 186 do Código Civil Brasileiro positivou expressamente o dever de indenizar o dano causado a outrem ainda que, seja exclusivamente moral.

Diante das inúmeras jurisprudências brasileiras favoráveis a indenização por dano moral inclusive para a pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula nº 227 que diz: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

Ao contrário do que acontece na indenização de âmbito civil comum, o Código de Defesa do Consumidor não admite a redução quantitativa em vista do grau de culpa do ofensor. Isso se deve ao regime de responsabilidade civil objetiva, onde independente da culpa do fornecedor, ele será responsabilizado. A indenização observará o princípio da reparação integral.

Admite-se, ainda, em virtude do princípio do reparo integral, além da indenização moral ao consumidor-vítima, a indenização ao terceiro ligado à vítima e diretamente atingido pelo efeito danoso. A denominação dada a esses danos será: dano direto e indireto (dano por ricochete). O primeiro será direcionado ao consumidor-vítima e o segundo ao terceiro atingido pelo dano, como é o caso de pais ou parentes íntimos da vítima principal. (BITTAR, 1991, p. 35).

> LOCAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LOCATÁRIO QUE NÃO RESIDE NO IMÓVEL E ALEGA TRANSTORNOS E
>
> CONSTRANGIMENTOS PELA FALTA D ÁGUA NO IMÓVEL. DANO MORAL REFLEXO OU INDIRETO, TAMBÉM DENOMINADO DANO MORAL POR RICOCHETE. Há no contrato previsão de que o imóvel destinava-se à residência do locatário e de sua família, não havendo que

> se falar em falta de contratação entre os terceiros e a locadora. A falta de água no imóvel objeto da locação foi sentida pelos moradores que lá permaneceram, ou seja, a irmã do locatário, os filhos dessa e seu
> companheiro, tendo o apelante ficado sabendo dos problemas enfrentados através de ligação telefônica de sua irmã. Os transtornos e constrangimentos com a busca de água em galões e a compra desses foram enfrentados pela irmã do locatário/apelante, seu companheiro e filhos, não pelo apelante que não mais residia no imóvel. Ato que atinja diretamente determinada pessoa, mas cujos efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo. Alegação de transtornos e aborrecimentos sofridos pela família do apelante, mas que não atingiram ao mesmo, pois os efeitos da falta de água não acabaram por atingi-lo indiretamente, apesar de ser o responsável pela locação do imóvel. Litigância de má-fé afastada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045590346, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 31/10/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Diante destas situações, é possível observar que, existem danos que atingem especificamente apenas um consumidor e danos que atingem todo um grupo de consumidores, como é o caso de uma empresa que coloca um produto ou alimento estragado no mercado de consumo. Com isso, surgem os danos individuais ou transindividuais que se subdividem em danos coletivos e difusos.

No caso do dano transindividual, por terem interesses coletivos, a reparação também deverá se dar apenas de modo coletivo, não se admitindo a ação individual dos membros. Nem sempre essa reparação de danos coletivos e difusos será voltada para uma indenização, pelo motivo de ser impossível restabelecer a rigor a situação anterior ao dano.

Conclui-se que, em todas as hipóteses de dano, seja ele individual ou coletivo, o que muda é apenas o modo de identificação e reparação do dano, pois a natureza continuará sendo a mesma.

4 CASOS CONCRETOS

No ano de 2006 Adriano Ferreira Pacheco ingressou com ação judicial perante a Segunda Câmara Cível da Comarca de Niterói-RJ, contra Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda, alegando que havia realizado a compra de um produto anunciado pela Ré e não o recebeu. Porém, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através do desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, decidiu por excluir a responsabilidade da Ré (Televisão Record), afirmando que o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor diz que se tratando de publicidade, os deveres serão do anunciante e não da empresa de comunicação, como é o caso da Ré. (BENJAMIN, 2005).

> PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMAÇÃO E MÉRITO. Distinção. Como cediço, dado o caráter abstrato do direito de agir, legitimado passivo é aquele que o autor indica como titular do dever jurídico correspondente. Questão que, ante o que consta da petição inicial, não se resolve no plano da legitimação, mas sob o enfoque do meritum causae. Teoria da asserção. Aplicação do art. 515, § 3º, do diploma processual civil. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO PELA PUBLICIDADE DIVULGADA EM SEU ESPAÇO. INEXISTÊNCIA. A emissora de televisão não responde solidariamente pelo inadimplemento contratual do fornecedor de produtos que nela veicula anúncio publicitário. Inteligência dos arts. 3º e 38, do Código do Consumidor. Recurso desprovido. (RIO DE JANEIRO, 2015).

Uma ação coletiva por propaganda enganosa criada pelo americano Benjamin Careathers em 16 de fevereiro de 2013 contra a empresa de bebidas Red Bull, gerou uma indenização no valor de US$ 13 milhões. Importante ressaltar que trata-se de indenização americana. A ação deu-se por conta da alegação de que a propaganda “Red Bull te dá asas” é enganosa, tendo em vista que a bebida não cumpre com o efeito mencionado no rótulo, tão pouco aumenta a velocidade e capacidade de reação e concentração como era o esperado. (CORREIO DO ESTADO, 2015).

Analisando os casos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observa-se o grande número de ações que ensejam indenização moral devido a falha na prestação de serviço em desfavor de empresas de telefonia, internet e televisão a cabo. Para que haja indenização, é necessário, assim como no Direito Civil,

que se ultrapasse a linha do mero dissabor, como são os casos abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANO MORAL. CONSUMIDOR. 1- O fabricante e o comerciante do mobiliário adquiridos pela autora são solidariamente responsáveis pela falha na prestação do serviço descrita na inicial e que embasa o pedido de indenização por dano moral, atinente à entrega dos produtos com atraso superior a 30 (trinta) dias e, não menos, com a necessidade de devolução de alguns itens, seja porque entregues com avarias, seja porque entregues por engano. Inteligência dos arts. 12, 13, 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor. 2- Circunstâncias de atraso e avaria de produtos que desbordam da esfera do mero dissabor e configuram dano moral, na esteira de precedente desta Corte. "Quantum" minorado para R$7.000,00 (sete mil reais). Recurso adesivo desprovido. Apelos parcialmente providos. (Apelação Cível Nº 70057830598, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 16/04/2015). (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Entre os casos que mais são frequentes no Tribunal, encontra-se a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito, ou seja, o consumidor cumpre com o dever da contraprestação, o pagamento, e, mesmo assim, o fornecedor negativa seu nome nos órgãos como SPC, SERASA etc. Em outros casos, o consumidor possui seu nome nesses cadastros, mesmo sem ter contratado tais serviços que lhe estão sendo cobrados, como demonstra-se a seguir:

> CONSUMIDOR. TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTENCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDORA ALEGA NÃO TER CONTRATADO SERVIÇOS DA PARTE RÉ. EMPRESA DE TELEFONIA NÃO APRESENTOU PROVAS DA EFETIVA UTLIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. INCLUSÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. Consumidora inscrita em órgão restritivo de crédito alega desconhecer débito, bem como nunca ter contrato os serviços da requerida. Por tratar-se de relação de consumo, o ônus probatório se incumbe ao réu, devendo este apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC. No entanto, a empresa de telefonia não apresentou provas da efetiva utilização dos serviços por parte da requerente. Demonstrada a inclusão indevida do nome da parte autora em órgão restritivo de crédito. Dano moral in re ipsa que prescinde de qualquer demonstração especifica, gerando o dever de indenizar. Dano moral configurado. SENTEÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004978490, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 15/07/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Assim, baseando-se em informações científicas e jurisprudenciais, conclui-se que, os casos mais ocorrentes de danos morais nas relações de consumo são aqueles em que os fornecedores falham na prestação do serviço contratado, incluem indevidamente o nome do consumidor em cadastros de proteção de crédito, atrasam o prazo superior permitido na entrega de produtos, cobram por serviços não contratados e entre outros diversos casos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, verifica-se a grande importância da positivação do Código de Defesa do Consumidor, que tem por objetivo proteger a parte mais vulnerável na relação, o consumidor. Antes de sua existência, existiam muitas irregularidades nas relações consumeristas, visto que, o consumidor ficava à mercê da conduta do fornecedor, que muitas vezes agia de má-fé, ludibriando os consumidores por ter a certeza de que não sofreria nenhuma sanção punitiva, pois não havia até então nenhum dispositivo capaz de regulamentar estas relações.

Com a inserção das Leis Consumeristas, as partes que compõem a relação tiveram seus direitos e deveres fixados em lei. Com este mesmo intuito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seus artigos a responsabilidade civil objetiva, onde basta ao consumidor comprovar o dano e o nexo causal. Além disso, prevê alguns princípios que devem ser observados na relação.

Ainda, para facilitar a defesa do consumidor, criou-se o princípio da inversão do ônus da prova, onde

o consumidor ficará isento de comprovar o dano sofrido em virtude de um produto ou serviço colocado no mercado pelo fornecedor. Esse princípio se subdivide-se em três espécies sendo elas a inversão convencional, legal e judicial. A mais utilizada pelos julgadores é a inversão legal, onde basta a tipificação.

Adiante, conclui-se que, em caso de acidente de consumo, todos os fornecedores que participaram da produção ou comercialização de produtos ou serviços serão indicados como responsáveis legais, sejam eles fabricantes originários, intermediários ou o comerciantes. Ao consumidor caberá ingressar com ação de ressarcimento de danos em desfavor do fornecedor mais próximo e, se este achar necessário, poderá regressar contra os outros responsáveis. O fornecedor poderá ser responsabilizado diante das situações de vício ou fato do produto e pelo vício ou fato do serviço.

Frente ao estudo realizado, verificou-se que, inicialmente o dano moral em virtude de acidente de consumo era rejeitado pelos julgadores e, após a positivação do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, passou a ser expressa a indenização ainda que exclusivamente moral. Entretanto, ainda existem dificuldades quanto ao arbitramento das mesmas.

Analisou-se também que, além do consumidor-vítima, ainda é possível ensejar reparação de danos morais em favor de um terceiro ligado à vítima e diretamente atingido pelo efeito danoso. Este dano é denominado de dano indireto e é aplicado em muitos casos conforme constatou-se em referências jurisprudenciais.

Desta forma, conclui-se que o consumidor é o sujeito vulnerável da relação, sendo privilegiado com a responsabilidade civil objetiva, por outro lado, o fornecedor também estará amparado pelo dispositivo quando mencionada as excludentes legais de responsabilidade. Entre os casos mais comuns de indenização encontram-se as falhas na prestação de serviço, a inclusão indevida do nome do consumidor em cadastros restritivos de créditos e o não cumprimento do prazo estipulado em lei para entrega de produto e realização de serviços.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção Jurídica do consumidor**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES, Fabricio Germano. **Ação Popular como garantia Constitucional do Processo de Proteção e Defesa do Consumidor face à Publicidade**. 1. ed. São Paulo: Digital Books, 2013.

ANDRADE, Ronaldo Alves de**. Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **A responsabilidade das agências de viagem.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor:** código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 abril. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 10 abri. 2018.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro; CORRÊA, Osíris Leite. **Código de Defesa do Consumidor:** aspectos relevantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Correio do Estado. Red Bull pagará US$ 13 milhões por propaganda enganosa. **Correio do Estado,** 12 out. 2014.

Disponível em: http://www.correiodoestado.com.br/economia/red-bullpagara-us-13-milhoes-por-propaganda-enganosa/229570/>. Acesso em: 16 out. 2015.

DINIZ, Maria Helena**. Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev. atual. ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2006.001.33107**, da Segunda Câmara Cível do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Relator Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos.Data do Julgamento: 26/09/2006. Disponível em: < http://expressonoticia.jusbrasil.com.br/noticias/4191/tv-record-nao-tem-responsabilidade-porpublicidade-divulgada>. Acesso em: 16 out. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 2007.001.49497**, da 2ª Câmara Cível. Relator Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Data do Julgamento: 19 set. 2007. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2007.001.49497>. Acesso em: 16 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70045590346**, da 16ª Câmara Cível. Relator Munira Hanna. Data do julgamento: 31 out. 2013. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113362934/apelacao-civel-ac-70045590346-rs>. Acesso em: 10 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70057830598**, da 12ª Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Data do Julgamento: 16/04/2015. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182311651/apelacao-civel-ac-70057830598-rs>. Acesso em: 5 nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71004978490**, da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Marlene Landvoigt. Data de Julgamento: 15/07/2014. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128115724/recurso-civel-71004978490-rs>. Acesso em: 5 nov. 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Jorge Aberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZIZZI, Estevão. **Código do Consumidor**: jurisprudência aplicável. Joinville: Clube de Autores, 2009.

IDEAL INFACTÍVEL: A OBJETIFICAÇÃO DO CORPO DA MULHER PARA O CONSUMO E A PERPETUAÇÃO DE SUA SUBALTERNIDADE.

Camila Belinaso[1]

RESUMO: Este trabalho aborda a objetificação da mulher a partir de uma análise feminista que considera a objetificação midiática da mulher uma das consequências da atuação de um estado patriarcal-capitalista. Assim, evidencia-se que a forma em que as mulheres são representadas na mídia permite o questionamento quanto estar a sociedade de consumo atuando para a perpetuação do papel social imposto à condição de ser mulher. Logo, com a avaliação de publicidades se torna possível demonstrar que a sociedade de consumo utiliza da padronização da beleza feminina não só para alavancar o mercado, e o consequente lucro, mas para reproduzir o ideal de ser mulher que igualmente supra as suas necessidades sociais, que são patriarcais para além de econômicas. Portanto, o objetivo principal é averiguar o alcance da influência da mídia ante a inferioridade presente na vida das mulheres enquanto violência estrutural. Para tanto, relacionar-se-á a opressão sofrida pelo corpo-objeto a fim de explorar como se perpetua a naturalização da subalternidade feminina por intermédio do consumo. O método de abordagem será dialético e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Objetificação da Mulher. Mídia. Feminismo. Subalternidade e Patriarcado.

RESÚMEN: Este trabajo aborda la cosificación de la mujer a partir de un análisis feminista que considera la cosificación mediática de la mujer como una de las consecuencias de la actuación de un estado-capitalista. Así, evidenciase que la manera como las mujeres están representadas en los medios permite el cuestionamiento cuanto estar la sociedad de consumo actuando para perpetuar el papel social imposto a la condición de ser mujer. De esta manera, con la evaluación de publicidad tornase posible demonstrar que la sociedad de consumo utiliza de la estandarización de belleza no solo para apalancar el mercado, y el lucro, sino también para reproducir el ideal de ser mujer, que supra igualmente las necesidades sociales que además de económicas son patriarcales. Por lo tanto, relacionarse la opresión sufrida por el cuerpo-objeto a fin de explotar como se perpetúa la naturalización de la subalternad femenina por intermedio del consumo. El método de abordaje es dialectico e la pesquisa es bibliográfica.

Palabras-clave: Cosificación de la Mujer. Medios. Feminismo. Subalternad e Patriarcado.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Mulher e a subalternidade: embates feministas; 3 O Corpo-Objeto e suas representações; 4 A mídia e seu alcance à perpetuação da objetificação das mulheres; 5 Considerações finais; 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A cultura patriarcal organiza a vida da mulher a partir da vivência de uma sexualidade destinada para o outro, como cidadã, como fiel, como mãe ou como prostituta, categorias aprofundadas de acordo com os necessários recortes culturais, que permitem a contextualização das opressões patriarcais. Nesse sentido, o ordenamento e a interpretação do passado da humanidade impediram a participação das mulheres, o que dá sentido a um processo de perpetuação da civilização patriarcal, em que as mulheres são uma maioria

[1] Advogada. Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016). Pós-graduada em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017). Bolsista na Especialização em Políticas Públicas e Justiça de Gênero pelo Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais. E-mail: camilabelinaso@gmail.com

populacional estruturada pelas instituições sociais para representar uma minoria.

Assim, os processos históricos, que perpassam à cultura e influenciam os modos de socialização, incutem às mulheres e aos homens papéis sociais assimétricos. Sabe-se que o desenvolvimento social e a posterior industrialização produziram câmbios nas relações familiares, ressignificando alguns papéis, ainda desiguais. Em contrapartida, o movimento feminista tem pautado, tendo extrema relevância nas décadas de 60 e 70 do século XX, a ocupação pelas mulheres em espaços de representatividades antes limitadas apenas aos homens. Tem-se, então, que o (re)conhecimento dessas opressões e o avanço da história e dos métodos de trabalho e pesquisa devem ser utilizados para apontar equívocos e possibilidades de questionamentos para a construção de novos paradigmas.

Desse modo, com base em contribuições do feminismo materialista propõe-se analisar as inter-relações da condição de ser mulher com a objetificação de seus corpos na sociedade de consumo, com o objetivo de elucidar que os motivos da mulher ser representada na sociedade capitalista como ser incompleto e dependente dos padrões patriarcais devem ser (re)afirmados como violência estrutural contra a mulher. Logo, desde as comprovações de que a estrutura social está baseada na subordinação da mulher se discorrerá sobre a influência da mídia para a imposição de um padrão de beleza enquanto método opressivo.

Assim, verificar-se-á se a representação da imagem da mulher nos meios de comunicação, que se sustenta em padrões de feminilidade, é advinda do controle sexual, econômico e político, ou seja, dos manejos de poder do patriarcado necessários para reproduzir um ideal de ser mulher. Nessa senda, o trabalho faz referências quanto à interdependência entre a condição de ser mulher e suas formas de representação nos meios de comunicação, considerando-os como impulsionadores da concorrência e das mudanças em sistemas de expressão, de convivência e de interação social, decorrentes de sua ingerência na socialização das pessoas e na construção da atual sociedade de consumo.

2 A MULHER E A SUBALTERNIDADE: EMBATES FEMINISTAS

Ao analisar os registros históricos se observa que são ínfimas as sociedades civilizadas, entre as conhecidas, cuja estrutura não seja patriarcal, haja vista que o exame dos métodos de domínio nas sociedades e suas relações com a terra e o sexo elucidam que a subordinação permanece resoluta em distintos contextos históricos.[2] Assim, considerando desde as sociedades agrícolas - oriundas dos excedentes -, é possível perceber que as sociedades transigem com o patriarcado, que outorga o poder de domínio do homem ao corpo da mulher, independentemente de sua condição de pai, marido ou irmão.[3]

Nesse sentido, Marcela Lagarde ensina que o poder patriarcal não se limita à opressão das mulheres, porque derivada também das relações de dependência desigual de outros sujeitos sociais a ele submetidos, então o poder patriarcal nunca se expressará em si mesmo, estará articulado com outros poderes, fazendo-se além de sexista, também classista e racista.[4] Sucede-se que as mulheres se relacionam de forma vital com a desigualdade, que intimamente ligada ao poder masculino, se expressa no homem e nas instituições de poder, que marca uma desigualdade objetiva frente a uma suposta igualdade jurídica,[5] cuja opressão opera em um todo unitário e simultâneo, o ser mulher e as mulheres.[6]

Dessa forma, importante considerar que há espaços na vida de mulheres que não são opressivos, fato que somente é possível de ser constatado se considerados os recortes necessários à situação concreta da vida

[2] LERNER, Gerda. **La creación del patriarcado**. Barcelona: Editorial Crítica, 1990. p.40.

[3] SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Gênero Patriarcado Violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 36.

[4] LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. **Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas.** México: UNAN, 2014, p. 103.

[5] VILLORO, Luis. **El poder y el valor: fundamentos de una ética política.** México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p.327.

[6] A categoria ser mulher é geral, é o essencial a todas nas mais diversas sociedades, um eixo da vida social, da feminilidade e da identidade feminina: sua sexualidade para outros. As mulheres é a categoria que as expressa de modo particular - todas e cada uma-, seu conteúdo é a existência social das mulheres. Para que, finalmente, cada mulher (cada sujeito) seja definida pela síntese da sua condição e de sua situação específica (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, **Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas**, p. 140)

particular de cada uma. Logo, o feminismo tem atuado, ao questionar em distintas esferas o patriarcado, na construção de um sujeito coletivo, pois ao mediar a história de um saber masculino com a história de um sujeito ausente, estrutura referências teóricas não androcêntricas, que consideram as mulheres como protagonistas de suas vidas. Então, depreende-se das investigações sob essa ótica, que o patriarcado é uma forma de organização social androcêntrica, que favorece o homem ao projetá-lo como padrão de humanidade, sendo o androcentrismo a característica cultural que sustenta a mulher como parte de uma minoria.[7]

Nesse sentido, já expunha Simone de Beauvoir sobre a necessidade de uma intervenção histórica para moldar uma nova forma de pensar sobre a mulher. Para a autora, a liberdade deve ser o oposto da opressão, indicando que a base moral e cognitiva da cultura está sustentada na misoginia, porque toda a vez que o feminino recebe algum tratamento na história, o tem no lugar do outro. Assim, ensina que a situação das mulheres é definida no momento em que, como todo ser humano, ela busca sua liberdade autônoma e se descobre num mundo em que os homens lhe impõem a condição do outro, **é** como se o sujeito só pudesse se afirmar na medida em que negasse os demais: o eu - essencial, o outro – inessencial, sendo que na dicotomia homem-mulher, o essencial é culturalmente deslocado para o homem, passando a mulher a ser o inessencial. [8]

A este respeito, a divisão sexual é vista como o que há de mais natural na ordem social, e isso ocorre em razão das ratificações que tendem a eternizar uma representação conservadora da relação entre os sexos. Então, ao comparar as análises objetivas de uma sociedade composta de uma base androcêntrica, e de nosso inconsciente, Bourdieu diz que "as aparências biológicas e seus efeitos, bem reais, que um longo trabalho coletivo de socialização do biológico e de biologização do social produziu nos corpos e nas mentes, conjugam-se para inverter a relação entre as causas e os efeitos".[9] Portanto, a perpetuação da relação de dominação é facilmente visível dentro da unidade doméstica - de domínio privado -, mas também o é em instituições como a família, a escola ou o Estado, que elaboram e impõem às mulheres o âmbito doméstico "dado" à mulher por natureza.[10]

Assim sendo, considera-se o patriarcado como expressão de uma relação de poder em que o homem consolida a esfera política, que exclui a mulher dos âmbitos governados por princípios que universalizam a liberdade e a igualdade.[11] Nesse sentido, sustenta a feminista Carole Pateman, ao tratar sobre a universalidade do ser humano nas relações contratuais supostamente baseadas em ditos princípios, que "as versões tradicionais da teoria do contrato social não examinam toda a história, e os teóricos contemporâneos do contrato não dão nenhuma indicação de que metade do acordo está faltando".[12] Então, a sociedade civil patriarcal está dividida em duas esferas, a pública e a privada, sendo íntima a relação entre o privado e o natural - base de interconexão entre o liberalismo e o patriarcalismo- [13] e, assim dicotomia entre o público e o privado oculta a sujeição das mulheres aos homens dentro de uma ordem aparentemente universal, igualitária e individualista (*quem* está fazendo um contrato, sobre o *que* e *em que circunstâncias")*.[14]

---

[7] LERNER, Gerda. **La creación del patriarcado**, p. 55.

[8] BEAUVOIR, S. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 242.

[9] BOURDIEU, Pierre**. A Dominação Masculina: A condição feminina e a violência simbólica**. Rio de Janeiro: BetBolso, 2016, p.9-10.

[10] FACIO, Alda. Hacía otra teoría crítica del derecho. In: HERRARA, Gioconda (org). **Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho**, p. 36.

[11] [...] O patriarcado deixou de ser paternal há muito tempo. A sociedade civil moderna não está estruturada no parentesco e no poder dos pais; no mundo moderno, as mulheres são subordinadas aos homens enquanto homens, ou enquanto fraternidade e o capitalismo é patriarcal, é difícil perceber o que se ganha com a insistência de que existem dois sistemas. Uma das vantagens da abordagem do problema do patriarcado através da história do contrato sexual é mostrar que a sociedade civil, inclusive a economia capitalista, tem uma estrutura patriarcal. As aptidões que permitem aos homens, e não às mulheres, serem "trabalhadores" são as mesmas capacidades masculinas exigidas para se ser um "indivíduo", um marido e um chefe de família. A história do contrato sexual começa, portanto, com a construção do indivíduo (PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 62).

[12] PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**, p. 140.

[13] PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**, p.35.

[14] PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**, p.27.

Desse modo, o feminismo passa a questionar os fatores que conduzem a sociedade a aceitar a condição de ser mulher e, assim, consentir com a perversa violência estrutural da situação de nascer e se tornar mulher nas civilizações conhecidas. O debate se torna ponto central, uma vez que a posição entre a dicotomia dos espaços público e privado, e para Pateman, o liberalismo e o patriarcalismo estão ligados de forma estrutural e por isso a dicotomia público-privado resguarda o debate ao movimento feminista, visto que o liberalismo ampara seus propósitos de emancipação, mas revela-se como modelo de perpetuação de papéis sociais assimétricos. Dessa forma, o sujeito liberal capaz de possuir propriedades não está no patamar de sujeito universal do ponto de vista do gênero, já que se incorpora e se perpetua a condição de ser mulher em seu elemento estruturante, a separação entre as esferas pública e doméstica.[15]

Perante isso, o movimento feminista faz críticas quanto à concepção de igualdade adotada em relação à dicotomia público-privada, em sua versão clássica - como linha divisória que separa a sociedade civil do Estado -, já que a pretensão liberal, ao estabelecer tal distinção, promove a segurança, a liberdade individual e a restrição do poder dos governantes, argumento chave para salvaguardar um espaço em que as mulheres poderiam gerir sua conduta sem a interferência estatal na distribuição de papéis sociais.[16] Ocorre que, a diferença implica, sobretudo, em uma profunda desigualdade material, pois mesmo que as feministas tenham unido esforços para a conquista do voto, da administração de seus ganhos e do controle da propriedade privada, mantiveram-se em situação inferior aos homens praticamente todos os âmbitos.[17]

Desse modo, as políticas participativas, as leis e os programas do final do século XX e início do século XXI não avançaram câmbios culturais profundos, às raízes da opressão, pois o operante capitalismo neoliberal, quando ameaçado, termina por ressignificar as opressões para honrar acordos com grupos econômicos, cujos lucros dependem do consumo e da mão de obra das mulheres.[18] Acredita-se que essas correntes culturais apenas serão desconstruídas quando imperar o pensamento coletivo de que, para se considerar uma opressão superada, deve haver a certeza de que todas que compartem da mesma condição de ser mulher estejam livres.[19]

3 O CORPO-OBJETO E SUAS REPRESENTAÇÕES NA SOCIEDADE DE CONSUMO

No contexto histórico da década de 1970, o feminismo passa a se constituir como força política, com potencial de transformação social em consequência das lutas do movimento, caracterizadas pelo enfrentamento ao colonialismo, à discriminação racial, pela resistência aos direitos das minorias e pelas reivindicações estudantis.[20] A época simbolizou o fim de um período de crescimento econômico, pós-segunda guerra mundial, em que o protecionismo da economia controlou os fluxos comerciais para fortalecer o mercado interno.[21] Assim, o surgimento do capitalismo implicou às mulheres não apenas as funções reprodutoras, mas as de produtoras de força de trabalho, haja vista o patriarcado, agora reinventado num sistema individualista, coloca-as no mercado de trabalho a fim de que façam parte do mercado de consumo.

Consequentemente, o sistema patriarcal capitalista incorporou o consumo ao novo modelo de subjetividade e de corpo feminino, de modo que os meios de comunicação passam a reforçar o papel social

[15] El punto fundamental, que afecta a la filosofía social y política en particular, tiene que ver con la ortodoxia sobre el objeto de investigación y con el cuestionamiento, desde una perspectiva feminista, de la construcción (doméstico) privado-público. En este ámbito teórico y académico se aprecia una mayor resistencia a la argumentación feminista (tanto si se trata de teóricos conservadores o radicales, de liberales o de socialistas), dado que convencionalmente concentra su objeto de estudio e investigación en el mundo masculino público, el mundo universal del individualismo, los derechos, el contrato, la razón, la libertad, la igualdad, la ley imparcial y la ciudadanía (PATEMAN, Carole. **O contrato sexual,** p.14).

[16] CYFER, Ingrid. **Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum**. Revista Sociologia Política, Curitiba, v.18, nº36, p. 135-146, jun. 2010, p. 137-138.

[17] FRASER, Nancy. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia**. Revista New Left Review.** España, nº 56, 2009, p.89.

[18] VALDIVIESO, Magdalena. Otros tiempos y otros feminismos en América Latina y el Caribe. In: CAROSIO, Alba (coord). **Feminismos para un cambio civilizatorio**. Caracas: CLACSO, 2014, p. 25.

[19] FRASER, Nancy. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia, p.92.

[20] ALVES, Bianca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 58.

[21] BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 68.

condicionado à mulher pelo patriarcado. O corpo feminino, que sofre os limites impostos pela cultura, passa a ocupar a produção de força de trabalho e parece se adequar aos interesses capitalistas: o lucro e a mão-de-obra do trabalhador. [22] Ou seja, criaram-se padrões de comportamento, que educou a classe operária segundo a sua própria visão do mundo- patriarcal - fazendo com que o corpo produza e consuma os serviços e produtos vinculados aos desejos pela e da mulher.[23]

Nesse sentido, tem-se que a objetificação consiste em analisar um indivíduo a nível de objeto, sem considerar seu emocional ou psicológico, por ser apontado como uma consequência de todo o processo histórico vivido pelas mulheres. A objetificação da mulher está presente, por exemplo, em propagandas que só focam no atributo sexual ou físico, sem outro tipo de apelo emocional, está também na venda dos corpos femininos em partes e não associados a outros atributos da mulher. Então, a mídia, especialmente como comunicação de mercado, utiliza do corpo para a promoção de venda, oferecendo corpos femininos como pedaços de carne.[24] Na década 1980, produz-se um giro teórico que resulta na ideia de contemplar a sexualidade na construção dos papéis sociais, no entanto seguem persistindo as estruturas de dominação e subordinação quanto à classe, o gênero e a raça.[25]

Nas décadas seguintes, é possível afirmar que as mulheres conquistaram a legalidade de seus direitos, alcançaram a educação superior, entraram para o mundo dos negócios e das profissionais liberais, derrubaram crenças antigas e tornaram-se respeitadas quanto ao seu papel social. As representações coletivas sofreram modificações com repercussão nos meios de comunicação, os quais disseminaram tais modificações nos interstícios da sociedade[26], a mídia atenta para a atmosfera cultural, experimenta uma sensação de liberdade e o feminino passa a ser parte das representações midiáticas de maneira significativa na década, para que seja possível a reprodução de uma ideologia dominante e que seja possível disseminar o consumismo.

Observa-se, no comercial para televisão da marca de *lingerie,* Valisère, criado pela agência W/Brasil, em 1987[27] e sob o título "O primeiro sutiã a gente nunca esquece", o câmbio de uma atriz de 11 anos, que após o contato com um sutiã deixado em cima de sua cama, expressa profunda felicidade e demonstra o contato com um novo mundo, uma nova fase, de menina à mulher.[28] A criança se movimenta na frente do espalho, seminua, para melhor observar seu novo acessório, momento em que se põe a dançar, ajeitando delicadamente as alças do sutiã, em contato com seu novo mundo, mas ao caminhar pela rua e se deparar com um homem, sente-se protegida pelo sutiã, livre de uma possível avaliação masculina negativa dos seus seios em razão do novo acessório feminino.

Os meios midiáticos atuam, então, como influenciadores sociais e políticos nos âmbitos público e privado. No Brasil da década de 1980, o neoliberalismo modificou os costumes, a linguagem e o estilo de vida, sendo de maneira enfática e preponderante na classe média/alta, devido ao maior e mais fácil acesso dessas às informações globais e libertárias.[29] Logo, em 1990, deu-se continuidade à forma de política econômica, e a mídia fortaleceu o consumo a fim de alcançar os parâmetros modernos de economia. A entrada de novas marcas em razão da abertura dos mercados inicia um processo de acesso mais íntimo com informações e imagens de todo o mundo.[30] O campo publicitário se utiliza da sedução, da surpresa, e seguindo as "novas" tendências de representação do masculino e do feminino, que deixou de ser vista "só" como dona-de-casa.[31]

---

[22] BORIS, Georges Daniel Janja Bloc; CESIDIO, Mirella de Holanda. Mulher, corpo e subjetividade: uma análise desde o patriarcado à contemporaneidade. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v.7, n. 2, set/ 2007, p. 462- 463.

[23] CALDAS, W. **Temas da cultura de massa: Música, futebol e consumo**. São Paulo: Villipress, 2001, p. 27-35.

[24] LESSA, Patrícia. **Mulheres a Venda: uma leitura do discurso publicitário nos outdoors**. Londrina: EDUEL, 2005, p.47.

[25] FRASER, Nancy. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia, p. 100-104.

[26] GHILARDI-LUCENA, Maria Inês (org.). **Representações do feminino**. Campinas: Átomo, 2003, p. 144.

[27] Em 1986, a Valisére foi adquirida pelo grupo Rosset, momento em que a marca passou por um período de reordenamento, dirigindo seus produtos para o segmento jovem. A publicidade "O primeiro sutiã a gente nunca esquece" foi criado pela agência AlmapBBDO W/Brasil, em 1995.

[28]JÚNIOR. José Maria Mendes Pereira. **O conteúdo narrativo no filme publicitário: análise do filme "O primeiro sutiã" (Valisère).** Revista eletrônica Temática, ano V, n. 06, junho, 2009, p. 5.

[29] FUJISAWA, Maria Suzuki. **Das Amélias às mulheres multifuncionais: a emancipação feminina e os comerciais de televisão**. São Paulo, Summus Editorial, 2006, p.38.

[30] FUJISAWA, Maria Suzuki. **Das Amélias às mulheres multifuncionais: a emancipação feminina e os comerciais de televisão**, p.45.

[31] GHILARDI LUCENA**. Representações do feminino**, p. 155.

Nesse período, a utilização do corpo nos meios de comunicação serve para a obtenção do prazer, que para Edgar Morin, ocorreu associado ao consumo, de modo que o erotismo se especializou e se difundiu,[32] pois "é no fluxo da cultura de massa que se desfecha o erotismo: não só os filmes, os *comics*, as revistas, os espetáculos estão cada vez mais apimentados com imagens eróticas [...] que convidam a consumir [...]".[33] Os anúncios passaram a investir tanto no desejo sexual dos homens quanto na "vontade" das mulheres copiarem àquelas representadas na mídia. A beleza é, com mais ênfase do que antes, uma preocupação constante para a mulher moderna, visto que atua para além da vaidade. Almeja-se um corpo prefeito, o sucesso profissional e amoroso, associados à beleza e a jovialidade.[34]

Ocorre que, tal padrão de beleza, principalmente após a implementação de novas tecnológicas de imagem, é de difícil alcance, cultiva-se, dessa forma, o sentimento de inseguridade entre as mulheres devido à sua desvalorização.[35] Conforme Naomi Wolf, mesmo depois de as mulheres se tornarem "livres" nos quesitos de beleza, ainda há longa distância a ser percorrida para tomarem atitudes que desafiem esse padrão estético, ainda imposto pela mídia e pela indústria da beleza. As propagandas da década de 1990 elucidam algumas transformações em relação à representação da mulher, que tenta sair do tradicional, mas sente culpa, já que acredita em não está preparada para mudar de papel. Para a autora, a beleza tem se mostrado uma preocupação constante para as mulheres, assim como objeto de cobrança para a sociedade.[36]

A presença da mulher é notável facilmente em anúncios publicitários de produtos cujos destinatários não são sequer elas mesmas. A mulher está para servir de elemento persuasivo e de desejo, um objeto de consumo. Não raras são as propagandas de desodorantes, carros e cervejas, em que as mulheres estão retratadas como o fim da utilização do produto, como o objeto a ser, de fato, alcançado pela compra do que se oferta. Nesses anúncios a mulher é decorativa, objetificada e, consequentemente, inferiorizada. Expõe Morin: [37]

> A injeção de erotismo na representação de uma mercadoria não erótica (as publicidades que juntam uma atraente imagem feminina a uma geladeira, uma máquina de lavar ou uma soda) tem por função não apenas (ou tanto) provocar diretamente o consumo masculino, mas de estetizar, aos olhos das mulheres, a mercadoria de que elas se apropriarão; ela põe em jogo junto ao eventual cliente a magia da identificação sedutora; a mercadoria faz o papel de mulher desejável, para ser desejada pelas mulheres, apelando para seu desejo em serem desejadas pelos homens.

Dessa maneira, compreende-se que há privilégios historicamente perpassados, expressados na dominação dada e exercida pelos homens e, sobre eles, em relação às mulheres. Consoante, tem-se que "a dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser (esse) é um ser percebido (percipi) tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica". [38] Essa desvalorização dos direitos sobre os corpos femininos e a dominação eminente do sexo masculino são os motivos para que a mulher seja objetificada no sistema patriarcal-capitalista. Nesse sentido, é possível utilizar de outro exemplo, qual seja a publicidade do refrigerante Pepsi Diet, em circulação no ano de 1996, intitulada "Promoção Diet Pespi: você bebe e não ganha nada" [39] é o retrato de apelo publicitário para que as mulheres consumissem tranquilamente, sem a preocupação de que pudessem engordar, mantendo o padrão.

Ainda, é na década de 90 que as cirurgias plásticas entram em cena e a preocupação com o corpo se acentua entre as mulheres, o que requer tempo, esforços e dinheiro para alcançarem o padrão de beleza com novas técnicas e procedimentos para combater qualquer rasgo da idade, ou seja, para que incessantemente

[32] MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XXI: o espírito do tempo.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.144.

[33] MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XXI: o espírito do tempo,** p. 119.

[34] É o reino do novo ídolo da cultura da massa: não a deusa nua das religiões antigas, não a madona de corpo dissimulado do cristianismo, mas a mulher seminua, em pudor impudico, a provocadora permanente (MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XXI: o espírito do tempo,** p. 122).

[35] WOLF, Naomi. **O mito da beleza**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p.21.

[36] WOLF, Naomi. **O mito da beleza**, p. 25.

[37] MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XXI: o espírito do tempo**, p.121.

[38] BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina: A condição feminina e a violência simbólica** p. 82.

[39] Campanha: Promoção Diet Pepsi: você bebe e não ganha nada. Fonte: criação de para a agência AlmapBBDO W/Brasil e cliente PEPSI, em 1995.

cuidem de se manter padronizadas.[40] Nesse contexto que iniciou a primeira década do século XXI: do culto ao corpo e à feminilidade.[41] As mulheres, agora, almejam um corpo perfeito e o ideal de beleza se torna uma imposição devido à modernização da sociedade e dos novos papéis assumidos pela nova mulher.[42]

4 A MÍDIA E SEU ALCANCE À PERPETUACAO DA OBJETIFICAÇÃO DAS MULHERES

O surgimento do neoliberalismo produziu uma mudança drástica no terreno que o feminismo preparava para alavancar, de modo que as aspirações emancipatórias no contexto do capitalismo estatal assumem posições ainda mais ambíguas na era neoliberal.[43] Dessa maneira, o feminismo é reproduzido pelos meios midiáticos como a regulação das relações das mulheres com os homens, sem que a sua liberdade e a sua autonomia sejam mencionadas como elementos constitutivos da teoria e do movimento. A mídia, intrinsicamente relacionada com a política econômica, permite intersecções dentro da cultura popular, que desmonta ideais coletivos planteados pelo movimento feminista até então, substituindo-os por um discurso emancipatório, baseado no ideário neoliberal.[44]

Mascara-se, portanto, a existência de uma igualdade de oportunidades com a presença das mulheres nos meios midiáticos, de modo que a mulher é um sujeito de plena confiança no sistema neoliberal, já que os governos tratam de possibilitar às mulheres o acesso a postos de trabalho reservados historicamente aos homens.[45] No processo de construção da subjetividade, são incorporados, a partir da influência da cultura, modos de linguagem, hábitos e costumes e padrões de comportamento e de valores, inclusive modelos de apreciação estética, isto é, do que é belo ou feio, principalmente com relação ao corpo.[46] Tal construção é fruto do que a mídia impõe - padrões estéticos, éticos e políticos- para a existência do sujeito, ela usa as suas estratégias de *marketing* para criar desejos, anseios e angústias, a fim de que os sujeitos consumam o que ela lança no mercado.[47]

Analisa-se essa articulação, entre a subjetividade da mulher, seu corpo e a mídia, recorrendo ao que Paulo Freire denominou de relação opressor-oprimido, na qual os oprimidos – no caso, as mulheres – num dado momento de sua experiência existencial, adotam uma atitude de adesão em relação ao opressor. [48] A mulher, em busca da beleza do seu corpo, está na condição de oprimida com a mídia, que lhe impõe novas formas de existir e de se relacionar no mundo. Consequentemente, a utilização dos meios midiáticos pelo neoliberalismo impulsionou um triunfo individual às mulheres e não coletivo, um êxito baseado não no feminismo, mas no individualismo feminino. Nessa perspectiva, os veículos de comunicação igualmente massificam representações opressoras que incentivam o consumismo, como técnica de requalificar a vida social. Assim, o corpo da mulher se torna um produto tanto para as propagandas quanto para a publicidade, que além de vendê-lo se alimenta desse corpo-objeto.[49]

Ao longo dos anos 1980, a inserção da cultura popular norte-americana criou uma versão mitológica e ilusória do feminismo, noções como "guerra dos sexos" passam a definir qualquer tipo de voz que se propunha a discutir o tema da desigualdade entre sexos. Nesse sentido, a objetificação da mulher pela mídia mostra uma mudança de sensibilidade quanto à representação erótica da feminilidade, que ao marcar traços

[40] Para obter sucesso profissional e na vida amorosa, as mulheres querem parecer mais jovens e belas, então gastam muito dinheiro na compra de produtos "milagrosos", fazem dietas, submetem-se a cirurgias plásticas, etc. É difícil para as mulheres admitirem que estejam envelhecendo, de forma que elas costumam mentir a idade. Ao contrário da mulher, para o homem é natural envelhecer (GHILARDI LUCENA, Maria Inês. **Representações do feminino**, p. 146).

[41] FUJISAWA, Maria Suzuki. **Das Amélias às mulheres multifuncionais: a emancipação feminina e os comerciais de televisão**, p.52.

[42] GHILARDI LUCENA, Maria Inês. **Representações do feminino,** p.153

[43] FRASER, NANCY. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia. p. 127.

[44] MACROBBIE, Angela. **The aftermath of feminism. Gender, culture and social change**. London: SAGE, 2009, p. 51.

[45] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal.** Madri, UCM - Investigaciones Feministas, 2012, p. 23.

[46] FUJISAWA, Maria Suzuki. **Das Amélias às mulheres multifuncionais: a emancipação feminina e os comerciais de televisão**, p.60.

[47] FRASER, NANCY. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia, p. 129.

[48] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 91.

[49] GHILARDI LUCENA, Maria Inês. **Representações do feminino**, p. 162.

de humor e ironia, deslegitima o discurso feminista.[50] Na contemporaneidade, o pós-feminismo passa a atuar como sensibilizador às mulheres do glamour da diferença sexual que, por meio de uma série de artifícios culturais, dão força para a convergência da feminilidade como qualidade corporal, empoderamento, individualismo, autodisciplina, entre outras qualidades da mulher moderna.[51]

Dita feminilidade é a principal característica da cultura midiática pós-feminista, que a concretiza como um traço físico, como qualidade corporal, mas não natural, uma vez que possível apenas por intermédio de uma série de tecnologias de beleza. Portanto, a relação entre pós-feminismo e neoliberalismo está na dependência entre os conceitos que se estabelece no marco ideológico da fragmentação do movimento feminista, de movimento coletivo para a implosão/explosão de movimentos *queer* ou pós-coloniais.[52] Os quais, por sua vez, consideram o feminismo como uma conquista já estabelecida dentro da sociedade, e não como um conceito precário que necessita de defesa para manter as conquistas das mulheres.[53] O pós-feminismo, portanto, atua de modo a condicionar o feminismo, por um lado, como obsoleto e pertencente à outra época, enquanto celebra os logros do feminismo dentro da sociedade neoliberal, sobretudo nos campos de trabalho e estudo.

Nesse contexto, o feminismo utiliza de toda a construção do *backlash*, termo utilizado por Susan Faludi em 1990, para fazer referência ao movimento da mídia que apresentou o feminismo como uma força vital, que deveria ser destruída para que as mulheres sejam salvas.[54] Direcionando seus estudos para a época contemporânea, a autora expressa que o *backlash* do pós-guerra não mandou as mulheres de volta para a casa, mas desvalorizou o trabalho do sexo da mulher, bem como os postos ocupados por elas. Assim, o contra-ataque iniciado na década de 1980 está influenciado pelos anteriores, uma vez que atrás de toda a celebração e reconhecimento da vitória das conquistas femininas nos anúncios, tem-se que "a mulher contemporânea nunca foi tão livre, mas em compensação, nunca se sentiu tão infeliz" afirmando que a principal causa dessa infelicidade generalizada, e inflada pela mídia, seria o "excesso de igualdade".[55]

Faludi analisa as reações midiáticas em diversas propagandas e contextos históricos, e quanto às matérias veiculadas nos anos de 1980, questiona sobre o que viria a ser a igualdade alcançada, pois a realidade material nunca esteve condizente com a realidade formal da igualdade, uma vez que as mulheres, com os recortes necessários, são substancialmente lidas como minorias, com salários menores, desprovidas, na maioria das vezes, de seus direitos mais básicos. [56] Em vista disto, a publicidade veicula a imagem da mulher como objeto, fato que está intrinsicamente com a sociedade patriarcal, visto que ao celebrar o poder de atração sexual dos rapazes, condena os desejos das garotas. Os meios não problematizam a realidade material das mulheres, como se o acesso aos produtos e aos serviços ocorresse de igual maneira.

Portanto, restringe-se à capacidade de escolha das mulheres, até mesmo pelo fato de apenas tratar a opressão como escolha e não como resultado das limitações do prazer da feminilidade. Em decorrência do silenciamento do feminismo, observa-se, a partir da década de 1990, a maneira de referir-se ao movimento é pelo termo *girl power*, momento em que se intensificam os prazeres decorrentes das possibilidades de consumo para as mulheres[57]. Inserido no pós-feminismo, o termo produz uma relação simbiótica entre liberdade de eleição e mulheres jovens, de forma que tanto a teoria acadêmica, como a narrativa popular de gênero, centra a atenção em um padrão de mulher: branca, jovem, de classe média, geralmente com acesso ao

[50] MCROBBIE, Angela. Pós-feminismo e cultura popular: Bridget Jones e o novo regime de gênero. In: CURRAN, James; MORLEY, David. **Media and Cultural Theory**. London: Routlege, 2006, p. 60.

[51] MCROBBIE, Angela. **Pós-feminismo e cultura popular: Bridget Jones e o novo regime de gênero**, p. 67.

[52] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal**, p. 30.

[53] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal**, p.27.

[54]FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres.** Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 89-93.

[55] As mulheres estão infelizes justamente devido ao fato de serem livres. As mulheres estão sendo escravizadas pela sua própria liberação. Elas se agarram ao brilho dourado da independência e deixaram escapulir o único anel que realmente lhes interessa. Conseguiram assumir o controle de sua fertilidade, mas só para destruí-la. Perseguiram seus próprios sonhos profissionais – perdendo no caminho a aventura feminina maior. Os movimentos feministas, não nos cansam de apregoar, acabaram por se provar o pior inimigo da mulher (FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**, p. 9)

[56] FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**, p.27.

[57] FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra nao declarada contra as mulheres**, p. 83-85.

estudo e ao trabalho.[58] Dessa maneira, a nova figura da mulher *sexy* e empoderada surgem como uma forma de as mulheres se identificarem, mas principalmente como instrumento para redefinir a feminilidade, que ostenta conexões aos cuidados e ao espaço doméstico à consciência de seu poder. Uma das características essenciais do pós-feminismo, portanto, é a vigilância ativa sobre o corpo da mulher por parte dos meios midiáticos, da sociedade e da própria visão feminina reguladora e obsessiva ao corpo. Segundo Segarra,[59]

> Bajo el postfeminismo, entendido como una subjetivación de género bajo el neoliberalismo, las mujeres se someten a los procesos de belleza porque quieren, para complacerse, "darse un pequeño capricho" o "sentirse gusto con una misma". Da igual lo doloroso, aparatoso, y como en el caso de la cirugía estética, lo peligroso que sea, los imperativos, procesos y tecnologías de belleza están rodeados del espíritu de la indulgencia, del capricho y de aquello libremente elegido.

Assim, os padrões de beleza impostos são inatingíveis, e a manipulação das imagens torna homens e mulheres mais exigentes em relação ao corpo feminino, de modo que elas são submetidas a um exame de aparência rigoroso, mesmo quando suas atividades estejam desvinculadas do seu físico. [60] A feminilidade ligada à sexualidade e ao poder é apresentada pela mídia dos anos noventa como expressão do poder feminino. Então, se produz uma mudança na representação midiática do corpo feminino, sobre o qual se movimenta a passividade e a coisificação como demonstrações de controle e poder. Explora-se a feminilidade autoconsciente, narcisista e graciosa num processo comunicativo que não supera a perpetuação da subjetivação dos discursos de gênero midiáticos, nem conduz um movimento que ultrapasse a reprovação das propagandas que coisificam as mulheres.[61]

Tais representações vão muito além de um determinado aspecto físico feminino coisificado, pois se agrega como um requisito indispensável para aspirar à categoria de sujeito neoliberal, cuja estratégia abarca não só a remodelação do corpo, mas também a reconstrução da subjetividade. [62] Os meios de comunicação são os responsáveis por mediarem à informação entre os consumidores da informação e o acontecimento, como fornecedores de representações, de modo que todo o acontecimento pode ser moldado como projeto narrativo que não oferece mensagens, mas define a própria mensagem.[63] Antes, cabe lembrar que os veículos se sustentam por grupos econômicos, que obviamente visam lucros e, esse lucro, só poderá ser obtido com a venda de produtos nos espaços de publicidade, a partir de discursos persuasórios. Dessa forma, demonstra-se quão necessário é o questionamento das representações midiáticas que impulsionam o consumo por intermédio da objetificação do corpo da mulher.[64]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura social baseada na subordinação da mulher ao domínio do homem constitui a opressão genérica das mulheres, a forma de manter o patriarcado enquanto espaço histórico do poder masculino. A partir dessa pesquisa, percebeu-se que esse espaço se legitima também por meio da objetificação dos comportamentos e dos corpos das mulheres nas representações dos meios de comunicação. Por outro lado, verificou-se que determinadas características são impostas culturalmente e socialmente como femininas e masculinas, em que tais determinações ensejam a prática de outras violências, já que caberia ao universo feminino a passividade, delicadeza.

Igualmente, a mídia no sistema capitalista neoliberal influenciou em novos conceitos de liberdade,

---

[58] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal**, p.24.

[59] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal**, p.41.

[60] DURHAM, Meenaskhi Gigi. **O efeito Lolita: a sexualização das adolescentes pela mídia, e o que podemos fazer diante disso.** São Paulo: Larousse do Brasil, 2009, p. 110.

[61] DURHAM, Meenaskhi Gigi. **O efeito Lolita: a sexualização das adolescentes pela mídia, e o que podemos fazer diante disso,** p.143

[62] SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género en la cultura popular neoliberal**, p.41.

[63] NETO, Antônio F. A Deflagração no sentido. Estratégias de produção e captura da recepção. In: SOUZA, Mauro Wilton de. **Sujeito, o lado oculto do Receptor**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

[64] DURHAM, Meenaskhi Gigi. **O efeito Lolita: a sexualização das adolescentes pela mídia, e o que podemos fazer diante disso**, p. 156.

de poder e de consumo. Por outro lado, está sustentado em bases patriarcais, que implicam em manter a mulher à subalternidade. A pesquisa, então, discorreu dialeticamente sobre a possibilidade de tais condutas e imagens atribuídas às mulheres contribuírem para sua objetificação, mesmo que transpareça empoderar mulheres. Assim, a influência da mídia na vida das mulheres, somada à estrutura patriarcal de dominação, é utilizada como argumento de empoderamento feminino, na medida em que é vendida a noção de que a mulher é livre para escolher consumir o que quiser. Em realidade, o que se percebeu com essa pesquisa, é que esse argumento defende o interesse de manter certas estruturas de dominação e de subordinação das mulheres.

Desta forma, evidenciou-se que o patriarcado, com o apoio do discurso midiático, fundamenta sua pretensão política, para reafirmar certos espaços e condutas à mulher, quanto para combater o feminismo, culpando-o de esgotamento das mulheres. Nesse ínterim, verificou-se que o com o surgimento do neoliberalismo foi produzido uma modificação das aspirações emancipatórias, em que aquele foi responsável pelo individualismo feminino lograr êxito sobre a coletividade e o ideal de libertação das mulheres. Logo, o movimento midiático chamado *Backlash,* tem-se apresentado, em diferentes circunstâncias históricas, como o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres, apresentando o feminismo enquanto uma força vital que deveria ser destruída, em prol da salvação de mulheres.

Por conseguinte, o presente estudo permitiu a realização de apontamentos, desde uma perspectiva feminista, à objetificação da mulher nos meios de comunicação, identificando as maneiras em que as mulheres estiveram representadas em determinados contextos sociais, políticos e históricos. Ainda, comprovou-se que a existência de vinculação midiática entre mulher e feminilidade é uma forma de controle e imposição de determinados padrões comandada pelo sistema patriarcal e, diante disso, o debate se torna cada vez mais urgente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Bianca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BORIS, Georges Daniel Janja Bloc; CESIDIO, Mirella de Holanda. Mulher, corpo e subjetividade: uma análise desde o patriarcado à contemporaneidade. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v.7, n. 2, set/ 2007.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina: A condição feminina e a violência simbólica**. Rio de Janeiro: BetBolso, 2016.

CALDAS, W. **Temas da cultura de massa: Música, futebol e consumo**. São Paulo: Villipress, 2001.

CYFER, Ingrid. **Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum**. Revista Sociologia Política, Curitiba, v.18, nº36, p. 135-146, jun. 2010

DEBORD, Patrick. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURHAM, Meenaskhi Gigi. **O efeito Lolita: a sexualização das adolescentes pela mídia, e o que podemos fazer diante disso.** São Paulo: Larousse do Brasil, 2009.

FACIO, Alda. Hacía otra teoría crítica del derecho**.** In: HERRARA, Gioconda (org). **Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho**. Ecuador: FLACSO, 2000.

FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra nao declarada contra as mulheres.** Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

FRASER, NANCY. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. Tradução de Márcia Prates. In: SOUZA, J. (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001.

FRASER, Nancy. El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia. In: **Revista New Left Review.** España, nº 56, 2009.

FUJISAWA, Maria Suzuki. **Das Amélias às mulheres multifuncionais: a emancipação feminina e os comerciais de televisão.** São Paulo, Summus Editorial, 2006.

GHILARDI LUCENA, Maria Inês. **Representações do feminino**. São Paulo: Átomo, 2003.

HIRATA, Hirata, Helena; LABORIE, Françoise, *et all*. **Dicionário Crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009

JÚNIOR. José Maria Mendes Pereira. **O conteúdo narrativo no filme publicitário: análise do filme "O primeiro sutiã" (Valisère).** Revista eletrônica Temática, ano V, n. 06, junho, 2009.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela **Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas**. México: UNAN, 2014.

LERNER, Gerda. **La creación del patriarcado**. Barcelona: Editorial Crítica, 1990.

MCROBBIE, Angela. Pós-feminismo e cultura popular: Bridget Jones e o novo regime de gênero. In: CURRAN, James; MORLEY, David. **Media and Cultural** Theory. London: Routlege, 2006.

MACROBBIE, Angela. **The aftermath of feminism. Gender, culture and social change**. London: SAGE, 2009.

MILLET, Kate. **Política Sexual**. Madri: Editorial Catédra, 2010.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XXI: o espírito do tempo.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NETO, Antônio F. A Deflagração no sentido. Estratégias de produção e captura da recepção. In: SOUZA, Mauro Wilton de. **Sujeito, o lado oculto do Receptor**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Gênero Patriarcado Violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SEGARRA, Ignacio Moreno. **Postfeminismos: representaciones de género em la cultura popular neoliberal.** Madri, UCM - Investigaciones Feministas, 2012.

SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. **Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. Temporalis**, [S.l.], v. 15, n. 30, p. 475-494, jan. 2016.

VIANA, Nildo. **Os Valores da Sociedade Moderna. Brasília**. Brasília: Thesaurus, 2007

VILLORO, Luis. **El poder y el valor: fundamentos de una ética política.** México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

ESBOÇANDO UM PROJETO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: ANTECIPANDO ALGUMAS POSSIBILIDADES EMOLDURADAS PELA IDEIA DE *WRONGFUL CONCEPTION* NO DIREITO BRASILEIRO

Lia Raquel Bloos Mossini[1]

Orientação: Prof. Marcos Catalan[2]

Resumo: Eis aqui o esboço do projeto de pesquisa desenvolvido no primeiro ano de iniciação científica vivenciada na Universidade Lasalle (2017-2018) sob a orientação do prof. Marcos Catalan. Esse projeto tem como pano de fundo o inegável desenvolvimento e popularização dos métodos contraceptivos, ferramentas que informam o exercício de direitos sexuais e reprodutivos garantidos constitucionalmente no Brasil. O questionamento estabelecido para a pesquisa consiste em saber qual resposta a ser dada pelo Direito, nas hipóteses nas quais, pressuposta a adequada utilização de método contraceptivo eleito, ocorre a gravidez. É possível antecipar como hipótese de pesquisa a necessidade de imputação, do dever de reparar os danos atados a gravidez, ao fornecedor de produtos ou serviços, impondo-lhe, portanto, os custos atados à gravidez não planejada. Este texto tenta demonstrar como a investigação será conduzida.

Palavras-chave: Consumidor. Dever de Reparar. Direito de Danos. Direitos Sexuais e Reprodutivos. *Wrongful Conception*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um tema, um problema, uma hipótese. 3. Justificativa: explicando alguns dos porquês que informam esta pesquisa. 4. Objetivos: do geral aos específicos. 5. Metodologia e Método. 6. Revisão de literatura. 7. A provisoriedade de uma conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A elaboração do projeto aqui esboçado foi antecedida pela identificação de suas divisões formais. A seleção do tema – informada por pautas com relevância no cenário jurídico nacional – encontrou no *wrongful conception* e em sua potencial aplicação ao Direito brasileiro poderoso atrator intelectual e afetivo.

Uma vez recortado, as justificativas não se revelaram sequer, minimamente, problemáticas, demandado quase nenhum esforço: há inúmeras decisões – decisões deveras questionáveis, antecipe-se – no Superior Tribunal de Justiça versando sobre o assunto e outras inúmeras mulheres e (ou) casais com filhos, embora, planejassem não os ter.

A hipótese, em síntese, foi construída mirando a possibilidade de reparação dos danos sofridos pelos genitores de filhos não planejados – embora, não necessariamente, não queridos –, em razão da falha no método contraceptivo eleito e, adequadamente, utilizado.

Os três itens supracitados, uma vez densificados, permitiram eleger o referencial teórico adiante descrito. Objetivos gerais e específicos foram somados à hipótese na tentativa – em curso – de responder

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Lasalle, Pesquisadora na área de Direito do Consumidor orientada pelo Prof. Dr. Marcos Catalan, bolsista na modalidade ABI pela UNILASALLE, Estagiaria do Escritório de Advocacia Oliveira Schultz (Direito Cível e Previdênciario). E-Mail: liabloss@hotmail.com.

[2] Pós Doutor pela Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona. Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no Mestrado em Direito e Sociedade da Unilasalle e da Unisinos. Editor assistente da REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Visitor Research no IUAV. Venezia. Professor visitante na Facultad de Derecho, Universidad de la Republica, Uruguay. Advogado parecerista.

o problema de pesquisa. Método e metodologia, pensados com muito vagar e muitos diálogos, foram delimitados enquanto guias desta pesquisa. O cronograma de trabalho foi desenhado visando a garantir que – pressuposta a sua fiel observância – a investigação chegue ao fim, mesmo quando se tem a consciência de que ela jamais terminará. Por fim, referências apontam para os autores que hão de ser utilizados ao longo da pesquisa.

De forma descritiva este texto se propõe a descrever os passos acima antecipados.

2 UM TEMA, UM PROBLEMA, UMA HIPÓTESE

O tema de pesquisa proposto para esta investigação cientifica orbita ao redor das possibilidades de recurso à teoria do *wrongful conception* no direito brasileiro e suas ligações com o Direito de Danos em construção no país. O questionamento estabelecido para direcionar o estudo consiste em saber qual a resposta a ser dada pelo Direito nas hipóteses nas quais, pressuposta a adequada utilização de método contraceptivo, ainda sim, ocorre a gravidez? A resposta antecipada para esta pergunta gravita ao redor da necessidade de reparação dos danos atados à gravidez e ao nascimento do filho não planejado ante a frustração das legítimas expectativas dos consumidores – dos métodos contraceptivos – e, ainda, da melhor condição do Mercado em assumir e redistribuir esse custo econômico.

De modo mais detalhado a hipótese que informa esta investigação aponta para a necessidade de imputação, ao fornecedor de serviços e (ou) de produtos, dos danos atados à gravidez, dentre os quais podem ser listados (a) os havidos nas despesas com exames pré-natais, (b) os custos com internação e parto ou – e aqui emerge um dos pontos mais delicados no contexto a ser explorado, pois, se trata de verba cuja quantificação é deveras complexa – (c) os gastos com a criação do filho não planejado, embora, não necessariamente indesejado, dependendo também qual a classe social que o(s) genitor(es) se encaixaria(m), para a quantificação aproximada dos gastos, além de levar em consideração o fato dessa gestação ser repentina, fazendo com que talvez percam a chance de ter um preparo financeiro efetivo.

3 JUSTIFICATIVA: EXPLICANDO ALGUNS DOS PORQUÊS QUE INFORMAM ESTA PESQUISA

Em 1998, conhecido laboratório instalado no Brasil estava produzindo e testando uma nova embalagem para anticoncepcionais, aliás, naquela época, um dos anticoncepcionais mais vendidos no Brasil: o Microvlar, produzido e comercializado pela Schering. Durante os referidos testes, produziu-se uma leva de pílulas sem o princípio ativo necessário a impedir a gravidez. Foram usados placebos, portanto. Obviamente, as embalagens deveriam ser descartadas pela Schering, porém, tais embalagens acabaram sendo disponibilizadas no mercado de consumo. No mesmo ano, a Schering do Brasil foi condenada a retirar o medicamento do mercado a partir da denúncia de consumidoras que engravidaram acreditando utilizar adequadamente o contraceptivo. Algumas destas mulheres procuraram Judiciário buscando a reparação dos danos sofridos com o nascimento de filhos não planejados[3].

Em 2011, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça[4] um destes casos. O caso de consumidora do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo necessário a impedir a gravidez. No voto da ministra relatora a necessidade de reparar os danos suportados pela consumidora desde que feita a prova da utilização dos compridos.

[3] Noticia retirada do site G1 da GLOBO, acesso em 28/04/2018. Disponível em: http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL56741-5598,00.html

[4] Recurso Especial nº 1120746 de Santa Catarina, Ministra relatora Ministra Nancy Andrighi. Acesso em: 28/04/2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1120746+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

3.1 É ISSO MESMO?

A importância do tema recortado para investigação emerge deste e de muitos outros casos em que houve o consumo das "pílulas de farinha", casos nos quais é possível antever que consumo do referido produto ensejou a violação do direito ao planejamento familiar constitucionalmente garantido no Brasil.

Impactou o planejamento de vida de mulheres e (ou) casais[5], suas economias, possibilidades de estudo, de trabalho e tantos outros sonhos e promoveu, ao menos, potencialmente, a ocorrência de danos existenciais[6] na medida em que a lesão havida pode ter alterado, profundamente, o planejamento de toda uma vida[7] a ser vivida só ou em família formatada de outro modo.

Aliás, é possível antever, também, que noutros casos similares os mesmos direitos sejam violados e, uma vez identificado que a doutrina do *wrongful conception* pode ser utilizada no Brasil[8], parece factível seguir na tentativa de comprovar a hipótese outrora descrita. Aqui podem ser insertos métodos contraceptivos utilizados tanto por mulheres quanto por homens ou por ambos, como por exemplo, (a) os métodos físicos ou de barreira, que são: diafragma, preservativo masculino, preservativo feminino e dispositivo intrauterino (DIU), (b) métodos hormonais como o anel vaginal, implante subcutâneo, anticoncepcional injetável mensal, pílula oral, pílula anticoncepcional de emergência – pílula do dia seguinte –, minipílula e injeção trimestral e (c) os métodos cirúrgicos, considerados definitivos, como a ligadura das trompas de falópio para as mulheres e a vasectomia nos homens.

De outra banda, atualmente, são poucos os autores que abordam o tema no Brasil, que como se antevê, é de grande importância nas searas do direito do consumidor e do direito de danos em construção no país.

4 OBJETIVOS: DO GERAL AOS ESPECÍFICOS

O objetivo geral desta investigação científica consiste no mapeamento das possibilidades de utilização das teorias que gravitam em torno da ideia de *wrongful conception* no Brasil. Os objetivos específicos, pensados de modo a permitir que o objetivo maior que informa esta pesquisa possa materializar-se, foram assim projetados:

a) Esquadrinhar, de modo minudente, a ideia de *wrongful conception*.

---

[5] HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o consequente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 253-296, jul./set. 2017. p. 8.

[6] GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto. MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 6, n. 1, maio 2018. p. 5.

[7] SESSAREGO, Carlos Fernández. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017. p. 9.

[8] FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre os direitos da personalidade e o direito à vida digna (direito a não nascer e a nascer saudável). *Revista Fórum de Direito Civil*. v. 3. n. 7. p. 71-100. set./dez. 2014. HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o consequente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 253-296, jul./set. 2017. NARDELLI, Eduardo Felipe. SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e a vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva.* v. 2. n. 2. p. 147-167. jul./dez. 2016. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur (Coord.). XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF. Rio de Janeiro: Funjab, 2012. SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista da AJURIS,* n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

b) Explorar limites e possibilidades do *wrongful conception* no direito brasileiro desde a identificar dos pressupostos do dever de reparar na reponsabilidade civil e no direito de danos em construção no Brasil.

c) Verificar como a repersonalização das relações jurídicas e a constitucionalização do direito privado influenciam a compreensão dos problemas no contexto do *wrongful conception*.

d) Aferir se é possível atribuir ao Mercado o dever de suportar os custos econômicos e pessoais da gravidez não planejada, dentre eles o nascimento de filho(s) não planejado(s).

5 METODOLOGIA E MÉTODO

A metodologia a ser utilizada na pesquisa tem viés crítico, via análise do discurso. Elegeu-se como vertente metodológica a leitura jurídico-sociológica e como o caminho metodológico específico, a pesquisa de campo e a pesquisa teórica. O método estabelecido para utilização no trabalho consiste na pesquisa bibliográfica, análise de julgados e de regras capturadas na legislação, bem como, a exploração empírica, dirigida a mulheres, especificamente, por meio perguntas acerca do tema que serão compartilhadas com o auxílio das redes sociais – questionário a ser disponibilizado na plataforma do *Google Formulários*, durante o mês de setembro de 2018 – com o conteúdo a seguir:

1. Qual a sua idade?
( ) menos de 18 anos.
( ) entre 18 e 25 anos.
( ) entre 25 e 50 anos.
( ) mais de 50 anos.

2. Você utiliza métodos contraceptivos?
( ) Sim.
( ) Não.
( ) Utilizo quando entendo necessário.

3. Caso você esteja utilizando algum método contraceptivo, a quanto tempo faz uso dele?
( ) Há 1 ano ou menos.
( ) Há pelo menos 1 e menos de 5 anos.
( ) Há pelo menos 5 e menos de 10 anos.
( ) Há mais de 10 anos.

4. O que a leva a fazer uso de contraceptivos? (Marque mais de um item se entender necessário)
( ) Ainda não decidi ter filhos e uma família.
( ) Porque eu decidi que este não é o momento certo para engravidar.
( ) Porque eu e meu parceiro decidimos que este não é o momento certo para engravidar.
( ) Para me proteger e evitar doenças sexualmente transmissíveis.
( ) Porque não quero mais engravidar.
( ) Porque corro risco de vida se vier a engravidar.

5. Você acredita que há possibilidade de engravidar usando métodos contraceptivos?
( ) Sim, tenho consciência que posso engravidar.
( ) Não, acredito que ao usar um método contraceptivo não irei engravidar.
( ) Acredito que se utilizar o método de maneira correta, não existe nenhuma possibilidade de vir a engravidar.
( ) Acredito que se utilizar o método de maneira correta, existe possibilidade mínima de ter filhos.

6. Caso o contraceptivo falhar e você engravidar, em razão disso, você entende que acredita que deva receber algum tipo de reparação diante dos custos com médico – pré-natal e parto e despesas com a criação de seu filho?

( ) Sim.

( ) Não.

7. Se sim, o que você gostaria que fosse reparado? (Marque mais de um item se entender necessário).

( ) Exames pré-natais.

( ) Parto.

( ) Tratamento psicológico.

( ) Gastos com os primeiros anos de vida da criança.

( ) Gastos com o filho até que ele atinja a maioridade.

( ) Tratamentos estéticos mãe, tendo em vista a mudança do corpo devido a gravidez.

8. Qual seria sua reação caso engravidasse mesmo utilizando corretamente algum método contraceptivo? (Marque mais de um item se entender necessário)

( ) Felicidade.

( ) Desespero, pois não estava preparada psicologicamente.

( ) Desespero, pois não estava preparada financeiramente.

( ) Desespero, pois sou muito jovem para ter um filho.

( ) Desespero, pois sou muito velha para ter um filho.

( ) Não consigo imaginar o que irei sentir.

6 REVISÃO DE LITERATURA

O *wrongful conception* pode ser pensado como "concepção errônea".

O contraceptivo falha e a gravidez ocorre.

Um dos primeiros autores a trazerem essa ideia ao Brasil foi Rafael Pettefi.

O autor sugere a reparação patrimonial dos danos causados a mulher ou casal ante a tentativa frustrada de impedir a gravidez e dos danos daí decorrentes, reparáveis, na concepção do autor, no sistema jurídico brasileiro[9]. De fato, o nascimento da prole pode gerar danos para os pais que não tiveram tempo de planejar financeiramente o advento do novo ser e alguns exemplos podem ser citados como os ligados ao parto, exames pré-natais e gastos com cuidados com o filho. Esse último ponto parece ser a parte mais complexa de ser quantificada, visto que a prole poderá depender dos genitores por muitos anos[10].

Para se falar de responsabilização civil do profissional ou fornecedor de produtos ou serviços que na falta de adequação desses itens gerou gravidez indevida, é necessário tratar acerca dos pressupostos do dever de reparar.

A análise tem início na aferição da conduta do agente no momento da produção, distribuição e (ou) comercialização do produto ou no qual o serviço é efetuado. Em síntese há de se aferir se o produto ou o serviço foram inseridos, de algum modo, no mercado de consumo, impulsionados pela conduta do fornecedor? A seu turno o nexo causal há de ser perseguido. Ele se mostra presente na ligação entre o consumo do serviço ou do produto que deveria, em tese, evitar a gravidez e sua materialização que poderá

[9] SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur (Coord.). XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF. Rio de Janeiro: Funjab, 2012. p. 2.

[10] SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur (Coord.). XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF. Rio de Janeiro: Funjab, 2012. p. 14.

culminar (ou não) no nascimento daquele ser não planejado. Há de perquirir, ainda, o dano, consequência gerada pelo consumo do produto ou serviço inserto no Mercado pelo fornecedor. O dano havido da falha contraceptiva que permitiu que consumidora engravidasse[11].

O prisma consumerista de análise exige o defeito como causa do dano e nesta linha Claudia Lima Marques aponta que os acidentes de consumo são ocasionados por produtos ou serviços que falham ocasionado lesões de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. A reparação das referidas lesões exige a prova do dano e do nexo de causalidade. Lembra ainda a referida professora que a reparação é possível se comprovada a violação do dever de segurança imposto a todos os fornecedores[12].

Outra possibilidade dentro do direito do consumidor liga-se à falha na disponibilização da informação por parte dos fornecedores que ofertam tais serviços e produtos no mercado de consumo. A informação falha ou defeituosa é capaz de gerar o dever de reparar[13].

Além dos antecipados danos materiais advindos do nascimento da criança não planejada, a sobrecarga emocional – principalmente para a mãe que está a gerar a prole – é capaz de causar danos percebidos na violação de direitos da personalidade, direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Exemplo disso são os direitos reprodutivos negativos, o direito a não engravidar, objetivo inicial na utilização do método contraceptivo. A escolha do momento de engravidar e, até mesmo, dos filhos que deseja(m) ter[14].

E pode-se antever, ainda, em alguns casos, a violação do projeto de vida. Em regra, todos os seres humanos terão um a partir de certa idade. A ideia está atada às realizações que a pessoa pretende ter e os passos necessários para que elas ganhem concretude. Projetos suspensos ou impossibilitados, como explica Carlos Fernández Sessarego[15], pelo nascimento daquele ser não planejado. Danos que precisam ser reparados tendo vista a impossibilidade de desfazê-los ou reconstruir, em algumas situações, o outrora imaginado projeto de vida violado.

7 A PROVISORIEDADE DE UMA CONCLUSÃO

Este pequeno opúsculo propôs-se a comunicar os leitores a existência e os caminhos antevistos enquanto passos preparatórios – e imprescindíveis – para a materialização de um trabalho de investigação cientifica na modalidade iniciação científica. Talvez a sua principal motivação – não mais oculta a partir da fusão das palavras adiante grafadas – consista na esperança de que outros pesquisadores se inspirem neste singelo relato e passem a pensar para além do que aqui foi descrito, colaborando, assim, para o desenvolvimento de um tema tão relevante, quanto carente de autores que discorram, como seriedade, sobre suas premissas e consequências.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. Apuntes sobre el daño contractual. *RDE,* n. 41. p. 20-42. nov./dez. 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*: a luz da jurisprudência do STJ. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CARRILLO, Paul Hinojosa. El daño a la persona. *VLEX* 131230. 2015.

[11] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

[12] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

[13] BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*: a luz da jurisprudência do STJ. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 55.

[14] HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o consequente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 253-296, jul./set. 2017. p. 8.

[15] SESSAREGO, Carlos Fernández. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017. p. 7.

FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre os direitos da personalidade e o direito à vida digna (direito a não nascer e a nascer saudável). *Revista Fórum de Direito Civil*. v. 3. n. 7. p. 71-100. set./dez. 2014.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná.

FROTA, Pablo Malheiros; COSTA, José Pedro Brito da. Fatores fático-jurídicos obstativos da causalidade jurídica: as interrupções e a inexistência do nexo causal na responsabilidade civil e consumerista – fato da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e de força maior. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 5, n. 1. p. 177-203, maio 2017.

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto. MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 6, n. 1, maio 2018.

GONZÁLES, Clara Asua. Responsabilidad civil derivada del uso de tecnicas de reproducción asistida. *VLEX* 376290. p. 103-120. 2015.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o consequente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 253-296, jul./set. 2017.

MENDES, Fábio Ribeiro. *Iniciação científica para jovens pesquisadores*. Porto Alegre: Autonomia, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

NARDELLI, Eduardo Felipe. SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e a vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva.* v. 2. n. 2. p. 147-167. jul./dez. 2016.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2014.

SESSAREGO, Carlos Fernández. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Revista Eletrônica Direito e Sociedade.* v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur (Coord.). XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF. Rio de Janeiro: Funjab, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista da AJURIS,* n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

TAN, Shaun Elijah. The right approach to wrongful conception. *Oxford University Undergraduate Law Journal.* n. 4, p. 28-36. 2014-2015.

A INSERÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS DA ERA DA SOCIEDADE DE RISCO: A NECESSÁRIA DIFUSÃO DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR

Raquel Von Hohendorff[1]
Daniele Weber Leal[2]

1 INTRODUÇÃO

As nanotecnologias representam um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças ao desenvolvimento de equipamentos especiais[3], que conseguem acessar as propriedades especiais da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas[4], isto é, um nanômetro corresponde à bilionésima parte de um metro ou à notação científica de 10^{-9}. A expressão *nanotecnologia* deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, as variadas tecnologias que viabilizam a operação em escala nano trazem consigo muitas incertezas, especialmente concernentes à possibilidade de riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente.[5] Observando-se as características da Quarta Revolução Industrial, percebe-se que seus impactos terão reflexos nas inter-relações entre o homem e a tecnologia (os impactos em relação ao indivíduo, ao poder, a política e a economia e os reflexos sobre a cultura, sociedade e o meio ambiente)[6].

A nanotecnologia exibe um alto grau de interdisciplinaridade.[7] Biólogos, químicos, físicos, médicos e engenheiros contribuem com suas experiências e ideias para gerar aplicações e produtos inovadores para a sociedade. Isso requer uma colaboração intensiva baseada na divisão do trabalho e um alto nível de compreensão de outras disciplinas[8], onde se situa o Direito e outras Ciências Sociais Aplicadas e também as

---

[1] Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS; Integrante do Grupo Pesquisa JusNano. Advogada; Email: vetraq@gmail.com.

[2] Mestra e Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS; Integrante do Grupo Pesquisa JusNano; Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Advogada; Email: weber.daniele@yahoo.com.br.

[3] Como microscópios de varredura eletrônica e outros "nanoscópios", que tem condições de permitir que se visualize a escala nanométrica, que está na escala atômica.

[4] "Los nanomateriales no son nuevos, y no todos son sintéticos: están presentes en la naturaleza y están en todas partes. Lo que sí resulta novedoso es nuestra capacidad para manipular esos materiales comunes con un objetivo funcional. En el mundo natural, los nanomateriales aparecen en el esqueleto del plancton marino y los corales; en el pico y las plumas de las aves; en el pelo y la matriz ósea de los animales, incluida la especie humana; en las telas de araña; en las escamas y las alas; e incluso en el papel, la seda y el algodón. También existen en la naturaleza nanomateriales inorgánicos como ciertas arcillas, las cenizas volcánicas, el hollín, el polvo interestelar y determinados minerales. Los nanomateriales naturales son fundamentalmente el resultado de una serie de procesos químicos, fotoquímicos, mecánicos, térmicos y biológicos." (PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. **Fronteras2017. Nuevos temas de interés ambiental**. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 2017, p. 24).

[5] DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. **Nanotecnologia**: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. Artliber, São Paulo, 2006.

[6] ENGELMANN, W. "O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica". STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica -** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 13, 2017, p. 247-259, p. 248.

[7] "There is a new understanding in this era often defined as late modernity where the relationships and boundaries between humanity, technology, and nature have been called into question, on a scale as never before in history. The multidisciplinary nature of nanotechnology and the implications of this much-talked-about technology for the materials and environmental sciences as well as the information technology (IT) and health sectors are now rapidly unfolding." (MURPHY, P. *et al*. "Nanotechnology, Society, and Environment". **Materials Science and Materials Engineering**, Elsevier, 2017).

[8] GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020**: an inter-departmental strategy of the Federal Government. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: <https://www.bmbf. de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

denominadas Ciências Humanas.

Para que se possa compreender as implicações, efeitos e possibilidades que as nanotecnologias poderão trazer, será necessário desenvolver o "pensamento sistêmico", ou seja, integrar e promover a comunicação entre diversas áreas do conhecimento, muitas delas ainda hoje desconectadas, especialmente por meio da interdisciplinaridade, o que revela um modo de trabalho, buscando as bases para a integração do Direito nas pesquisas e avanços da nano escala que estão sendo desenvolvidas pelas chamadas áreas exatas.

Assim, cabe a pergunta: até onde o consumidor sabe o que está comprando e consumindo? Saberia ele que além dos possíveis benefícios dos produtos com nanotecnologia, podem existir efeitos adversos?

Desta forma, mais do necessário e imprescindível se torna o questionamento acerca do direito à informação adequada ao nanoconsumidor, prevalecendo os ditames legais previstos tanto no Código do Consumidor quanto na Constituição Federal.

2 DESVELANDO A ERA NANOTECNOLÓGICA: CONHECE O CONSUMIDOR OS DOIS LADOS? DOS BENEFÍCIOS AO POTENCIAL DANO

A nanotecnologia pode ser definida como a ciência da manipulação de matéria na escala nanométrica, a fim de descobrir novas propriedades e assim produzir novos produtos. Nos últimos 30 anos, uma quantidade considerável de interesse científico e financiamento de pesquisa e desenvolvimento dedicado à nanotecnologia levou a desenvolvimentos rápidos em todas as áreas de ciência e engenharia, incluindo química, materiais, energia, medicina, biotecnologia, agricultura, alimentos, dispositivos eletrônicos e produtos de consumo. Somente nos EUA, o governo federal gastou mais de US $ 22 bilhões em pesquisa em nanotecnologia desde 2001.[9]

A Organisation for Economic Co-Operation and Development (OCDE) define a nanotecnologia como um "[...] conjunto de tecnologias que permitem a manipulação, estudo ou exploração de estruturas e sistemas muito pequenos (geralmente menos de 100 nanômetros)".[10]

O vasto potencial das nanotecnologias é evidente desde o papel fundamental desempenhado por suas diversas aplicações tanto que as nanotecnologias já foram indicadas como a solução para 5 dos 8 Objetivos do Milênio das Nações Unidas para combater a pobreza. Entre estas soluções estão os nanossensores e nanocomponentes para melhorar o fornecimento de água e fertilizantes às plantas, de modo a reduzir a pobreza e a fome no mundo.[11]

Os avanços nas áreas de nanociência e nanotecnologia resultaram em inúmeras possibilidades para aplicações de produtos de consumo, muitas dos quais já migraram de bancos de laboratório para prateleiras de lojas e sites de comércio eletrônico. Os nanomateriais foram cada vez mais incorporados aos produtos de consumo, embora a pesquisa ainda esteja em andamento sobre seus potenciais efeitos no meio ambiente e na saúde humana.[12]

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro *Horizonte 2020*da União Europeia[13], estabelecendo expressamente:

[9] CHENG, Huai. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology**: delivering on the promise. Washington: American Chemical Society, 2016a. v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

[10] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Working Party on Nanotechnology (WPN)**: vision statement. Paris, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/ sti/nano/ oecdworkingpartyonnanotechnologywpnvisionstatement.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[11] SALAMANCA-BUENTELLO, F. et al. Nanotechnology and the Developing World. **PLoS Medicine**, San Francisco, v. 2, n. 5, e97, May 2005. Disponível em: <http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10. 1371/journal.pmed.0020097>. Acesso em: 17 fev. 2018.

[12] VANCE, Marina E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory. **Beilstein Journal of Nanotechnol**, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponívelem: <http://www.beilstein-journals.org/ bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

[13] UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **HORIZON 2020**: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU. Bruxelas, 2014. p. 9-10. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/ horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_

> As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa.

Para documentar a penetração da nanotecnologia no mercado de consumo, o *Centro Internacional Woodrow Wilson para Estudantes* e o *Projeto sobre Nanotecnologia Emergente* criaram o Inventário de Produto Consumidor de Nanotecnologia (CPI) em 2005, listando 54 produtos.[14]

Este inventário de primeira classe tornou-se um dos recursos mais citados, mostrando as aplicações generalizadas da nanotecnologia em produtos de consumo. Em 2010, o CPI listou 1012 produtos de 409 empresas em 24 países.[15]

Em 2012, o Conselho Dinamarquês do Consumidor e Conselho Ecológico juntamente com o Departamento de Engenharia Ambiental da Universidade Técnica da Dinamarca lançaram *The Nanodatabase*, um inventário de produtos disponíveis para compra que mencionam conter nanomateriais e estão disponíveis no mercado consumidor europeu.[16]Este inventário foi atualizado continuamente e possuía 1423 produtos em outubro de 2013. Em 2015 listava1814 produtos de consumo de 622 empresas em 32 países. A categoria Saúde e Fitness englobava a maioria dos produtos (762 ou 42% do total). A prata era o nanomaterial mais utilizado (435 produtos, ou 24%); no entanto, 49% dos produtos (889) incluídos na database não fornecem a composição do nanomaterial utilizado neles.[17]

Já os dados da *Nanotechnology Products Database*(NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia, criada em janeiro de 2016, com o objetivo de ser uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos disponíveis ao consumidor indicam na data de hoje (da última pesquisa da base – em 09.05.2018) a existência de 8112 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1881 companhias, de 56 diferentes países.[18] A NPD tem acesso aberto, com a missão primária de reunir, analisar e publicar informações sobre os produtos da nanotecnologia introduzidas nos mercados globais.

Um ponto importante sobre o tema se refere aos contornos conceituais de "nanotecnologia", e "nanomaterial". Não se encontra uniformidade na definição destes dois termos na literatura[19]. Há quem defenda, como Maynard, que não se deveria trabalhar com definições, pois "baseando as regulações sobre um termo sem justificação científica vai fazer mais mal do que bem".[20]

Para este trabalho se adota o conceito editado por *The International Standardization Organization* (ISO), por meio do seu *Technical Committee* 229: nanotecnologias são a "compreensão e controle de matéria e processos em nanoescala se situam, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros em uma ou mais dimensões, em que o aparecimento dos fenômenos dependentes de tamanho geralmente permite novas aplicações". A esta característica se acrescenta, ainda: "utilizando as propriedades de materiais

---

PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

[14] THE PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES. **Consumer products inventory**. Washington, 2017.Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/cpi/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

[15] THE PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES. **Consumer products inventory**. Washington, 2017.Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/cpi/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

[16] DANISH CONSUMER COUNCIL. **The Nanodatabase**. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://nanodb.dk>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[17] VANCE, Marina E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory. **Beilstein Journal of Nanotechnol**, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponível em: <http://www.beilstein-journals.org/bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

[18] INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2018. Disponível em: <http://product. statnano.com/>. Acesso em: 09 abr. 2018.

[19] STONE, V. et al. **Research priorities relevant to development or updating of nano-relevant regulations and guidelines**. Disponível em: <http://www.safenano.org/news/news-articles/eu-nanosafety-cluster-publishes-research-regulatory-roadmap/>. Acesso em 14 fev. 2018.

[20] Maynard, A. D. "Don't define nanomaterials". **Nature,** 475, p. 31, 2011. <http://www.nature.com/nature/journal/v475/n7354/full/475031a.html> Acesso em 14 fev. 2018.

de nanoescala que diferem das propriedades de átomos, moléculas e matéria em massa individuais, para criar materiais, dispositivos e sistemas aprimorados que exploram essas novas propriedades".[21]A primeira característica se refere ao tamanho da partícula e isso poderá gerar os riscos[22], considerando as mudanças físico-químicas que são geradas nesta escala de tamanho. Neste cenário, numa publicação da Nature Nanotechnology, se pode ler: "[…]Mas, apesar desses avanços fundamentais, a nanotecnologia é confrontada com um estrangulamento crítico. Ainda estamos lutando para traduzir os avanços fundamentais relatados na literatura científica em aplicações tecnológicas tangíveis que podem ser apreciadas ao nível do leigo."

Verifica-se uma duplicação do problema: "Primeiro, as propriedades da matéria mudam quando ampliadas, assim como elas mudam quando reduzidas para a nanoescala; em particular, o nível de controle que pode ser exercido na nanoescala ou no nível de objeto único tende a diminuir no mesmo e nas macro escalas ou ao lidar com uma grande quantidade de objetos. E em segundo lugar, a indústria está relutante em investir dinheiro no desenvolvimento de novos processos de grande escala para a fabricação de nanomateriais, a menos que seja garantido um retorno lucrativo considerável".[23,24] Essa também é uma preocupação de Warheit: a avaliação dos riscos ambientais e sanitários dos nanomateriais é um trabalho difícil que envolve conhecimento multidisciplinar e requer visões globais. Portanto, argumentos sobre e até mesmo mal-entendidos de nanotoxicidade são comuns. O futuro *design* de nanomateriais ambientalmente amigáveis e biocompatíveis deve receber muita atenção.[25]Aí se abre um espaço de consequências ainda pouco conhecidas.

É nesta senda que se introduz o debate: até que ponto o consumidor está à par da ambiguidade das nanos? Teria ele o conhecimento tanto dos possíveis benefícios quanto do (potencial) dano (futuro?). Assim, é papel da academia e do Direito fomentar a informação adequada ao nanoconsumidor, de modo que faça prevalecer o respeito ao Direito à Informação, previstos tanto no Código do Consumidor quanto na Constituição Federal.

---

[21] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229**: nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_ development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[22] Quando se fala em riscos, já se encontram pesquisas sinalizando a sua ocorrência. A OECD, por exemplo, publicou um material que alerta: A presença de nanomateriais em forma seca ou em pó e na compostagem do lodo de águas residuais que é muitas vezes disseminada em terras agrícolas como fertilizante, representa uma preocupação particular. Na França, a metade nacional do lodo de águas residuais é utilizada para a fertilização agrícola. A transformação potencial de nanomateriais artificiais no solo, suas interações com plantas e bactérias e sua transferência para as águas superficiais nunca foi estudada em profundidade. (OECD. **Observer,** abril de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/oecdobserver_306_q2_2016_lowres/1?e=3055080/38458478>. Acesso em 12 fev. 2018, p. 9 e 10). Existe uma especial preocupação com o nano lixo, ou seja, o descarte de lixo com nanopartículas. Sobre isso, a OECD também já tem publicações, como por exemplo: OECD. **Nanomaterials in Waste Streams:** current knowledge on risks and impacts. OECD Publishing, Paris, 2016. Sociologicamente a distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza em relação a danos futuros. O potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, falamos de perigo.Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro. Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo). (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 67). No cenário ambiental se entende que o perigo remete a características intrínsecas do produto ou do processo; já o risco supõe o grau de exposição a tal perigo (FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. "La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE: A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE". **Vigil. Sanit. Debate,** 2016, 4, 2, p. 8-20. Disponível em: <http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>. Acesso em 14 fev. 2018.

[23]A MATTER ofscale. **Nature Nanotechnology**, 11, 9, 2016. Disponível em: <http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.180.html>. Acesso em 15 fev. 2018.

[24] Aqui nesta parte destacada, que não está no original, se encontra uma chave para o desenvolvimento dos demais capítulos deste trabalho final de investigação, a saber: a importância e necessidade de se criar mecanismos jurídicos, onde as organizações – laboratórios e indústrias – sejam obrigadas a manejar as características estruturantes da Responsible Researchand Innovation(RRI). Este é um dos objetivos deste trabalho, considerando que a operação da pesquisa e da inovação deverá ter como guia algo além da questão financeira – e do lucro –, devendo satisfazer aos Direitos Humanos.

[25] WARHEIT, D. B. "Debunking some misconceptions about Nanotoxicology". **Nano Letters**, 10, 12, p. 4777-4782, 2010.

3 DOS MARAVILHOSOS BENEFÍCIOS AO (POTENCIAL) DANO DAS NANOTECNOLOGIAS: O DEVER DE INFORMAR

A quantidade de nanoprodutos aumenta rapidamente, e paralelo a esse desenvolvimento crescem as preocupações sobre os danos que as nanotecnologias poderão provocar, especialmente em relação aos trabalhadores, em virtude de sua exposição, devendo trazer-se o foco para a relação com o meio ambiente, saúde e segurança[26]. É desta forma que nos deparamos com o risco, o qual demanda por óbvio uma conduta precaucional – o que reforça a necessidade de respeitar o Direito à Informação - quando nos referimos às nanotecnologias, cada vez mais inseridas no nosso dia-a-dia. Nesta senda, ensina Wittmann[27]:

> No que tange às consequências das nanotecnologias há de se considerar que os riscos são diversos, seja pelo impacto negativo ou sobre os logros positivos para a natureza e sociedade e, nesse contexto, 'na sociedade complexa o risco torna-se um elemento decisivo'. Há neste debate entre nanotecnologias, inovação tecnológica, sociedade de risco, equidade intergeracional e a sociedade uma complexidade sistêmica inédita que, todavia, ingressa no ambiente jurídico por meio da compreensão dos riscos que envolvem e ameaçam o direito à sustentabilidade.

Conforme leciona Engelmann[28], a respeito das nanotecnologias, o *chamado futuro já começou*, pois elas estão em processos de instalação constante e crescente, e apesar de desconhecer a maioria dos riscos que este conjunto de novidades está carregando consigo, a melhor opção não é ser contra e nem promover o movimento da moratória:

> O engajamento público se vislumbra como um caminho adequado, no sentido de se acompanhar democraticamente a avaliação dos impactos sociais, ambientais e jurídicos das novas nanotecnologias. Será preciso acompanhar e buscar a observância do princípio da precaução, buscando a minoração dos efeitos negativos que inevitavelmente acompanham qualquer novidade[29].

Consequência disto, urge que seja reforçada a difusão do maior conhecimento possível quanto a esta nova tecnologia, elaborando o alerta ao nanoconsumidor, que deverá ser orientado e informado sobre a totalidade das particularidades das nanos, que vão deste a incrível potencialização dos benefícios delas, quanto da possibilidade de ocorrência de danos (futuros) ao meio ambiente e geração atual (e futuras).

Encontram-se alguns estudos bem recentes que causam atenção na comunidade científica, de uma maneira positiva. Verifica-se na indústria têxtil grande benefício, adotada no ambiente hospitalar, a utilização da nanopartículas de prata-nAg[30] (que possui alto efeito antibacteriano). Estudos demonstraram na avaliação do ciclo de vida que a fase de lavagem - em razão das águas residuais - teria o maior impacto

[26] ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando "riscos" com o "direito à informação" por meio do alargamento da noção de "suporte fático". In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011b.

[27] WITTMANN, Cristian Ricardo. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do estado para o além dele. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologia**s. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 91.

[28] ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015.

[29] ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015. p. 107.

[30] "Impacto nano: a prata em nanoescala é o nanomaterial mais comum incorporado em produtos de consumo, devido à sua natureza antimicrobiana. Este benefício antimicrobiano relevante em relação aos têxteis em ambientes médicos, onde há um debate atual quanto ao uso de lençóis descartáveis versus reutilizáveis para prevenção na transmissão de doenças. Neste estudo, uma avaliação do ciclo de vida de um tratamento comercial de nanosilver é comparada no contexto de uma configuração hospitalar para uso em vestidos reutilizáveis em comparação com vestidos descartáveis. Este estudo é valioso no que diz respeito à compreensão das potenciais vantagens ambientais da aplicação de nanosilver em um ambiente de saúde". (tradução nossa). HICKS, A. L. et al. Environmental impacts of reusable nanoscale silver-coated hospital gowns compared to single-use, disposable gowns. **Environmental Science**: nano, London, n. 5, p. 1124, 2016. Disponível em: <http://pubs.rsc.org/en/content/articlepdf/2016/en/c6en00168h?page=search>. Acesso em: 03 abr. 2018..

ambiental durante a vida útil de uma peça de vestuário. Assim, um dos supostos benefícios de têxteis habilitados para nAg incluem lavagem menos frequente, uma vez que os efeitos antimicrobianos persistem por tempo, potencialmente resultando em uma redução no impacto ambiental geral[31].

Mais recentemente, a nanotecnologia foi utilizada para analisar através do hálito, a detecção de câncer e outras 16 doenças[32], conforme matéria do portal do Laboratório de Química do Estado Sólido (LQES):

> Os pesquisadores desenvolveram um dispositivo que utiliza nanopartículas para identificar 17 diferentes doenças, incluindo o câncer de pulmão e mal de Parkinson. Para isto basta você apenas soprar dentro do aparelho que analisa o ar com uma taxa de sucesso de 86%. O dispositivo pode, assim, permitir o acompanhamento regular da população e incentivá-la a realizar outros testes em caso de detecção positiva de uma das doenças abrangidas pelo aparelho. O dispositivo é interessante, pois não só é compacto, como também, usa um método de rastreamento não-invasivo permitindo, assim, promover a prevenção. O aparelho é capaz de localizar na respiração 13 moléculas encontradas em 8 tipos de câncer, doença de Crohn, doença de Parkinson, hipertensão pulmonar e outras doenças. Cada uma destas moléculas orgânicas voláteis está presente em quantidades variáveis no ar de exaustão, criando, assim, um tipo de assinatura, um ID de doença.

No mesmo sentido, relativo à medicina e combate a doenças, verificou-se em pesquisa utilizando-se de nanopartículas, que seria viável elaborar vacinas em temperatura ambiente, de maneira mais rápida. Os mesmos testes estão sendo realizados com a vacina para *Chikungunya*, dada a particularidade do surto atualmente presenciado[33]:

> Pesquisadores de nanotecnologia do Laboratório de Nanomateriais Supramoleculares e Interfaces Supramoleculares da EPFL (SUNMIL), em colaboração com cientistas de Milão, Turim, Leiden e Oregon, desenvolveram três aditivos de vacina simples e baratos para contornar esse obstáculo. Usando pequenas quantidades de nanopartículas, ou polímero aprovado pela FDA (polietilenoglicol), ou maiores quantidades de sacarose, eles foram capazes de estabilizar as vacinas à temperatura ambiente durante várias semanas ou, em alguns casos, meses [...]. Usando esses resultados, os pesquisadores aplicaram seus métodos a uma vacina que está atualmente em desenvolvimento. Eles foram capazes de estabilizar uma vacina contra Chikungunya, um vírus tropical, durante 10 dias, e, em seguida, inoculados com sucesso ratos com ele. 'O próximo passo será executar testes mais extensos sobre vacinas específicas, possivelmente combinando as três abordagens diferentes'. (tradução nossa)[34].

Importante ressaltar que a promessa nanotecnológica vem interagindo com a poluição. Sendo este um dos maiores problemas da atualidade, as partículas engenheiradas em escala nano vêm dando sua contribuição para o combate da poluição ambiental, como possível descontaminante do solo, tornando o ar mais limpo e ainda purificar a água. Contudo, ao passo que se apresenta como potencial remediador ambiental, apresenta-se o alerta para a dúvida se estes mesmos materiais não poderiam estar degradando o meio ambiente, sendo devido o monitoramento[35].

---

[31] HICKS, A. L. et al. Environmental impacts of reusable nanoscale silver-coated hospital gowns compared to single-use, disposable gowns. **Environmental Science**: nano, London, n. 5, 2016. Disponível em: <http://pubs.rsc.org/en/content/articlepdf/2016/en/c6en00168h?page=search>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[32] NANOTECNOLOGIA: análise do hálito para detectar câncer e outras 16 doenças. **LQES - Laboratório de Química do Estado Sólido**, Campinas, 2017. Disponível em: <http://www.lqes.iqm.unicamp. br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2017/lqes_news_novidades_2187.html>. Acesso em: 18 jul. 2017. Nota do Scientific Editor - O trabalho que deu origem a esta notícia de título: "Diagnosis and Classification of 17 Diseases from 1404 Subjects via Pattern Analysis of Exhaled Molecules", de autoria de Hossam Haick et al., foi publicado, online, no periódico ACS Nano. Texto postado no hiperlink Novidades em C&T&I e do LQES: 2017.

[33] ECOLE POLYTECHNIQUE FÉDÉRALE DE LAUSANNE. A nanotechnology method for storing vaccines at room temperature. **LQES - Laboratório de Química do Estado Sólido**, Campinas, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_ news_2016/lqes_news_novidades_2174.html>. Acesso em: 13 ago. 2017. Texto postado no hiperlink Novidades em C&T&I e do LQES: 2016.

[34] ECOLE POLYTECHNIQUE FÉDÉRALE DE LAUSANNE. A nanotechnology method for storing vaccines at room temperature. **LQES - Laboratório de Química do Estado Sólido**, Campinas, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/ lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2174.html>. Acesso em: 13 ago. 2017. Texto postado no hiperlink Novidades em C&T&I e do LQES: 2016.

[35] DAS, S.; SEN, B.; DEBNATH, N. Recent trends in nanomaterials applications in environmental monitoring and remediation.

Portanto, o potencial evolutivo dos novos produtos e eficiência na sua finalidade estão presentes nas nanotecnologias, e justamente este é o aspecto mais divulgado pelas empresas. Entretanto, urge que se difunda a outra faceta (que conduz à incerteza) das nanos, o possível dano (futuro) à vida humana e meio ambiente. Este é o viés mais importante para um consumo consciente e responsável pelo consumidor, que poderá optar de forma clara se utilizará o produto, mesmo tomando conhecimento das possibilidades não tão "espetaculares" desta nova tecnologia.

Algumas das características que são úteis no desenvolvimento de produtos novos e melhorados também causam preocupação. Alguns nanomateriais são tipos inteiramente novos de materiais, que podem ter novos e inesperados efeitos sobre os organismos vivos. O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente[36].

Discorrem Baruah e Dutta[37] sobre o risco e formas de entrada de nanopartículas no corpo humano:

> Os materiais em nanoescala estão no mesmo tamanho que o DNA, o Bloco básico de construção de espécimes biológicas, e tem a possibilidade de reagir com espécimes biológicos, ao contrário de maiores partículas. O amplo espectro de aplicações potenciais de nanopartículas levanta questões sobre a segurança de seu uso e efeitos adversos em espécies não visadas. Tanto os expoentes como os críticos da nanotecnologia estão achando extremamente difícil de defender suas crenças, pois há informações limitadas disponíveis para apoiar qualquer lado. Foi mostrado que os nanomateriais podem entrar no corpo humano através várias portas. Contato involuntário durante a produção ou uso é mais provável que aconteça através dos pulmões de onde uma translocação rápida através da corrente sanguínea é possível a outros órgãos vitais. Em nível celular, a capacidade das nanopartículas para atuar como um vetor de genes foi demonstrado. As nanopartículas de carbono negro foram observadas para interferir com sinalização celular. (tradução nossa).

A dúvida e incerteza científica quanto aos impactos das nanos no meio ambiente é latente, principalmente no solo, conforme Dimpka interroga: "A nanotecnologia pode oferecer os benefícios prometidos sem impactar negativamente a vida microbiana do solo?"(tradução nossa)[38]. Dimkpa[39] afirma que os benefícios prometidos nas nanotecnologias, podem vir acompanhados de riscos para o meio ambiente: plantas não-alvo, micróbios de solo de planta-benéficas e outras formas de vida poderiam ser impactadas se nanopartículas (nanomateriais) contaminassem o meio ambiente.

Dando ênfase à poluição, se encontram as pesquisas de Gatti e Montanari[40], mostrando diversas doenças que podem ser geradas pelas partículas em escala nano, a maioria delas presentes na poluição do ar, por exemplo.

Com a preocupação sobre o nano lixo ou o *nanowaste*, consequência do crescimento do consumo de nanoprodutos, apresenta o Jornal *The Guardian* o questionamento: *Nano: uma Opção Mais Limpa?*

Environmental Science And Pollution Research International, Landsberg, v. 22, n. 23, Dec. 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/ 26490920>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[36] CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish iniciative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/ 2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>. Acesso em: 08 abr.2018.

[37] BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[38] DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?.**Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[39] DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?.**Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, Sept. 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[40] GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. **Case studies in nanotoxicology and particle toxicology**. London: Elsevier, 2015.

A Nanotecnologia Poderia Arrumar o Planeta sem Deixar Resíduos Perigosos? (tradução nossa). Para tais dúvidas não se vislumbram ainda respostas com certeza científica, mas pelo que se analisa dos estudos até agora apresentados, o *nanowaste*, ou resíduos nanotecnológicos, podem trazer mais riscos que os resíduos em escala macro[41].

Apresentada as nanos em uma completude maior de informação, trazendo à tona tanto o potencial benefício quanto os possíveis danos, demonstra-se necessário que o Direito à Informação seja respeitado, e igualmente fomentado nesta conjuntura de risco onde se inserem estas novas questões.

4 DA IMPORTÂNCIA DO RESPEITO DO DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA NANOTECNOLÓGICA: DO ALCANCE AO CONSUMIDOR

Que as nanotecnologias estão inseridas no cotidiano humano e cada vez mais presente e diversos produto, não há dúvida. O que traz maior preocupação é justamente a difusão de conhecimento sobre as nanos em sua completude de particularidades, em especial o que tange ao risco.

A alteração das propriedades físico-químicas e estruturais das nanopartículas com uma diminuição do tamanho poderá ser responsável por uma série de interações materiais que podem levar a efeitos toxicológicos. Aí o cenário para a nanotoxicologia. Esses fenômenos deverão ser comunicados aos consumidores. Como fazê-lo? Como transformar a linguagem técnica em comunicação compreensível? Existe alguma preocupação ética no desenvolvimento das pesquisas pelas Ciências Exatas? São questões que não estão sendo devidamente tratadas pelas organizações que produzem a partir da nano escala e vendem os seus produtos no mercado consumidor. Aqui se tem um cenário para o ingresso do Direito, estruturando de modo compreensível para o consumidor, em geral leigo sobre assuntos sobre nanotoxicologia, uma comunicação que possa representar o direito fundamental à informação.[42]

Quando ausente uma base científica sólida, se exigem do Direito decisões juridicamente vinculativas em condições de grande incerteza, ou seja, decisões de sim ou não sobre atividades, produtos, substâncias ou técnicas, de modo que os juristas devem agir com prudência e um especial bom-senso na aplicação das medidas evitatórias.[43] Não apenas o princípio da precaução deve ser invocado e servir de base na tomada de decisões, mas também o princípio da informação precisa ser mencionado e efetivamente aplicado. É preciso que as informações[44]decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que os atores envolvidos diretamente nasdecisões, bem como a sociedade civil tenham melhores condições de enfrentar os desafios surgidos com esta nova tecnologia.

Um caminho que o Direito pode optar para antever as potencialidades lesivas dos nanoprodutos já

[41] CAVE, Holly. Nano: a cleaner option? Could nanotechnology tidy up the planet without leaving a dangerous residue of its own?.**The Guardian**, London, Oct. 18 2013. Disponível em: <https://www.the guardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em: 05 abr.2018.

[42] Sobre direito à informação e nanotecnologias ver: HOHENDORFF, Raquel von et al. Nanocosméticos e o direito a informação: como e o quê informar ao público consumidor? In: MARIANO, Kátia Lopes (Org.). **Fenômenos sociais e direito**. 1. ed. Ponta Grossa: Atena, 2017, v. 1.

[43] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA**, Coimbra, v. 11, n. 2, 2008. Disponível em: <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/princípio_da_precaução_manual_de_instruções>. Acesso em: 18 fev. 2018.

[44] "Com base na obrigação de participação pública e cooperativa na gestão e produção do conhecimento relevante para a decisão – destacando-se, sobretudo, que a informação necessária e adequada é sempre um resultado de ações coordenadas e originárias de obrigações de investigar compartilhadas entre os vários atores participantes –, o enfoque precaucional apresenta-se como o caminho mais seguro (além de mais ético) para a tomada de decisões sobre os novos riscos que se proliferam nas sociedades contemporâneas.O princípio da precaução também exerce função angular nessa abordagem, na qualidade de instrumento de gestão da informação, especialmente em contextos de crises, porque propõe alternativas conciliatórias e proporciona o desenvolvimento de consensos democráticos a partir de bases de conhecimento precárias, insuficientes ou, até mesmo, inexistentes". MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente:o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 320-321, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo. br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a12.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

é discutido amplamente há alguns anos a nível internacional. Trata-se de investir no Direito à Informação: quem consome os produtos desenvolvidos com nanotecnologia tem o direito de saber das mudanças e dos seus efeitos positivos e negativos, permitindo uma escolha consciente dos produtos que carregam essas novidades. Diversos países, dentro dos quais França, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca, China e Canadá estabeleceram a obrigatoriedade do registro pelas empresas que vendem produtos contendo nanoparticulas, independente de serem por elas produzidos ou importadas[45].

Neste sentido, urge que se faça valer o Princípio da Informação, o que propiciará ao consumidor uma decisão mais consciente e segura quanto a utilização.

O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementaridade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.O "direito de saber", ou o "direito de ser informado", integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. Se os integrantes do Sistema Social tiverem um mínimo de conhecimento sobre o tema das nanotecnologias, irão construir laços mais significativos para o engajamento público. Quem sabe participa. Por isto, quem detém o conhecimento tem o "dever" de partilhá-lo com todos aqueles envolvidos no ciclo de vida que vai desde a matéria-prima até o descarte final de algum objeto que contenha partículas nanoescalares.

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação da nanotecnologia e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento.[46]

Foi levando em consideração a insegurança - principalmente ocupacional - quanto à utilização da nanotecnologia na indústria que a Fundação CERTI, referência nacional e internacional no suporte para a indústria no quesito das tecnologias inovadoras, desenvolveu uma Cartilha de Nanossegurança, que bem define a necessidade de cuidado quando o assunto é nanotecnologia:

> Porém, as pequenas (ou nano!) diferenças em tamanho das partículas, formato, área superficial e/ou outras características, podem modificar drasticamente a funcionalidade, a qualidade, a e ciência e, é certo, a toxicidade do nanomaterial e do produto final para quem o utilizar. A Nanossegurança entra aí!A abordagem que trata essa cartilha tem como base o paradigma Safety by Design (Segurança obtida pelo Projeto). Porém, inclui também aspectos de segurança ocupacional (para os trabalhadores das empresas), tratando da segurança das pessoas em toda a cadeia da produção e do uso dos nanoprodutos[47].

O fato é que diante da ampla presença da nanotecnologia no mercado consumidor e da inexistência de "metodologia criada consensualmente para aferir os efeitos nanotoxicocógicos dos produtos fabricados à base da escala nano"[48], além da "dificuldade de se saber o número de nanopartículas que já foram desenvolvidas pela ação humana"[49], é preciso que se tome uma atitude no sentido da busca do maior cuidado possível

[45] ENGELMANN, Wilson et al (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação.:** Construindo os Elementos e as Condições para Aproximar o Desenvolvimento Tecnocientífico na Escala Nano da Necessidade de Informar o Público Consumidor. 1.ed. Erechim - Rs: Deviant, 2015. p. 87.

[46] ZANIRATO, Silvia Helena. Et. al. **Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y ciências sociales.** Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

[47] FUNDAÇÃO CERTI. **Nanossegurança na Prática**. 2016. Disponível em: <http://insights.certi.org.br/nanosseguranca-na-pratica/>. Acesso em: 05 mai 2018.

[48] ENGELMANN, Wilson et al (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação.:** Construindo os Elementos e as Condições para Aproximar o Desenvolvimento Tecnocientífico na Escala Nano da Necessidade de Informar o Público Consumidor. 1.ed. Erechim - Rs: Deviant, 2015. p. 87.

[49] Ibidem. p. 87.

quanto aos possíveis riscos decorrentes dessas potencialidades lesivas. Para tal, a Nanoaction, projeto da International Center for Technology Assessment, apresenta oito princípios fundamentais que serviriam de base para uma "avaliação e supervisão adequadas e eficazes do campo emergente da nanotecnologia, incluindo aqueles nanomateriais cuja utilização comercial é generalizada", sendo um deles a Informação[50].

Desta maneira, vislumbra-se a aplicabilidade dos princípios elencados no estudo do Nanoaction, o que desta forma reforçaria o movimento de promoção de segurança no desenvolvimento das nanotecnologias, partindo do Princípio da informação ao consumidor.

Uma possível resposta que pode ser traçada no ordenamento jurídico atual, que envolve o Direito à Informação, está efetivado na Constituição Federal do Brasil de 1988 no artigo 5°, inciso XIV, que dispõe da seguinte forma: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Temos constitucionalmente garantida a exigência irrenunciável da comunicação quanto a utilização das nanotecnologias nos produtos cosméticos e as suas potencialidades de risco, devendo ser "reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo"[51]. Nas palavras de Maria Tereza Marques, a informação é um direito/dever fundamental "sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, impede a existência da democracia"[52].

O Direito/Dever à Informação também tem respaldo no Código de Defesa do Consumidor. Levando em conta a grande quantidade de produtos contendo nanotecnologia lançados diariamente ao mercado, o primeiro afetado com possíveis danos que esta novidade pode causar serão os consumidores, leigos no trato com essa tecnologia emergente. Por tal razão, quem consome tais produtos tem o direito de saber dos efeitos e mudanças físico-químicas dessas partículas. Diante de tal realidade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), pode projetar mecanismos que garantam a informação ao consumidor quanto as potencialidades das nanotecnologias. Em primeiro lugar, ao elencar os direitos básicos do consumidor no Artigo 6º, o legislador trouxe a garantia da informação em seus incisos II e III[53].

Outro artigo que garante a informação ao consumidor para que este tenha uma escolha livre e consciente, podendo servir de subsídio para a informação quanto a utilização da nanoescala, é o artigo 31[54]. A partir de tal dispositivo, é dever dos fornecedores informar ao consumidor quanto as características, qualidades, quantidade, composição e demais dados dos produtos lançados ao mercado.

Projeta-se, então, a partir da positivação na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, a necessidade de um forte investimento pelo Estado na informação ao consumidor dessa nova modalidade de produtos. Por outro lado, pouco se tem feito para que ocorram resultados efetivos na obrigatoriedade da informação da utilização de nanomateriais nos produtos.

---

[50] INTERNATIONAL CENTER FOR TECHNOLOGY ASSESSMENT. Princípios para a supervisão de nanotecnologias e nanomateriais. Traduzido por Secretaria Regional Latino-Americana da União Internacional dos Trabalhadores na Alimentação, Agricultura, Hotelaria, Restaurantes, Tabaco e Afins (Rel-UITA). Washington: Nanoaction: International Center for Technology Assessment, jan. 2007. (NanoAction Project). Disponível em: <http://www6.rel-uita.org/nanotecnologia/ Principios_Supervision_NANOTECNOLOGIAS-por.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[52] MARQUES, Maria Tereza. **Direito à informação: direito fundamental: base para democracia.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 28, p. 29-42, abr./jul. 2000, p. 30. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/19916. Acesso em 23 abr. 2018.

[53] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: […]
II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[54] Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

5 CONCLUSÃO

Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles. Neste sentido, o direto do consumidor também sofre impactos, especialmente no tocante ao direito de informação, que permitirá ao consumidor poder realmente fazer uma opção de consumo, e pode-se considerar este direito como uma das faces da dignidade da pessoa humana, direito humano reconhecido como princípio constitucional de maior hierarquia lógico-valorativa no Brasil. Ainda, concomitantemente a este direito surge para o empreendedor o dever de informação.

Verifica-se a necessidade da utilização do princípio da informação para proporcionar ao consumidor a autonomia de escolha dos nanoprodutos, cientificando-os dos riscos que possam ser produzidos pelo consumo destes.

Em 19 de abril de 2018, o Parlamento Europeu (PE) aprovou um regulamento sobre produção orgânica e rotulagem de produtos orgânicos. Nos termos do regulamento, a produção de alimentos orgânicos processados será baseada em vários princípios específicos, incluindo a exclusão de alimentos que contenham ou consistam em nanomateriais artificiais. De acordo com o comunicado de imprensa do Parlamento Europeu de 19 de abril de 2018, uma das características do regulamento é garantir a alta qualidade dos alimentos orgânicos por meio de "verificações rigorosas baseadas em riscos" que ocorrerão ao longo da cadeia de fornecimento. O Conselho da União Europeia deve aprovar formalmente o texto do regulamento antes de sua entrada em vigor, que é prevista para 1º de janeiro de 2021.[55]

Enquanto isso, no Brasil, com o argumento de que os transgênicos são seguros para a saúde humana e que, portanto, um rótulo específico de alerta é desnecessário, a Comissão de Meio Ambiente do Senado aprovou na terça 17 de abril de 2018, o fim da obrigatoriedade do símbolo de transgênico nas embalagens -- aquele famoso T em preto dentro de um triângulo amarelo. O projeto revoga o Decreto 4.680/03, que regulamenta o assunto e afrouxa a legislação, criando exceções para regras que hoje são abrangentes.O Projeto de Lei determina que apenas produtos que apresentam mais de 1% de composição final transgênica deverão ter um alerta explícito na embalagem no formato "**(nome do produto) transgênico**" ou "**contém (nome do ingrediente) transgênico**" em letras minúsculas, detalhadas no rótulo, mas sem apresentar o famoso triângulo amarelo. Na atual legislação, não importa o percentual, qualquer produto que contenha substância transgênica precisa deixar isto claro na embalagem. A análise do projeto será feita agora pela Comissão de Transparência, Fiscalização e Controle (CTFC). [56]

E, assim caminha a humanidade..... o que pensar então quanto aos produtos com nanotecnologia?

REFERÊNCIAS

A MATTER of scale. **Nature Nanotechnology**, 11, 9, 2016. Disponível em: <http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.180.html>. Acesso em 15 fev. 2018.

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA**, Coimbra, v. 11, n. 2, 2008. Disponível em: <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/princípio_da_precaução_manual_de_instruções>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[55] BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. **European Parliament Approves New Law on Organic Production and Labeling of Organic Products. ,**International, Legal/Regulatory Issues,Chicago,Apr.25 2018.Disponível em: <https://nanotech.lawbc.com/2018/04/european-parliament-approves-new-law-on-organic-production-and-labeling-of-organic-products/?utm_source=Bergeson+%26+Campbell%2C+P.C.+-+Nanotechnology+Law+Blog&utm_campaign=b2775cfdde-RSS_EMAIL_CAMPAIGN medium=email&utm_term=0_9a895e87b2-b2775cfdde-72782205>>. Acesso em: 27 abr.2018.

[56] BRAGANÇA, Daniel**. Comissão do Senado aprova fim de símbolo de alerta transgênico.** 17 abr.2018. Disponível em**:** <http://www.oeco.org.br/noticias/comissao-do-senado-aprova-fim-de-simbolo-de-alerta-transgenico/>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. **European Parliament Approves New Law on Organic Production and Labeling of Organic Products. ,**International, Legal/Regulatory Issues,Chicago,Apr.25 2018.Disponível em: <https://nanotech.lawbc.com/2018/04/european-parliament-approves-new-law-on-organic-production-and-labeling-of-organic-products/?utm_source=Bergeson+%26+Campbell%2C+P.C.+-+Nanotechnology+Law+Blog&utm_campaign=b2775cfdde-RSS_EMAIL_CAMPAIGNmedium=email&utm_term=0_9a895e87b2-b2775cfdde-72782205>>. Acesso em: 27 abr.2018.

BRAGANÇA, Daniel**. Comissão do Senado aprova fim de símbolo de alerta transgênico.** 17 abr.2018. Disponível em**:** <http://www.oeco.org.br/noticias/comissao-do-senado-aprova-fim-de-simbolo-de-alerta-transgenico/>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CAVE, Holly. Nano: a cleaner option? Could nanotechnology tidy up the planet without leaving a dangerous residue of its own?.**The Guardian**, London, Oct. 18 2013. Disponível em: <https://www.the guardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em: 05 abr. 2018.

CHENG, Huai. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology: delivering on the promise**. Washington: American Chemical Society, 2016a. v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials: summary of the 4-year Danish iniciative on nanomaterials.** Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/ 2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

DANISH CONSUMER COUNCIL. **The Nanodatabase**. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://nanodb.dk>. Acesso em: 15 fev. 2018.

DAS, S.; SEN, B.; DEBNATH, N. Recent trends in nanomaterials applications in environmental monitoring and remediation. **Environmental Science And Pollution Research International,**Landsberg, v. 22, n. 23, Dec. 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/ 26490920>. Acesso em: 03 mar. 2018.

DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?.**Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>. Acesso em: 03 abr. 2018.

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. **Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação**. Artliber, São Paulo, 2006.

ECOLE POLYTECHNIQUE FÉDÉRALE DE LAUSANNE. **A nanotechnology method for storing vaccines at room temperature**. LQES - Laboratório de Química do Estado Sólido, Campinas, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/ lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2174.html>. Acesso em: 13 ago. 2017. Texto postado no hiperlink Novidades em C&T&I e do LQES: 2016.

ENGELMANN, W. "O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica". STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 13, 2017. 248.

ENGELMANN, Wilson et al (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação.: Construindo os Elementos e as Condições para Aproximar o Desenvolvimento Tecnocientífico na Escala Nano da Necessidade de Informar o Público Consumidor.** 1.ed. Erechim - Rs: Deviant, 2015.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI.** Curitiba: Multideia, 2015.

ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando "riscos" com o "direito à informação" por meio do alargamento da noção de "suporte fático". In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011b.

FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. "La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE: A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE". **Vigil. Sanit. Debate,** 2016, 4, 2, p. 8-20. Disponível em: <http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>. Acesso em 14 fev. 2018.

FUNDAÇÃO CERTI. **Nanossegurança na Prática**. 2016. Disponível em: <http://insights.certi.org.br/nanosseguranca-na-pratica/>. Acesso em: 05 mai 2018.

GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. **Case studies in nanotoxicology and particle toxicology.** London: Elsevier, 2015.

GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020**: an inter-departmental strategy of the Federal Government. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: <https://www.bmbf. de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

HICKS, A. L. et al. Environmental impacts of reusable nanoscale silver-coated hospital gowns compared to single-use, disposable gowns. **Environmental Science: nano**, London, n. 5, 2016. Disponível em: <http://pubs.rsc.org/en/content/articlepdf/2016/en/c6en00168h?page=search>. Acesso em: 03 abr. 2018.

HOHENDORFF, Raquel von et al. Nanocosméticos e o direito a informação: como e o quê informar ao público consumidor? In: MARIANO, Kátia Lopes (Org.). **Fenômenos sociais e direito**. 1. ed. Ponta Grossa: Atena, 2017, v. 1.

INTERNATIONAL CENTER FOR TECHNOLOGY ASSESSMENT. **Princípios para a supervisão de nanotecnologias e nanomateriais.** Traduzido por Secretaria Regional Latino-Americana da União Internacional dos Trabalhadores na Alimentação, Agricultura, Hotelaria, Restaurantes, Tabaco e Afins (Rel-UITA). Washington: Nanoaction: International Center for Technology Assessment, jan. 2007. (NanoAction Project). Disponível em: <http://www6.rel-uita.org/nanotecnologia/ Principios_Supervision_NANOTECNOLOGIAS-por.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database** (NPD). [S.l.], 2018. Disponível em: <http://product.statnano.com/>. Acesso em: 09 abr. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229**: nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_ development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 15 fev. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 67).

MARQUES, Maria Tereza. Direito à informação: direito fundamental: base para democracia. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 28, p. 29-42, abr./jul. 2000, p. 30. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/19916. Acesso em 23 abr. 2018.

MAYNARD, A. D. "Don't define nanomaterials". **Nature**, 475, p. 31, 2011. <http://www.nature.com/nature/journal/v475/n7354/full/475031a.html> Acesso em 14 fev. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente:o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 320-321, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo. br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a12.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MURPHY, P. et al. "**Nanotechnology, Society, and Environment**". Materials Science and Materials Engineering, Elsevier, 2017.

NANOTECNOLOGIA**: análise do hálito para detectar câncer e outras 16 doenças**. LQES - Laboratório de Química do Estado Sólido, Campinas, 2017. Disponível em: <http://www.lqes.iqm.unicamp. br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2017/lqes_news_novidades_2187.html>. Acesso em: 10 abr. 2018.

OECD. **Nanomaterials in Waste Streams: current knowledge on risks and impacts**. OECD Publishing, Paris, 2016.

OECD. **Observer**, abril de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/oecdobserver_306_q2_2016_lowres/1?e=3055080/38458478>. Acesso em 12 fev. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Working Party**

on Nanotechnology (WPN): vision statement. Paris, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/ sti/nano/ oecdworkingpartyonnanotechnologywpnvisionstatement.htm>. Acessoem: 15 fev. 2018.

PNUMA - Programa de lasNaciones Unidas paraEl Medio Ambiente. **Fronteras 2017. Nuevos temas de interés ambiental**. Programa de las Naciones Unidas para elMedio Ambiente, Nairobi, 2017.

SALAMANCA-BUENTELLO, F. et al. Nanotechnology and the Developing World. **PLoS Medicine,** San Francisco, v. 2, n. 5, e97, May 2005. Disponível em: <http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10. 1371/journal.pmed.0020097>. Acesso em: 17 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STONE, V. et al. **Research priorities relevant to development or updating of nano-relevant regulations and guidelines**. Disponível em: <http://www.safenano.org/news/news-articles/eu-nanosafety-cluster-publishes-research-regulatory-roadmap/>. Acesso em 14 fev. 2018.

THE PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES. **Consumer products inventory.**Washington, 2017. Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/cpi/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Comissão Europeia. HORIZON 2020**: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU. Bruxelas, 2014. p. 9-10. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/ horizon2020/sites/ horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

VANCE, Marina E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory. **Beilstein Journal of Nanotechnol**, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponível em: <http://www. beilstein-journals.org/bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

WARHEIT, D. B. "Debunking some misconceptions about Nanotoxicology". **Nano Letters**, 10, 12, p. 4777-4782, 2010.

WITTMANN, Cristian Ricardo. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do estado para o além dele. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias.** Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

ZANIRATO, Silvia Helena. Et. al. **Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales**. Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

TRABALHAR PARA CONSUMIR: A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELO ASSÉDIO DE CONSUMO NA VIDA LABORAL DO INDIVÍDUO

Alexandre Rocha do Carmo[1]

Dennis Verbicaro[2]

RESUMO: O presente artigo buscou delimitar a conexão do assédio de consumo e as relações trabalhistas evidenciando as consequências geradas pela nova prática abusiva projetada no mercado de consumo com reflexos em outras áreas da vivência humana. Dessa maneira, salientou-se o modelo consumista que está sendo seguido pela sociedade e como esse influi através de meios de sedução ou aliciamento de consumidores vulneráveis para as práticas laborais.

Palavras-chave: Assédio de Consumo. Trabalho. Sedução. Labor.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou construir uma análise crítica da relação entre o assédio de consumo e sua influência diante das relações trabalhistas delineando as principais consequências geradas por essa conexão, através do método hipotético-dedutivo pela pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

O cenário atual do mercado de consumo passa por um momento tenebroso ao se relacionar as atividades laborais e a origem do consumo, investigando as consequências geradas pela busca compulsiva dos meios aquisitivos (elevação artificial da remuneração) através do trabalho. Por esse viés, as práticas mercadológicas materializadas pelo assédio de consumo tomam ponto central da discussão, de modo a refletir sobre os efeitos criados para além das relações consumeristas, no caso específico, afetando também a incolumidade do trabalhador, pelas jornadas extraordinárias, adicionais noturnos e etc.

O assédio de consumo corresponde as ações de fornecedores que se beneficiam da vulnerabilidade do consumidor para promover a contratação de determinado serviço ou produto. Nesse sentido, se utilizam de práticas repetitivas que seduzem e aliciam, obscurecendo a razão com o falso desejo de obtenção de determinado objeto. Nesse viés, cabe delimitar as características de tal conduta expondo os direitos básicos do consumidor que ele venha a violar, os quais podem ser a liberdade, boa-fé e a vida.

Essa lógica evidencia que o trabalho excessivo para satisfazer as necessidades artificiais de consumo gera danos físicos, psicológicos e, até mesmo, existenciais quanto aos projetos de vida do sujeito. Por conseguinte, a elevação do consumo de medicamentos para o tratamento de ansiedade, insônia e depressão, bem como o próprio superendividamento são também consequências nefastas desse fenômeno, conforme dados da Organização Mundial da Saúde.

Portanto, o presente trabalho justifica-se pela verificação da existência da conexão latente do mecanismo assédio de consumo e das atividades trabalhistas guiadas pela lógica do consumo imoderado. Logo, o ideal de "qualidade de vida" proposto pelo mercado de consumo pressupõe um modelo de felicidade artificial inalcançável, porquanto pautado em desejos volúveis, necessidades artificiais, decisões irrefletidas, que comprometem não apenas a liberdade da escolha do consumidor, mas os atributos mínimos de sua dignidade.

---

[1] Graduando do 7º Semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Grupo de Pesquisa Consumo e Cidadania.

[2] Doutor em Direito do Consumidor pela *Universidad* de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor (UFPA). Professor da Graduação e Pós-graduação em Direito da UFPA e do CESUPA. *E-mail:* dennis@gavl.com.br.

2 O CENÁRIO DO MERCADO DE CONSUMO

Para se discutir o assédio de consumo é necessário entender o cenário tenebroso, o qual o mercado de consumo passa. Sendo assim, as grandes transformações que moldaram a sociedade pós-moderna seja quanto as tecnologias ou hábitos do próprio ser humano o modelaram para interagir com seus condescendentes e o mercado. Por essa razão, pode-se visualizar um ser preocupado com os ditames da sociedade, em outras palavras, sacrificando a individualidade pelo padrão aceitável que lhe é imposto em busca de se encaixar em determinado grupo ou pelo medo de ser excluído dele.

Esse cenário da busca pela aceitação coletiva é revelado pelo modo como o indivíduo, no contexto de consumidor, interage com a procura por atender os anseios de consumo. Dessa forma, o que se verifica são as mudanças comportamentais do indivíduo que busca não mais atingir necessidades, mas sim prazeres que são resultados da intima ligação entre hedonismo e o consumo, os quais materializam a lógica de que a "felicidade é equiparada ao prazer, e o prazer ao consumo" (VERBICARO; RODRIGUES, 2017, p. 355).

Em paralelo a isso, o indivíduo passa a acreditar na noção da vida efêmera, que consubstanciado pelas seduções mercadológicas a torna verdadeira, por conseguinte criasse a necessidade de aproveitar o hoje se aproximando-se de um carpem diem. Contudo, essa proposição veiculada no âmbito do consumo revela que indivíduo não irá mais se preocupar com o passado ou o futuro, pois

> o foco é o presente, devendo o indivíduo ceder à sedução do consumo como se não houvesse o amanhã, pois a "vida é agora" e não haverá limites para intensidade dos momentos que podem ser proporcionados pelo consumo.(VERBICARO; MOTTA, 2017, p.284)

Nesse viés, os prejuízos que podem e irão ocorrer em determinado momento pouca importa para esse indivíduo que vê na busca da felicidade pelo consumo o seu impulso de vidaPor essa lógica, indivíduo encontra no ato de consumir a fuga para os problemas da vida cotidiana, dessa maneira não se fala mais em atender necessidades básicas ou atingir objetivos de vida, trata-se do consumismo como patologia social.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman (2008) diferencia o consumo e o consumismo, sendo o primeiro fruto da condição humana, logo pertencendo a uma necessidade do ser incorporado ao meio social. Enquanto que o segundo se cristaliza pela conduta de transportar as problemáticas da vivência social para o ato de consumir.

Diante disso, o autor remonta como fatores do consumismo a instabilidade dos desejos e a insaciabilidades das necessidades (BAUMAN, 2008, p,45), pelo primeiro entende-se como a busca de objetivos ou metas que se reformulam antes de serem alcançados ou mesmo no momento de se obter, já se encontram obsoletas.

Enquanto, para as necessidades insaciáveis verificam-se com o desejo infinito de acumular bens que são sempre renovados pelo mercado, logo o estimado sociólogo discorre que as "novas necessidades exigem novas mercadorias que por sua vez exigem novas necessidades e desejos, o advento do consumismo augura uma era de obsolescência embutida dos bens oferecidos no mercado. " (BAUMAN, 2008, p.45)

Por esse entendimento, Barbosa e Campbell (2006) ao tratar de uma das características da natureza do consumo confirmam o entendimento de Bauman sobre o consumismo, ao reforçar que o ato do consumidor querer e desejar impulsiona o mercado, exercitando um desejo continuo por bens e serviços que se movem por estados emocionais de querer, desejar ou ansiar por algo.

Sobre esse cenário, os autores Dennis Verbicaro e Caio Motta (2017) revelam que o capitalismo voraz somado a necessidade de prever os anseios do consumidor propiciam um cenário de concorrência acirrada entre fornecedores fazendo da inovação, ou aparente inovação, o fator condicionante de permanência no mercado. Tal iniciativa teria grande apresso se fosse para melhorar a condição do consumidor e deixar a disposição produtos das mais variadas formas, contudo o que se percebe é uma gama de similitudes entre os bens de diferentes marcas, logo tendo como único fator diferencial o método de publicidade e propaganda remetido, que não raro busca embutir necessidades.

A indústria, como o centro da relação consumidor e bens, ao se deparar com essa situação se locupleta

dessa fragilidade criando produtos ou oferecendo serviços que, à primeira vista, aparentam ser necessários, contudo acabam por salientar falsos desejos. Logo, se utilizam

> cada vez mais, em algo que as destaque, seja pela via dos impactos emocionais e do sensacionalismo, criando grandes espetáculos para a promoção dos seus produtos, como é o caso de grandes eventos para o lançamento de novos modelos de celular, seja por sugerir uma identidade do consumidor com a marca, através de patrocínios de grandes eventos esportivos para uma associação subliminar com a emoção desejada na prática esportiva, fazendo com que, ao comprar o produto, o consumidor esteja também desejando comprar a emoção. (VERBICARO; MOTTA. 2017, p. 286)

Para Gilles Lipovetsky (2007) a busca por um modelo de vida mais fácil, confortável e hedonista proporcionou o incentivo para os consumidores que viram nas diversas ofertas publicitárias os ideais da felicidade privada. Nesse sentido, "viver melhor, gozar os prazeres da vida, não se privar, dispor do "supérfluo" aparecem cada vez mais como comportamentos legítimos, finalidades em si. " (LIPOVETSKY, 2007, p.39).

Tal arquétipo da movimentação do mercado ditando os passos do consumidor viola a ínfima liberdade desse ator social. Dessa maneira, ao criar padrões coletivos se utilizando das mais variadas formas de marketing de massa inventando necessidades pela repetição, o mercado ratifica a ideia da cultura de consumo persistindo nas "economias de prestígio, com bens escassos que demandam investimentos consideráveis de tempo, dinheiro e saber para serem obtidos e manuseados adequadamente. " (FEATHERSTONE, 1995 p. 48).

Destarte, o indivíduo estará diante da classificação pelo consumo de quanto e o que será possível consumir, dessa forma pautando uma lógica perniciosa de medo e perda da individualidade, em detrimento de uma aceitação que agregue um "valor social" como etiquetas em produtos à venda.

3 DELINEANDO O ASSÉDIO DE CONSUMO.

Entendido os contextos do mercado de consumo que produzem efeitos na vivência humana, cabe a análise crítica do surgimento de práticas pautadas no enriquecimento sobre as vulnerabilidades do consumidor. Dessa forma, o assédio de consumo como um fenômeno fruto da massiva propagação dos meios tecnológicos aludi para uma sociedade susceptível a novas formas de condutas abusivas que vilipendiam direitos básicos do consumidor.

Partindo dessa noção de abusividade que permeia a sociedade de consumo, o instituto do assédio de consumo se mostra como modelado pelas vulnerabilidades mercadológicas dos consumidores pós-modernos. Sobre essa nova prática cabe as abordagens feitas pelos exímios estudiosos Marcos Catalan e Yasmin Pitol (2017), os quais verificam tal instituto como sendo a conduta que alicia e seduz o consumidor por meio da repetição, buscando obscurecer a razão para haver a contratação de determinado produto ou serviço.

O termo assédio leva a crer, em um primeiro momento, às práticas violentas que buscam a exclusão, contudo o assédio pelo consumo evidencia a atração do usuário para que adentre ao círculo vicioso e interminável da oferta e compra. Logo, tais práticas se efetivam pelo "encantamento que busca obnubilar a ínfima parcela de razão que orienta a vida de pessoas, inexoravelmente imersas na sociedade de consumo" (CATALAN; PITOL. p. 147, 2017).

Nesse sentido, vive-se em uma realidade

> em que o assédio de consumo "hipnotiza" os homens, deixando-os adormecidos para as relações pessoais autênticas, forjando momentos artificiais de uma felicidade ilusória, pautada na premissa deque o consumo é o termômetro do poder social.(VERBICARO; RODRIGUES. 2017, p. 358)

Delimitado o significado de tal conduta, pode-se verificar que a caracterização perpassa pelos direitos bases que são violados em seu incurso. Dessa forma, a título de impulso para o reconhecimento do assédio de consumo como tutelado pelo direito pátrio pode-se citar a liberdade, a boa-fé e a vida como peças nucleares desse fenômeno, as quais não excluem outros direitos que vierem a ser subjugados por essa

prática mercadológica.

A liberdade como fator inicial das relações consumeristas representa o significado de participação do consumidor na projeção das demandas do mercado, pois ao realizar a ação de compra ou aquisição verifica o bem que atenda a necessidade interna do seu ser realização a liberdade de escolha. Contudo, como verifica Rizzato Nunes (2012), a liberdade de escolha é mitigada pela vulnerabilidade do consumidor diante do mercado por não possuir os meios de produção, dessa maneira esse princípio limita-se a formas de pagamento, preços, determinadas marcas e afins.

Diante desse cenário, essa liberdade estreita ao ser atingida pelo assédio de consumo torna-se nula, no sentido de não haver mais a escolha do consumidor e sim as escolhas do fornecedor que guia o primeiro em busca de doses de felicidade. Nesse sentido, "é uma pressão a certos grupos de consumidores impeditiva da verdadeira liberdade de escolha" (BEJAMIN; MARQUES; BESSA; 2012, p. 71)

Quanto a boa-fé como direito violado pelo assédio de consumo, pontua-se como sendo a de caráter objetivo, pois, no que concerne a subjetiva, essa figura como um requisito psicológico das relações de fato. Nesse liame, a

> boa-fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às legítimas expectativas legítimas geradas no outro.(MIRAGEM, 2016, p. 145)

Dessa maneira, ao ser exercida a liberdade de escolha ou de contratar, os sujeitos da relação jurídica devem encontrar-se revestidos de boa-fé para que os interesses sejam alinhados e não haja prevalência de um sobre o outro. Para a melhor compreensão, cabe os entendimentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016), os quais dão significado para a boa-fé como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana que permeia todo o ordenamento jurídico.

Diante disso, os citados autores colocam que "o ser humano possui duas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se " (FARIAS; ROSENVALD. 2016, p. 158), partindo dessa dicotomia, a primeira se materializa na busca pelo isolamento requerendo o respeito a integridade privada contra intromissão na esfera da intimidade. Pelo segundo, diante de uma sociedade em constates trocas verifica-se nas obrigações negociais o prevalecimento do que se espera de uma relação jurídica, imperando o princípio do respeito recíproco para que seja colocado o "ser" em detrimento do "ter" como condição da busca pela dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, cabe frisar a existência de boa-fé em todas as fases do negócio jurídico, desde a pré-contratual até no momento do adimplemento como forma de blindar a existência de abusos. Nessa linha de pensamento, a forma de seduzir e aliciar o consumidor com a oferta do produto para a efetiva contratação revela o vício de todo o negócio jurídico significando o ilícito nulificante, pois

> a nulidade ecoa enquanto resposta a ser dada por um direito que, adornado com as vestes da ordem pública, explicitamente impõe o respeito à dimensão existencial e patrimonial de todos os consumidores ao condicionar o exercício da livre iniciativa, na seara negocial, pensada enquanto autonomia privada.(CATALAN; PITOL; 2017, p. 148)

A análise dos respectivos doutrinadores revela a prevalência da nulidade para os casos de abusos quanto a direitos básico do consumidor de forma que signifique os interesses públicos envolvidos sejam o de proteção para a parte vulnerável da relação.

Por último, compete a noção do direito à vida como um dos pilares contrariados pelo assédio de consumo significando a agressão indireta a integridade física e psicológica do consumidor, ou seja, a ação de obscurecer o entendimento do indivíduo com a finalidade de fazê-lo consumir acarreta danos a sua vivência. Nota-se que essas ações danosas dos fornecedores significam impulsionar o consumidor na busca por algo inatingível que os faz abrir mão da saúde e segurança com simples finalidade de alcançar breves vislumbres de felicidade.

A confluência da liberdade, boa-fé e vida evidenciam os primeiros objetos jurídicos concernentes

ao consumidor que são atingidos pela prática reiterada da sedução através do consumo. Logo, a título exemplificativo, o indivíduo está diante do assédio de consumo quando é constantemente procurado, de forma direta (com visitas em seu local pessoal ou de trabalho) ou indireta (por meios tecnológicos), com a proposta de oferta de crédito, serviço ou produto de maneira reiterada sem nenhum consentimento de aceite por parte do consumidor.

A partir desse cenário encontra-se os requisitos do assédio de consumo, pois o consumidor ao ser abordado tem a liberdade erradicada, no sentido de não poder optar por outra mercadoria, já que foi exposto a sedução que de maneira ardilosa faz o expoente vulnerável acreditar em cada fase posta do negócio.

Por conseguinte, a boa-fé é mitigada da mesma forma que a liberdade, dando margem para que impere o interesse da oferta deslumbrante não dispondo o consumidor de mecanismos que possam afastar a promessa ou analisa-la de acordo com a sua real necessidade.

No que tange ao direito a vida, o consumidor ao ser remetido a esse cenário de assédio que o leva a contratação do produto, o qual o faz adquirir o ônus de interferência negativa nas mais diversas camadas da vida. Dessa forma, os efeitos prejudiciais são transportados para afora da relação consumerista, ou seja, a incolumidade violada desse indivíduo já não pertence somente ao campo do consumo, uma vez que outros danos na vida privada são observados, em específico, na esfera trabalhista.

4 A ESFERA DO TRABALHO.

O trabalho ao longo do tempo sofreu diversas mudanças de acordo com o contexto histórico ganhando direitos essenciais que valorizassem a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a atividade laborativa deixou de ser um castigo ou forma de subjugar o outro na maior parte das sociedades contemporâneas, sendo assim o trabalho que acompanhou as revoluções tecnológicas teve como ponto de partida a necessidade de operadores de mecanismos indústrias ou agrários.

Essa necessidade de produção do labor humano corresponde a uma característica de diferenciação dos demais seres vivos, de modo que, conforme Anthony Giddens (2005) ao analisar os estudos de Karl Marx, refletiu que a produção é a base de toda a sociedade, pois cada indivíduo recria e reproduz a sociedade a todo momento diferenciando-se dos demais animais.

O papel do processo produtivo pelo trabalho parte da premissa de ocupação da sociedade que a partir dos modelos do capital começaram a adentrar em espaços antes restritos. Dessa maneira, o labor remunerado construiu o ser humano para que esse pudesse moldar sua vivência e interação social. Nos ensinamentos de Zygmunt Bauman (2001) o trabalho encontra um ponto de evolução central quando é posto face ao capital de maneira que esse último demonstre a necessidade da força produtiva do primeiro, assim a relação de dependência se constrói com o auxílio do Estado.

Nota-se que o papel do trabalho já foi acolhido como requisito divino como se materializa no dizeres "o trabalho profissional mundano aparece como expressão exterior do amor ao próximo" (WEBER, 2005, p. 73), o referido pensamento em "A Ética Protestante e o Espirito do Capitalismo" acompanha a ideia de um trabalho voltado a dignificar o homem perante Deus, de maneira que a ocupação represente avanços para a sociedade e ócio seja repreendido como atraso para a evolução da comunidade.

Cabe ressaltar nesse entendimento a análise feita por Domenico de Masi (2001) sobre o trabalho

> As pessoas que "trabalham", isto é, aquele bilhão que exerce encargos regularmente remunerados, estão mais garantidas do que as outras, são mais respeitadas, podem ostentar a profissão no cartão de visita. Ao "trabalho", de fato, são atribuídos efeitos positivos, até milagrosos. Segundo muitos sociólogos, apenas quem trabalha consegue socializar-se, amadurecer, realizar-se. Segundo algumas religiões, só quem trabalha consegue se redimir do pecado original e alcançar o paraíso. (DE MASI, 2001, p.11).

Para o supracitado autor, ao longo das evoluções o trabalho deixa de ter essa característica de garantia de estima social, uma vez que as inovações tendem para a diminuição dos postos à disposição do

trabalhador. Nessa lógica, o autor defende que o não trabalho merece destaque na sociedade a partir de impulsionar o progresso individual e social, dessa forma um dos pontos abordados pelo autor seria referente ao ócio criativo e a sua importância como caminho para se libertar dos males do desemprego ou até mesmo dos subempregos.

Apesar dessa abordagem, o trabalho ganhou novos moldes e ditames ao longo do processo evolutivo cabe frisar que hoje pode se falar em um trabalho movimentado por outra base, diferente da busca pela dignificação divina ou o progresso social. Dessa forma, a influência mercadológica criou para o indivíduo trabalhador a necessidade de atender as demandas do consumo pelos

> bens de consumo com os quais a vida assegura os meios de sua sobrevivência. Exigidas por nosso corpo e produzidas pelo labor deste último, mas sem estabilidade própria, essas coisas destinadas ao consumo incessante surgem e desaparecem num ambiente de coisas que não são consumidas, mas usadas, e às quais, à medida em que as usamos, nos habituamos e acostumamos. (ARENDT, 2007, p. 106)

Agora esse indivíduo surge como um trabalhador-consumidor, pois se emprega para a realização produtiva com resultados direcionados ao consumo. Passa, portanto, para um estágio cíclico, no qual iniciasse com o trabalho e atingisse o consumo reconstruindo-se para novo labor e consequente consumo, Hannah Arendt (2007) coloca o fator da regeneração da força produtiva como um dos estágios desse ciclo, pois

> tudo o que o labor produz destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana, e este consumo, regenerando o processo vital, produz- ou antes, reproduz- nova força de trabalho de que o corpo necessita para o seu posterior sustento(ARENDT, 2007, p. 46)

Entendido o processo evolutivo do trabalho e como ele se encontra no estágio atual de maneira cíclica, cabe a análise a partir das influências exercidas pelo assédio de consumo, o qual inserido nesse contexto de labor-consumo torna o indivíduo refém do artifício da sedução.

O impulso para a prática laborativa modificada pelo mercado agressivo ao mesmo tempo aliciador, torna natural o sentimento de se submeter a jornadas exaustivas ou sacrificar a qualidade de vida em detrimento da busca incessante pela aceitação social. Por esse sentido, o consumidor violado em sua esfera íntima e compelido a desprender esforços infinitos na busca de uma imagem artificial pouco a pouco sofre com a perda de liberdade e qualidade de vida.

Nesse mesmo entendimento, Teodoro e Ribeiro (2016) versam que o reino da sociedade consumista leva os trabalhadores ao extremo da vulnerabilidade diante dos valores-fetiches impostos. Por esse viés,

> as necessidades e os desejos humanos imiscuem-se num complexo processo de espetacularização e passam a ditar as regras do jogo da vida: primeiramente, o indivíduo posiciona-se enquanto consumidor para, então, posicionar-se enquanto trabalhador.(TEODORO, RIBEIRO, 2016, p. 75)

Diante dessa grave inversão de posicionamentos o consumidor que já se encontra em um papel de vulnerabilidade tende a suportar os mais diversos riscos ao tomar atitudes como a busca por jornadas exaustivas, plantões e horas extras que o retiram do convívio social para se dedicar ao labor com o fim último de um acréscimo de renda, o qual será revertido a um momento de prazer tão efêmero.

Essa lógica evidencia que o trabalho excessivo para satisfazer as necessidades artificiais de consumo gera danos físicos, psicológicos e, até mesmo, existenciais quanto aos projetos de vida do sujeito.

5 OS EFEITOS DA CONEXÃO TRABALHO-CONSUMO.

Diante da influência exercida pelo assédio de consumo dentro do cenário trabalhista consubstanciado por um mercado enfermo diante do consumismo, cabe o delineamento das principais consequências evidenciadas por essa relação.

Logo, a entrega do indivíduo acaba sacrificar seu próprio direito a vida, a liberdade e ao tempo, de maneira a impossibilitar um retorno ao status quo ou uma reparação que amenize as dores reais surgidas com o assédio de consumo, levando o consumidor a banalizar por meio do trabalho sua integridade física. Por conseguinte, a elevação do consumo de medicamentos para o tratamento de ansiedade, insônia e depressão, bem como o próprio superendividamento são também consequências nefastas desse fenômeno.

Nesse sentido, a tendência ao consumo no aspecto do trabalho leva o indivíduo a intensificar suas jornadas de trabalhas e essas que aparentam ser lucrativas, na realidade cobram um preço maior ao consumidor-trabalhador em médio e longo prazo. Assim, conforme Ricardo Antunes (1999) a intensificação do trabalho tem nítida relação com o aumento de stress e doenças relativas as atividades.

Tentando solucionar essa problemática produzida, criasse a ideia de que "através dos medicamentos, o consumidor acredita ser capaz de comprar a paz, a felicidade, o corpo magro, o prazer sexual e a energia necessária para enfrentar o labor diário. " (RENOVATO, 2008, p. 66). Dessa forma, a fuga para empecilhos criados pelo labor excessivo retoma novamente ao consumo, agora de fármacos com a proposta de alivio imediato distanciando-se de tratamentos resolutivos a longo prazo.

Por essa busca de medicamentos milagrosos o cenário brasileiro encontra-se em crise com altos índices de depressão chegando a 5,8% da população brasileira afetada por essa enfermidade segundo estudos da Organização Mundial de Saúde. Dessa maneira, o cenário é afetado mais ainda quando comparado com o número de antidepressivos vendidos no mesmo ano que, segundo pesquisas realizadas pela seguradora SulAmericana com seus usuários do ano 2010 a 2016, houve um salto de 74% no uso desses medicamentos.

Outra marca da influência do consumo e das relações trabalhistas está diante do superendividamento, o qual significa "a incapacidade do consumidor de pagamento de suas dívidas exigíveis, em face de descontrole financeiro decorrente de abuso de crédito ou situações imprevistas em sua vida pessoal" (MIRAGEM, 2016, p. 440). Essa problemática é visível com os consumidores que não satisfeitos com longas jornadas buscam no crédito facilitado a complementação da renda, no intuito de atender os desejos de consumo.

Segundo Vera Lúcia Remedi Pereira (2015) ao traçar o perfil do consumidor endividado durante pesquisa no Programa de apoio ao consumidor Superendividado implantado pelo Procon/SP, constatou-se que boa parte são economicamente ativos e estão no mercado de trabalho, bem como a causa é o descontrole da dívida e uma das relações é a falta de planejamento e uso do crédito fácil.

A partir dessa conduta, observa-se um efeito cascata, o qual o consumidor atingido pelo assédio de consumo busca no trabalho o modo para se adquirir os meios de consumir. Nesse sentido, ao não alcançar de imediato, já que as necessidades consumistas se operam no hoje, busca nas ofertas de crédito o sustentáculo de seus anseios artificiais. Partindo disso, o consumidor-trabalhador ao alcançar, ou melhor, ao ter a falsa sensação de alcance verifica que não são tão reais ou prazerosas tudo que lhe foi demonstrado, então retoma novamente o ciclo guiado por novas necessidades o levando pouco a pouco ao limbo de enfermidades e outras problemáticas que afetam a integridade física e psicológica.

6 CONCLUSÃO

Portanto, verifica-se a relação entre o mecanismo assédio de consumo e as atividades laborais guiadas pela lógica do consumismo que está enraizada na sociedade. Dessa forma, o mercado de consumo alicia para um modelo de felicidade inalcançável pautado em desejos efêmeros e solúveis que substanciam a ocorrência de malefícios para a condição humana, a qual guiada pelos desejos e com a razão obscurecida coloca-se em situações de vulnerabilidade, as quais são entendidas como aceitáveis diante de um suposto prêmio materializado pelo consumo.

Partindo de uma análise crítica e detalhada de ambos os setores (consumo e trabalho), verifica-se que as condutas que exploram a vulnerabilidade do consumidor reverberam em outras esferas da vida, tal como uma pedra lançada em um lago e que cria ondas em todas as direções. Dessa forma, não cabe mais pensar nos mecanismos de proteção do consumidor de forma isolada, visto que esse possui outras vestes sociais, como a de trabalhador, em consequência disso deve-se buscar pelos mecanismos da interdisciplinaridade e

do dialogo das fontes formas de combate desde a origem dessas condutas.

Seguindo essa lógica, vale frisar a iniciativa de dar novo significado a voz do consumidor que a muito foi visto apenas como sujeito passivo, dessa forma trazer para o debate as angústias e mazelas, as quais encontram-se vivenciadas por esse ator social. Diante disso, busca-se

> difundir a ideia de que a autoestima do indivíduo não está no seu poder de compra, ou na submissão aos apelos publicitários do mercado e que uma decisão estritamente utilitarista quanto as suas necessidades de consumo não o excluirá da vida social, nem será motivo de constrangimento e depreciação financeira. (VERBICARO; RODRIGUES. 2017, p.360).

Cabe ressaltar que o cenário tenebroso não exclui o advento de uma inovação legislativa que seria bem recepcionado com objetivo de melhorar a proteção dos consumidores. Contudo, da mesma forma que o consumista necessita dos bens para o agora, esse precisa da proteção imediata que pode ser materializada pela interpretação de mecanismos e direitos básicos existentes dentro da legislação consumerista que guarnecem a integridade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, encontra-se necessário que se olhe para o assédio de consumo de forma crítica para longe de clichês como o "mero aborrecimento" ou "entraves da vida cotidiana" que banalizam a tutela consumerista. Por isso, salientar os direitos básicos que essa conduta perniciosa do mercado realiza é de suma importância para o reconhecimento de novas proteções, pois em uma sociedade marcada por avanços tecnológicos e consequente avanços de práticas agressivas exige-se a construção pelos aplicadores do direito de soluções das diversas demandas.

REFERÊNCIAS

Antunes, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Editora Boitempo, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas ao mundo moderno.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008

_____, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman Valter. MARQUES, Claudia Lima. Leonardo Roscoe Bessa. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPBELL, Colin. BARBOSA, Lívia. **Cultura, consumo e identidade.** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

CATALAN, Marcos. PITOL, Yasmin Uequed. Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** Vol. VII, Nº 25, pág. 137-160. Curitiba: Ed. Bonijuris, mar, 2017.

DE MASI, Domenico. **O futuro do Trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 1995

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e moderna teoria social.** Queluz de Baixo: Editorial Presença. 2005

LIPOVETSKY. Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Ana Luísa. Consumo de antidepressivos cresce 74% em seis anos no Brasil. **Saúde Abril.** São Paulo/SP: 6 de julho de 2017. Disponível em <https://saude.abril.com.br/mente-saudavel/consumo-de-antidepressivos-cresce-74-em-seis-anos-no-brasil/>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Vera Lúcia Remedi. Programa de Apoio ao superendividado: uma experiência inovadora na Fundação Procon/SP. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 98. ano 24. p. 295-319. São Paulo: Ed. RT, mar-abr, 2015.

RENOVATO, Rogério Dias. O uso de medicamentos no Brasil: uma revisão crítica. **Revista Brasileira de Farmácia**. Vol. I, Nº 89, pág. 64-69. São Paulo: Ed. Farmácia Social- Ponto de Vista em Curso, mar, 2008.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. RIBEIRO, Ailana Santos. A relação trabalho-consumo na modernidade líquida. In: **ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONGRESSO DE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO- CONPEDI**, V, 2016, MONTEVIDÉU- URUGUAI. Anais do encontro internacional do congresso de pesquisa empírica em direito. Montevidéu: CONPEDI, 2016. p. 63-78.

VERBICARO, Dennis. RODRIGUES, Lays Soares dos Santos. Reflexões Sobre o Consumo da Hipermodernidade: O diagnóstico de uma sociedade confessional. **Revista Direito em Debate.** Ano XXVI, n 48, p. 342-363. Ijuí/RS: 2017.

_____, Dennis. MOTTA, Caio Gabriel da Silva. A compulsão de consumo transformada em vício: Um diálogo necessário entre Bauman e Lipovestky. **Revista Direito UFMS.** vol. III, n 2, p. 281-297. Campo Grande/MS: 2017.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GT22: FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Priscilla Ylre Pereira da Silva[1]

Bruna Lyra Duque[2]

RESUMO: Este trabalho objetivou avaliar os principais sistemas ocidentais de responsabilidade civil, entender os modelos que influenciaram o sistema brasileiro, analisar os *punitive damages*, no sistema norte-americano, verificar o papel necessário da responsabilidade civil frente aos desafios da sociedade contemporânea, na perspectiva da sociedade de risco de Ulrich Beck, compreender a insuficiência da função reparatória e a necessidade da função punitiva para a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio da prevenção dos danos, e analisar a aplicabilidade das múltiplas funções da responsabilidade civil no Brasil, pela perspectiva civil-constitucional. O estudo utilizou o método hipotético-dedutivo para, identificado o problema da inadequação da responsabilidade civil apenas reparatória frente à sociedade de risco, verificar a aplicabilidade da função punitiva no Brasil, para fins de efetivação do princípio da prevenção e de superação das limitações do paradigma da reparação integral. Em conclusão, foi possível alcançar nova interpretação jurídica da responsabilidade civil, bem como ultrapassar as limitações do paradigma do princípio da reparação integral, para resgatar as demais funções do instituto, de maneira a prevenir o dano e as reiteradas violações às normas prescritivas de comportamento. Ainda, entendeu-se que a função punitiva da responsabilidade civil é compatível com a constitucionalização do direito civil e indispensável à concretização de sua função preventiva e para o bem-estar social.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Constitucionalização do Direito Civil. Responsabilidade Civil. Função Punitiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolveu-se como uma proposta a análise dos efeitos da aplicação das normas relativas à responsabilidade civil na atual sociedade, identificando-a como sociedade de risco, na perspectiva de Ulrich Beck (2010), no que tange à efetivação da precaução ou prevenção dos danos. Este estudo analisou a necessidade e os possíveis benefícios da real aplicação da função pedagógica da reparação civil, objetivando verificar as soluções práticas para os problemas sociais que decorrem da lógica de obtenção de lucro por meio do ilícito.

Ainda, objetivou-se verificar as principais funções da reparação civil, de acordo com a doutrina civilista, discutir as posições doutrinárias, no Brasil, acerca da possibilidade de aplicação da função punitivo-pedagógica no ordenamento brasileiro, analisar decisões do Superior Tribunal de Justiça, que versem sobre o tema pesquisado, para que fosse possível identificar as posições atuais sobre o tema e discutir acerca da a insuficiência da sua aplicação apenas reparatória.

2 AS DIMENSÕES FUNCIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As atuais funções da responsabilidade civil podem ser melhor entendidas após a análise do

[1] Licenciada em História pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Acadêmica de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

[2] Doutora e Mestre do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. Advogada.

desenvolvimento histórico do instituto no Ocidente e das mudanças sociais e legislativas que moldaram profundas transformações no instituto após a promulgação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, buscou-se identificar os três principais ordenamentos jurídicos que serviram de modelo para a construção do instituto da responsabilidade civil na maioria dos países do Ocidente, quais sejam: o modelo francês, o modelo alemão e o modelo inglês. Dois destes modelos são provenientes de países de tradição romano-germânica, ou seja, de países cujo sistema jurídico é o *civil law*, quais sejam, o modelo francês e o modelo alemão. Por sua vez, o modelo inglês é proveniente de país cujo sistema jurídico é o *common law*.

Ana Frazão (2011, p. 17) afirma que a construção do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro foi fortemente influenciada pelo modelo francês e, também, mas em menor escala, pelo modelo alemão.

O estudo do modelo inglês também é necessário, principalmente tendo em vista que no atual mundo globalizado, os aspectos identificadores de cada modelo dialogam entre si, para que seja possível "transformar a responsabilidade civil em instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados" (FRAZÃO, 2011, p. 40).

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA HISTÓRIA

A evidência da influência do modelo francês no sistema da responsabilidade civil adotado pelo Brasil é a existência da cláusula geral de responsabilidade civil, tanto no Código Civil de 1916, quando no Código Civil de 2002.

De acordo com Ana Frazão (2011, p. 19), "o modelo francês foi elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa", ou seja, no modelo francês, aquele que, por sua culpa, causou o dano a outrem é obrigado a repará-lo, não havendo tipificação legislativa dos atos ilícitos, ao contrário do direito romano e da tradição germânica, sobre a qual iremos discorrer posteriormente.

O modelo francês tem como base a noção de *faute*, que, sem distinção, engloba as ideias de ilicitude, de nexo causal e de culpa, e acabou sendo associada, pela doutrina da época, ao sentido moral de culpa, de reprovabilidade moral da conduta e culpa (FRAZÃO, 2011, p. 19).

Na França, a existência de cláusula geral para a caracterização da responsabilidade civil e inexistência de definição, mas específica e em lei do conceito de culpa, ou da tipificação dos ilícitos cíveis, fez com que grande parte da construção dos pressupostos da responsabilidade civil ocorresse por meio dos julgamentos dos casos concretos. Dessa maneira:

> a jurisprudência francesa lastreou os fundamentos da responsabilidade civil em importantes parâmetros objetivos, tais como o **dano direto e o nexo causal**, analisados a partir de cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos. Não obstante tais mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo para considerar como dano a violação de qualquer interesse, ainda que meramente econômico, desde que fosse legítimo e certo. É inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial (FRAZÃO, 2011, p. 19, grifo nosso).

Noutro giro, baseado na tradição romana e influenciado pela Escola Pandectística, o modelo alemão de responsabilidade civil não foi construído em torno de uma cláusula tão geral como o modelo francês, mas sim três cláusulas gerais que elencavam as categorias de danos passíveis de ressarcimento se causados por meio de conduta dolosa ou culposa do ofensor, quais sejam:

> (i) uma cláusula central, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa

> praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei (§ 823, I);
>
> (ii) uma cláusula supletiva, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação culpável de norma de proteção estabelecida em favor de outrem (§ 823, II), e
>
> (iii) uma cláusula residual que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes (§ 826), assim considerados também a ordem econômica, a ordem jurídica e o interesse público. (FRAZÃO, 2011, p. 21-22)

Além das cláusulas gerais, o modelo alemão previa a definição objetiva de ilicitude e culpabilidade e uma lista de direitos e interesses protegidos pelo Estado, que obrigaria aquele que os violou a reparar o dano injusto causado à vítima (NOLAN, 2017, p. 1). Com o tempo e frente inúmeras mudanças sociais, novos direitos subjetivos e interesses passaram a ser protegidos pelo ordenamento jurídico e o rol de danos ressarcíveis aumentou.

O modelo inglês do *common law*, por sua vez, não comporta instituto que equivale, em todos os aspectos, à responsabilidade civil do *civil law*. Dentro do ordenamento jurídico inglês, o instituto que correspondente à responsabilidade civil do *civil law* é o *tort law*. Não existe conceito equivalente ao conceito de *tort* no direito brasileiro, mas de acordo com Donal Nolan (2017, p. 1) "a palavra *tort* é proveniente do francês antigo, e pode ser definida como um injusto cível (*civil wrong*), que não é uma quebra de contrato ou um injusto equitativo".

Historicamente, o modelo inglês enumerava os direitos e interesses que seriam protegidos pelo Estado por determinados *torts*, por exemplo, "a reputação é protegida pelos *torts of libel and slander*, que são coletivamente conhecidos como difamação" (NOLAN, 2017, p. 2). Alguns dos interesses e direitos são, *per se*, protegidos pelo ordenamento, sem que seja necessária a comprovação de dano, mas apenas que ocorra a violação do direito por outrem.

A evolução da responsabilidade civil no direito anglo-saxão ocorreu com a adaptação dos *torts* já existentes, por meio da jurisprudência, às modificações econômicas e sociais, para o fim de criar novas obrigações de ressarcir danos ou novos interesses e direitos a serem protegidos.

Concomitantemente à adaptação dos torts nominados à realidade econômica, Donal Nolan (2017, p. 1-2) afirma que o *duty of care*, que pode ser traduzido como o dever de cuidado, se tornou um "*super-tort*", porque não faz referência à proteção de um interesse particular, mas sim à natureza da conduta do ofensor. Dessa forma, tornou-se uma espécie de cláusula geral para proteger os cidadãos dos danos provenientes da negligência de outrem.

É possível perceber que todos os modelos de responsabilidade civil têm como peça basilar o princípio fundamental de não causar dano a outrem (*neminem laedere*) e, de acordo com Ana Frazão (2011, p. 27), as principais diferenças entre os modelos inglês, francês e alemão são mais evidentes no que se refere às funções que são dadas à responsabilidade civil:

> [...] pois os sistemas europeus continentais, como é o caso do francês e do alemão, priorizam essencialmente a compensação e o desestímulo, enquanto que o modelo anglo-saxão, especialmente o norte-americano, adota mais abertamente a função punitiva. Ainda se pode observar algumas diferenças relacionadas aos objetivos últimos da compensação e desestímulo, já que os modelos francês e alemão preocupam-se mais com a situação da vítima e com a inserção da responsabilidade civil no contexto das políticas sociais, enquanto que o modelo inglês está mais focado na proteção das liberdades individuais e do mercado.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E SUAS DIMENSÕES FUNCIONAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

Ao analisar o desenvolvimento histórico acima, é possível identificar que o sistema de responsabilidade

civil brasileiro foi influenciado, principalmente, pelo modelo francês e, em alguns aspectos, pelo modelo alemão.

Essa dupla influência pode ser identificada no Código Civil de 1916, que contém um capítulo inteiro para listar como deve ser realizada a liquidação das obrigações decorrentes de diversos atos ilícitos, também listados pelo legislador, conforme o modelo alemão.

Por outro lado, no mesmo diploma legal, em conformidade com o modelo francês, a culpa foi consagrada como pressuposto da reparação e foi instituída uma cláusula geral de responsabilidade civil, no artigo 159 do Código Civil de 1916, aonde lia-se que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Entretanto, mesmo que nos modelos alemão e francês já fosse possível encontrar casos nos quais danos extrapatrimoniais fossem indenizados, e que a cláusula geral de responsabilidade civil não exclui a compensação por danos extrapatrimoniais, durante a vigência do Código de 1916, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a possibilidade de reparação pecuniária do dano extrapatrimonial era ponto de dissidência doutrinária, sob a alegação de que não existia previsão legislativa expressa para esse tipo de reparação.

Neste cenário, a constitucionalização do Direito Civil trouxe questões variadas à discussão doutrinária, uma vez que, passou-se a reconhecer três premissas teóricas fundamentais da metodologia civil constitucional, quais sejam, a força normativa do texto constitucional, bem como o seu papel como filtro interpretativo para aplicação dos diplomas legais e o reconhecimento da unidade e complexidade do ordenamento jurídico (SCHEIBER, 2016, p. 9).

De acordo com Anderson Scheiber (2016, p. 6-10), após a promulgação da Constituição Federal de 1988, identificaram-se múltiplos pontos de conflito entre o Código Civil de 1916 e o texto constitucional, pois o primeiro baseava-se na filosofia individualista e patrimonialista do século XIX, ao passo que o texto constitucional brasileiro elegeu a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução da desigualdade social e a erradicação da preza com valores fundamentais. Dessa maneira, passou a se mostrar imprescindível a interpretação das normas do direito civil à luz da Constituição Federal de 1988.

A promulgação do Código Civil de 2002 não deu fim às modificações jurisprudenciais para aplicação do direito civil conforme os princípios e valores constitucionais, porque o Código de 2002 ainda é bastante marcado pela filosofia individualista, voluntarista e patrimonialista do século anterior, tendo em vista que se derivou de projeto de lei datado da década de 1970, sendo necessária a sua reconstrução e interpretação conforme o filtro constitucional. Nesta perspectiva, Anderson Scheiber (2016, p. 8) aponta que:

> A situação do direito civil [...] impõe a reconstrução do próprio papel do direito civil e da codificação na realidade contemporânea, colocando em xeque noções fundamentais de ciência jurídica, como o direito subjetivo, a autonomia privada e a própria distinção entre direito público e privado.

Dessa maneira, aliado ao desenvolvimento histórico do instituto, André Gustavo de Andrade (2010, p. 234-235) afirma que as mudanças sociais, principalmente a massificação das vítimas e dos danos, e as mudanças nos paradigmas interpretativos do direito civil, fez com que os pressupostos da responsabilidade civil passassem por profundas transformações, como o abandono da culpa como pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil, com a instituição da responsabilidade objetiva, bem como passou-se, de maneira pacificada, a admitir a possibilidade de compensação de danos extrapatrimoniais.

Além das transformações quanto aos pressupostos do instituto, passou-se a discutir suas funções. Neste sentido, podemos destacar três funções atuais do instituto, quais sejam, a função reparatória da responsabilidade civil, a função preventiva e a função punitiva.

A função tradicional da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, herdada dos modelos francês e alemão e derivada do princípio da reparação integral do dano, presente no artigo 944, do Código Civil de 2002, é a função reparatória. Marcos Ehrhardt Júnior (2017, p. 48) a chama de função estática, pois faz com que aquele que violou injustamente o direito de outrem seja condenado a restituir, a quem sofreu o dano, o suficiente para que ocorra o retorno ao *status quo ante*. Essa função da responsabilidade

civil visa "reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano" (ANDRADE, 2010, p. 237).

Na perspectiva dos juristas que entendem a responsabilidade civil como instituto meramente reparatório, a ocorrência do dano é o pressuposto para a aplicação do instituto, cuja função é eliminar ou minorar as consequências de um dano que já ocorreu, por meio da condenação do ofensor a ressarcir a vítima. Dessa maneira, o *quantum* da indenização tem como parâmetro exclusivo a extensão do dano causado à vítima, ou seja, o objetivo é a real satisfação dos interesses daquele que foi lesado. Essa função, por se derivar do princípio da reparação integral do dano, impede que a indenização seja arbitrada de forma a ultrapassar o *quantum* equivalente ao total do dano suportado pela vítima do ato ilícito.

Analisando a responsabilidade civil apenas pela faceta da função estática ou reparatória, para o arbitramento do *quantum* indenizatório, não é possível levar em conta a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa ou a sua condição econômica, como é feito pela jurisprudência pátria, o que demonstra, claramente, a aceitação das demais funções do instituto pelos julgadores.

Antes da conceituar as demais funções da responsabilidade civil, é necessário ressaltar que, de acordo com Ulrich Beck (2010, p. 23), vivemos em uma sociedade de risco, nela:

> [...] a produção social de riqueza é acompanhada pela produção social de riscos [...] aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

A sociedade de risco tem como problemática central como evitar, minimizar, dramatizar e canalizar os riscos, bem como a problemática de como isolar e redistribuir os riscos que se apresentam como "efeitos colaterais latentes" do processo de modernização, que, por sua vez, não pode ser comprometido. (BECK, 2010, p. 24). A sociedade de risco tem como (BECK, 2010, p. 59):

> Seu contraprojeto normativo, que lhe serve de base e de impulso, é a segurança. O lugar do sistema axiológico da sociedade "desigual" é ocupado assim pelo sistema axiológico da sociedade "insegura". Enquanto a utopia da igualdade contém uma abundância de metas conteúdistico-positivas de alteração social, a utopia da segurança continua sendo peculiarmente negativa e defensiva: nesse caso, já não se trata de alcançar efetivamente algo "bom", mas tão somente de evitar o pior. O sonho da sociedade de classes é: todos querem compartilhar do bolo. A meta da sociedade de riscos é: todos devem ser poupados do veneno. [...] O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco [...] é expresso pela afirmação: tenho medo! A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política

Nesta sociedade de risco, as capacidades de antecipar perigos, suportá-los e lidar com eles em termos biográficos e políticos são necessárias para a sobrevivência (BECK, 2010, p. 93).

Neste diapasão, Nelson Rosenvald (2017, p. 27) afirma que como vivemos a solidariedade por medo, a responsabilidade civil deve fortalecer a sua função preventiva, buscando prover maior segurança aos indivíduos, ampliando as possibilidades de ressarcimento pelos danos e instrumentalizando o instituto para que sejam prevenidos mais danos

No contexto social acima delimitado, a conceituação das demais funções da responsabilidade civil demonstrará a necessidade de sua imediata efetivação, bem como a insuficiência da função meramente reparatória de danos frente às necessidades atuais da sociedade contemporânea.

A função preventiva ou pedagógica do instituto, objetiva prevenir os comportamentos antissociais. Essa função da responsabilidade civil é levada em consideração pelos julgadores principalmente nos casos de violação à direitos coletivos ou difusos, no sentido de que o *quantum* arbitrado deve ser o suficiente para dissuadir condutas futuras, ou seja, não se objetiva punir o ofensor pelo dano causado no passado, mas sim fazer com que ele não cometa novamente o ilícito cível e cause mais dano à outras pessoas na sociedade.

A função punitiva, diferente da função preventiva, busca arbitrar uma espécie de sanção ao ofensor, tendo em vista a extensão do dano causado no passado, e os demais parâmetros para o arbitramento do *quantum* da condenação, quais sejam, a reprovabilidade da conduta, a existência de dolo ou culpa, a

intensidade de sua culpa e a condição econômica das partes.

No mesmo sentido de André Gustavo Corrêa de Adrade (2010, p. 241), Ehrhardt Júnior (2017, p. 50) afirma que, muitas vezes, os casos concretos nos quais uma pessoa é forçada a procurar o judiciário para ser ressarcida por um dano sofrido, o valor arbitrado a título de compensação do dano não equivale ao prejuízo total sofrido pela parte, ou seja, não cumpre ao menos a função tradicional do instituto.

Logo, frente à realidade percebida no judiciário brasileiro, de reiteradas condutas lesivas dos mesmos ofensores e de insuficiência da indenização compensatória para cobrir os prejuízos das vítimas, tem tomado força a discussão acerca da função punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil.

3 AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O sistema brasileiro de responsabilidade civil foi influenciado, principalmente, pelo modelo do sistema francês de responsabilidade civil, cuja característica principal é a existência de uma cláusula geral que positiva o princípio da reparação integral dos danos causados. Na França, este princípio é reafirmado pela jurisprudência da Corte de Cassação, que determina que os limites para a quantificação da condenação em caráter de responsabilidade civil é todo o dano e nada além dele, para reestabelecer a vítima ao *status quo ante* (HIGA, 2016, p. 170-171).

Entretanto, o reestabelecimento da vítima ao *status quo ante* não é faticamente possível, bem como a compensação individual do lesado, na medida do dano, não consegue atingir integralmente a necessidade funcional que a sociedade atual espera do instituto. Conforme afirma Nelson Rosenvald (2017, p. 104), o retorno da vítima ao estado anterior ao ilícito é uma ficção, pois os eventos desencadeados pelo ilícito são irreversíveis, na maioria dos casos a vítima, após acionar o poder Judiciário, é tutelada apenas com uma compensação insuficiente para cobrir todos os prejuízos que sofreu.

Mesmo nos casos de uma compensação "justa" frente aos danos sofridos pela vítima, "a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada" (ROSENVALD, 2017, p. 105), logo, sem prejuízo da obrigação do ofensor de reparar o dano que causou, a sua violação dolosa da norma prescritiva de comportamento deveria ensejar uma sanção punitiva.

Frente à insuficiência da mera reparação dos efeitos do ato ilícito perpetrado pelo réu para satisfazer as necessidades da sociedade contemporânea, de acordo com Flávio Higa (2016, p. 172) "a função punitiva tem vida clandestina na França, por meios secretos e subterrâneos", quais sejam, as liberdades dos juízes de primeira instância na quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais.

Os parâmetros para o arbitramento de indenização por danos extrapatrimoniais nunca foram bem delimitados no direito francês, possibilitando a discricionariedade dos julgadores para arbitrar condenações em valores mais elevados nos casos em que o ofensor praticou ato ilícito dolosamente ou casos de grande desaprovação da conduta, critérios de arbitramento incompatíveis com um sistema que somente reconhece a função ressarcitória do instituto.

No Brasil também se verifica essa promiscuidade entre a indenização por danos morais e a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Entretanto, diferente do cenário jurídico francês, mesmo que o princípio da reparação integral esteja presente no artigo 944, do Código Civil de 2002, no qual lê-se "a indenização mede-se pela extensão do dano", é reconhecida, pela jurisprudência pátria, a existência do caráter punitivo e do caráter pedagógico da responsabilidade civil.

Primeiramente, antes analisar a discussão doutrinária acerca das dimensões funcionais da responsabilidade civil no Brasil, ao se discutir a função punitiva e da função pedagógica da responsabilidade civil, muitos juristas utilizam como base de discussão o instituto norte americano dos *punitive damages*. Este instituto estrangeiro que se baseia na máxima *torts does not pay* (o ilícito/dano não compensa), porque os *punitive damages* são arbitrados, em casos excepcionais, para punir a conduta do ofensor, que muitas vezes

é maliciosa ou negligente.

Nesses casos, "a pena será desfavorável ao agente econômico, pois como resposta a certas condutas afrontosas ao direito, o ordenamento deverá ensinar que o ilícito não se paga" (ROSENVALD, 2017, p. 135). Dessa maneira, antes de realizar a análise jurisprudencial e doutrinária acerca da admissibilidade do caráter punitivo e do caráter preventivo da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, é importante refutar alguns mitos que permeiam a discussão jurídica acerca dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América.

3.1 OS MITOS QUE GERAM MEDOS: O QUE SÃO OS *PUNITIVE DAMAGES*?

Muitos dos textos que tratam dos *punitive damages* evocam processos judiciais norte-americanos que resultaram em indenizações milionárias, ou casos nos quais a narrativa fática é contada de forma jocosa para atestar o caráter absurdo do instituto.

Flávio Higa (2016, p. 10) afirma que os autores contrários à aplicação da sanção punitiva narram casos de condenação de empresas ao pagamento de grande monta, ou até mesmo casos cuja existência não é possível comprovar, com intuito de ridicularizar a indenização punitiva, ou até mesmo para gerar medo acerca do "enriquecimento sem causa" do autor, ou para apontar o instituto jurídico como um estimulador da "indústria do dano moral".

Sobre as indenizações de grande monta, muitos críticos utilizam o caso BMW vs Gore para criticar os *punitive damages*. Resumidamente, Ira Gore comprou, em janeiro de 1990, um carro BMW sports sedan preto e dirigiu-o por nove meses sem notar nenhum tipo de defeito, entretanto, descobriu que o carro não foi vendido com a pintura original, mesmo anunciado como novo, o que foi admitido pela empresa. O júri condenou a empresa a pagar US$ 4.000,00 (quatro mil dólares) a título de *compensatory damages*, tendo como base de cálculo o valor pago a maior por um carro novo sem defeitos, e US$ 4.000.000,00 a título de *punitive damages*, utilizando como base no lucro proveniente da venda de carros com defeito de fábrica à consumidores que ignoravam a informação, com intuito de punir pela política da empresa.

Entretanto, a condenação punitiva foi revisada e diminuída pela metade antes de ser reduzida para US$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) pela Suprema Corte, que alegou que o caso não demonstrou nenhum potencial de causar maiores danos à sociedade ou ao autor, bem como, mesmo que reprovável, tratou-se de questão meramente patrimonial (HIGA, 2016, p. 145-147).

De plano é possível rechaçar o principal argumento dos críticos do instituto, ao contrário da compensação ou da reparação do dano sofrido, os *punitive damages* promovem, claramente, o aumento do patrimônio da vítima, porém esse aumento patrimonial não deve ser interpretado como enriquecimento sem causa, primeiramente por ter tido como causa uma sentença judicial e, além disso, por que o aumento do patrimônio da vítima frente à diminuição do patrimônio do ofensor é resultado da escolha social de impedir que o ilícito propicie qualquer tipo e proveito econômico ao ofensor, inibindo, efetivamente, a real indústria do dano (HIGA, 2016, p. 42).

Ainda, diferente do que acontece no Brasil, o valor dos punitivo da responsabilidade civil é arbitrado de forma separada ao valor da indenização compensatória pelo dano sofrido pela vítima, assegurando o devido processo legal e protegendo os cidadãos de arbitrariedades.

Esta indústria do dano, na qual o ofensor entende que conseguirá lucrar mais ao não prevenir os possíveis danos que, provavelmente, pode causar, é perfeitamente retratada no famoso o caso Grimshaw vs. Ford (HIGA, 2016, p. 220-222), de 1972, referente ao carro Ford Pinto, concebido para pesar 2.000 libras e ser vendido por até US$ 2.000,00 (dois mil dólares), em dois anos a partir da data na qual foi concebido.

Por escolha da empresa, o tanque de combustível do veículo foi colocado na parte traseira, sem "espaço de esmagamento", para que o motor ficasse intacto no caso de colisão, bem como o para-choque do carro era bastante fino e frágil. Mesmo reprovado nos testes de segurança, devido à grande probabilidade de explosão do veículo no caso de colisão traseira, a empresa levou o produto ao mercado, e não o tornou mais

seguro, por apenas US$ 15,30 por veículo.

Em maio de 1972, dirigindo um Ford Pinto, a Sra. Lilly Gray, acompanhada de um garoto de treze anos chamado Richard Grimshaw, sofreu uma colisão traseira trafegando em velocidade entre 45 a 60 km/h, que fez com que o motor do carro explodisse e o veículo pegasse fogo. A condutora do veículo faleceu e o garoto que a acompanhava sofreu diversos danos físicos.

Durante o processo, foram juntados documentos que evidenciavam que a empresa Ford tinha conhecimento da insegurança do produto, bem como havia sido sugerido, em 1971, que a empresa se antecipasse à lei federal que estabelecia padrões de segurança para os tanques de combustível do veículo, o que custaria de quatro a oito dólares por veículo. A escolha da empresa foi a de não adotar as exigências da referida lei, economizando por volta de cem milhões de dólares.

Além disso, foi levado aos autos do processo que, ao tomarem ciência da vulnerabilidade do veículo e da possibilidade de explosão do motor em caso de colisão traseira, a empresa encomendou cálculo analítico comparando quanto dinheiro gastaria para adaptar todos os carros ao padrão de segurança e quanto gastaria apenas desembolsando a média de indenizações para a média de acidentes automobilísticos por ano.

Mesmo sabendo da provável morte de 180 pessoas em acidentes com o veículo Ford Pinto, 180 pessoas gravemente feridas e 2.100 veículos queimados, a empresa preferiu suportar o gasto estimado de US$ 49.500.000,00 em indenizações em ações judiciais a realizar o *recall* de todos os veículos, ação que custaria US$ 137.000.000,00 (HIGA, 2016, p. 223). Neste caso, o júri condenou a empresa a pagar à título de *punitive damages*, sem prejuízo da compensação pelos danos, o valor de US$ 125.000.000,00. Entretanto, apesar de mantida a condenação na Corte de Apelação, devido a questões processuais, o autor aceitou a condenação punitiva de US$ 3.500.000,00 para que não fosse necessário um novo júri.

Além de retirar o lucro proveniente do ilícito do patrimônio do ofensor, já foi documentado que o caráter punitivo do instituto desestimula determinadas condutas no mercado, resultando em mudanças de procedimentos de grandes empresas, como o caso da rede McDonald's, que após ser processado por uma senhora que teve queimaduras de terceiro grau após derramar em seu colo o café servido pela empresa, diminuiu a temperatura na qual o café era servido, bem como implementou recipiente mais resistente para servir bebidas quentes aos clientes.

Os medos sobre o instituto e mitos acerca dos exageros podem ser facilmente desmascarados, segundo Flávio Higa (2016, p. 78):

> Ostrom et al, num instigante questionário sobre o quão afiado está o leitor sobre o sistema de responsabilidade civil, formularam as seguintes questões: 1) Cerca de quantos casos de responsabilidade civil vão a júri por ano nas Cortes Estaduais do país? A. Menos de 25.000, B. 25.000 a 50.000 ou C. mais de 50.000; 2) Com que frequência os autores ganham as ações apreciadas pelo júri nos seguintes casos? Responsabilidade médica: A. 1 a cada 3, B. 1 a cada 2 ou C. 2 a cada 3; Responsabilidade do produtor: A. 1 a cada 3, B. 1 a cada 2 ou C. 2 a cada 3; 3) Qual a média das condenações nos casos que os autores têm êxito? A. US$ 51.000,00, B. US$ 151.000,00 ou C. US$ 251.000,00; 4) Em que proporção os veredictos de responsabilidade civil em que os autores são vitoriosos incluem condenação em *punitive damages*? A. 4%, B. 14% ou C. 24% [...] a resposta de todas elas é a letra A.

O instituto é aplicado quando a conduta do agente causador do dano é marcada por negligência, malícia, busca pelo lucro por meio da violação de normas prescritivas de comportamento ou dolo grave, no intuito de desencorajar a prática de tal conduta, em prol do interesse público e social.

Dessa maneira, além de cumprir com o seu propósito desestimulador, uma breve análise dos casos, devidamente documentados, evidencia que o instituto não é fonte de exageros, bem como não é aplicado sem critérios pela justiça norte-americana, pelo contrário, é uma ferramenta utilizada para sancionar ofensores em casos excepcionais.

3.2 O CARÁTER PUNITIVO E O CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consagraram entendimento de que no momento do arbitramento do valor da condenação por danos morais deve-se levar em consideração as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo e o grau de culpa do ofensor, para que seja possível arbitrar o valor da condenação de maneira a evitar o enriquecimento sem causa da vítima, mas ao mesmo tempo cumprir o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil.

A menção a estes parâmetros para quantificação do valor da condenação aparece em diversas decisões da corte superior, entre as quais vale mencionar o acórdão proferido na AI 455846/RJ[3], no qual o Supremo Tribunal Federal cita o instituto *punitive damages* para fundamentar o caráter punitivo e desestimulador presente na indenização por danos morais.

Seguindo a perspectiva de acoplamento do caráter punitivo acoplado ao valor arbitrado a título de condenação por danos morais, o Superior Tribunal de Justiça parâmetros procedimentais para o arbitramento do *quantum*, qual seja, a utilização do método bifásico[4], que consiste no arbitramento de um valor base para a indenização, em conformidade com os valores arbitrados para casos semelhantes, para então, aumentá-la ou diminuí-la.

Os Tribunais Superiores brasileiros arbitram um único valor para cumprir a função reparatória, a função punitiva e a função preventiva da responsabilidade civil. Entretanto, a ausência de discriminação entre as parcelas, além de dificultar a impugnação da quantificação, acaba por gerar uma condenação insatisfatória, que não cumpre integralmente nenhuma das funções invocadas por meio do provimento judicial.

Consequentemente, inúmeras vezes as condenações são tímidas para que se adequem à vedação ao enriquecimento da vítima, mas acabam por manter o lucro proveniente do ilícito em posse do ofensor. Conforme demonstrado acima, o acréscimo patrimonial da vítima e a diminuição do patrimônio do ofensor é consequência *sine qua non* da condenação punitiva, pois ela somente existe, naturalmente, no valor arbitrado além do *quantum* necessário para a compensação do dano.

3.3 ADMISSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO E DO CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA

No Código Civil não há previsão expressa para aplicação de condenação punitiva apartada do valor compensatório pelos danos sofridos pelo ofendido. Dessa maneira, subsiste a prática, reiterada, dos tribunais em arbitrar, embutido ao valor da compensação por danos morais, uma espécie de "valor a mais" à título punitivo-pedagógico da responsabilidade civil. Todavia, conforme avaliado acima, muitas vezes o valor arbitrado à título de indenização não cumpre minimamente a compensação do prejuízo suportado pela parte autora.

Neste cenário, os juristas expressam divergências teóricas acerca da compatibilidade da sanção punitiva e preventiva ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como expõem divergências teórico-doutrinárias sobre a possibilidade de aplicabilidade imediata do caráter punitivo e do caráter preventivo da responsabilidade civil, sem que seja necessária mudança legislativa.

Os críticos da compatibilidade da responsabilidade civil punitiva e preventiva destacam a incompatibilidade dessas funções com o artigo 944 do Código Civil, a necessidade de prévia previsão legislativa para a aplicação do caráter desestimulador das condutas ilícitas por meio de sanções que ultrapassem a compensação pelo dano sofrido pela vítima, devido ao princípio da legalidade, o incentivo à

[3] STF - AI: 455846 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/10/2004, Data de Publicação: DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163.

[4] STJ - REsp: 1152541 RS 2009/0157076-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2011.

"indústria do dano moral", o enriquecimento sem causa da vítima, entre outras críticas.

Entre aqueles que rejeitam a compatibilidade da aplicação do caráter punitivo-pedagógico à responsabilidade civil estão Maria Celina Boudin (2010) e Anderson Schreiber (2015, p. 211). O último entende que o atual ordenamento jurídico brasileiro seria compatível apenas com o caráter compensatório do instituto.

O autor (SCHREIBER, 2015, p. 211) entende que a indenização punitiva é incompatível ao sistema jurídico brasileiro, dentre outros motivos, cita o artigo 944 do Código Civil, como norma que impede esse tipo de indenização embutida ao valor de compensação por danos morais, bem como cita que é impossível conciliar a função punitiva da indenização com a vedação do enriquecimento sem causa e a separação entre ilícito civil e ilícito penal, ambas questões caras ao ordenamento jurídico brasileiro (SCHREIBER, 2015, p. 212-213).

Além disso, entende o autor que, atualmente, depois da conquista referente à responsabilidade objetiva, a preocupação da responsabilidade civil é voltada à vítima, ao ressarcimento do dano da maior parcela possível de pessoas lesadas, e, consequentemente, a culpa ou a punição da conduta do ofensor não encontram espaço na discussão contemporânea do instituto.

Entretanto, a preocupação com a punição da conduta do ofensor e a prevenção por meio do arbitramento de sanção punitiva não é incompatível com a preocupação com a vítima e com a ampliação das possibilidades de ressarcimento de danos, porque não se objetiva que a prova da culpa volte a ser pressuposto essencial do instituto, mas, apenas que nos casos em que restar comprovada a malícia do ofensor, nos quais o ato ilícito foi praticado de maneira dolosa ou por culpa grave, o ordenamento jurídico dê a resposta necessária de maneira a desestimular esse tipo de conduta.

De acordo com Nelson Rosenvald (2017, p. 64), a concepção de que existe uma única sanção possível ao ilícito, qual seja, o ressarcimento *in natura* ou a compensação na extensão do dano, para o retorno ao *status quo ante*, é equivocada, porque ao direito não interessa apenas assegurar o ressarcimento do dano, mas sim desencorajar a violação das normas jurídicas e o cometimento de atos ilícitos que causaram danos ou não causaram.

A prevenção é o atual cerne da responsabilidade civil contemporânea, principalmente quando analisada pelo viés civil-constitucional e no contexto da sociedade de risco, de maneira a aplicar o instituto para desestimular o desrespeito às normas derivadas dos princípios constitucionais da liberdade, solidariedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade para todos, justa e livre de pobreza (ROSENVALD, 2017, p. 95).

A constitucionalização do direito civil trouxe essa difícil tarefa de harmonização da autonomia privada e o dever constitucional de solidariedade, conforme princípio previsto no artigo 3º da Constituição de 1988, que materializa o objetivo de construção de uma sociedade livre e justa, neste cenário a autonomia privada sofre restrições e deve adaptar-se para que ocorra a realização da justiça e equilíbrio nas relações privadas (DUQUE e PEDRA, 2013, p. 5-16).

Neste sentido, em conformidade com o dever de solidariedade, a sanção punitiva não se volta apenas "à proteção isolada do interesse patrimonial do sujeito, mas a um interesse geral, de ordem econômica e social, pautado na manutenção da segurança e da transparência" (ROSENVALD, 2017, p. 130).

André Gustavo de Andrade (2006, p. 252-261) afirma que a face punitiva da indenização por dano moral diz respeito à materialização do nível de reprovação social da conduta dolosa do agente que ocasionou o dano, que deve perceber diminuição em seu patrimônio, e, também, à necessidade de desestimulação da conduta praticada, buscando a sua eliminação do meio social.

Na visão de André e Andrade (2006, p. 337), é necessária a defesa da possibilidade de aplicação imediata da função punitiva no momento de arbitramento do valor indenizatório, tendo em vista que a responsabilidade civil tem como funções a reparação dos danos, a prevenção para que novos danos parecidos não ocorram novamente e a punição do ofensor pelo ato, que, conjuntamente, tornam-se vetores da promoção da dignidade da pessoa humana.

Flávio Higa (2016, p. 174) entende ser essencial o arbitramento apartado da parcela destinada à função punitiva, pois a ausência de distinção entre a parcela compensatória e a parcela punitiva da condenação viola o devido processo legal, impedindo o réu de refutar os fundamentos da quantificação de cada parcela.

Em posição vanguardista e em atenção às rápidas mudanças sociais, Nelson Rosenvald (2017 p. 70) expõe que a sanção punitiva e preventiva não deve estar interligada ao dano sofrido pela vítima, mas sim ligada à conduta do ofensor, "o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária", deve-se desestimular o ilícito, e não o dano.

Nessa perspectiva, o autor (ROSENVALD, 2017, p. 70) destaca a proposta de conceito de responsabilidade civil, trazida pelo Renata Scognamiglio, de maneira a desassociá-lo de uma perspectiva meramente compensatória e intrinsicamente interligada aos efeitos do ato ilícito praticado pelo ofensor, qual seja, a responsabilidade civil é a "submissão do agente às consequências desfavoráveis de sua própria conduta".

Em uma sociedade de risco, na qual os danos, principalmente na seara consumerista, também ocorrem de forma massificada, torna-se necessário utilizar mecanismos para desestimular, principalmente, condutas de violação de direitos reiteradas no mercado, que geram lucro indevido para os violadores (FERRAÇO e RODRIGUES, 2016, p. 25).

Estes violadores, conforme exemplificado por meio do caso Ford Pinto, muitas vezes escolhem, deliberadamente, não adicionar custo ao processo de produção ou não refinar o procedimento de verificação da existência de dívida para proceder a inscrição do nome de uma pessoa em órgãos de proteção ao crédito, assumindo o risco de arcar com as condenações da pequena porcentagem de vítimas que buscam tutela judicial dos seus direitos lesados.

Perpetua-se no mercado essa lógica do custo/benefício, no sentido de que, se para o fornecedor for menos custoso pagar os valores ínfimos de compensação de danos morais às poucas pessoas que, quando lesadas, ajuízam demandas de indenização, o fornecedor não irá realizar uma efetiva mudança de postura no mercado (ANDRADE, 2006, p. 261).

A aplicação efetiva da função punitiva deve realizar a eliminação do lucro proveniente de ato lesivo, bem como deve cumprir o papel de não incentivar que seja buscado, pelos sujeitos em sociedade, vantagem por meio de prática de atos ilícitos ou atos que podem ocasionar a lesão de outrem, nas relações no mercado.

Logo, é necessário resgatar a faceta sancionatória da responsabilidade civil, para que, por meio da punição de condutas que violem regras de comportamento e princípios, ocorra o desestímulo de práticas ilícitas no mercado e em outros âmbitos da sociedade, servindo, a responsabilidade civil, como "uma ferramenta poderosa de direcionamento de condutas humanas e garantia de coesão social" (ROSENVALD, 2017, p. 97), que desassociada da concepção individualista e patrimonialista, deve ser interpretada conforme o princípio constitucional da solidariedade, desestimulando todos os potenciais ofensores (ROSENVALD, 2017, p. 49).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho permitiu alcançar nova interpretação jurídica da responsabilidade civil, adequando-a às necessidades da sociedade contemporânea, na qual presa-se pela prevenção dos riscos e dos danos, bem como evidenciou a possibilidade de ultrapassar as limitações decorrentes do paradigma do princípio da reparação integral, para resgatar as demais funções da responsabilidade civil, de maneira a prevenir o dano e as reiteradas violações das normas prescritivas de comportamento.

Entendeu-se que a função punitiva da responsabilidade civil é compatível com a constitucionalização do direito civil e indispensável à concretização de sua função preventiva e para o alcance do bem-estar social, e, principalmente, que a aplicação da punição da conduta do ofensor, quando comprovada a culpa grave ou o dolo, é compatível com a lógica da valorização da vítima e da ampliação das hipóteses de ressarcimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

BECK. Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código De Defesa Do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 10 mar 2017.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. In: DUQUE, Bruna Lyra; SALOMÃO, Calebet al. (Org.). **Constituição de 1988**: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>. Acessoem: 05 mai 2018.

EDRHART JÚNIOR, Marcos. Para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; RODRIGUES, Igor Britto. Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: óbices e desafios no contexto brasileiro. **Derecho y Cambio Social**. n. 46. a. 13. Lima: 2016. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista046/DANOS_MORAIS_NO_DIREITO_DO_CONSUMIDOR.pdf>. Acesso em: 08 mar 2018.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 17-43.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva**: os "punitive damages" no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NOLAN. Donal. Foreword. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p 1-4.

PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

RODRIGUES, Francisco; VERAS, Gésio. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. In: **Civilistica**. a. 4. n. 2. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: < http://civilistica.com/dimensao-funcional-do-dano-moral-no-direito-civil-contemporaneo/>. Acesso em: 10 mar 2017.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015.

KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coord). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

UMA TENTATIVA DE MAPEAMENTO DAS ESTRUTURAS DENSIFICADORAS DA BOA-FÉ NO BRASIL, ARGENTINA, CHILE E URUGUAI: NOTAS PRÉVIAS A UM PROJETO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

Maria Eduarda Trevisan Kroeff[1]

RESUMO: Indissociável da Sociedade, o Direito tem papel fulcral, mesmo quando estruturado abstratamente no conjunto composto por regras e princípios. Os últimos, objeto desta investigação, são preceitos que apesar de exigirem densificação, são balizas normativas dotadas de validade, vigência e, especialmente, de cogência. Neste contexto, a boa-fé – aqui pensada em sua verve objetiva –, apesar de, aparentemente, assumir estrutura semântica indeterminada, haverá de orientar a compreensão de todo e qualquer contrato, incluídos aqui, os contratos de consumo, impondo ideais comportamentais que informarão a conduta das partes e, às vezes, também a de terceiros. Imersos nesses contextos, os contratos deixaram de ser pensados *stricti iuris* e passaram a ser *bonae fidei.* Visto isso, o presente estudo busca analisar, por meio da análise crítica as literaturas jurídicas e de julgados, como a boa-fé é densificada no Brasil, Chile, Uruguai e Argentina.

Palavras-chave: Boa-Fé Objetiva. Princípio. Standard. Proteção do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo antecipa e faz parte de uma pesquisa mais ampla, qual seja, o trabalho de conclusão do curso de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Trabalho de conclusão que tem como enfoque principal o tratamento da boa-fé objetiva in *executivis* no direito dos contratos. Com a peculiaridade, ante a globalização/integração, busca compreender as suas peculiaridades no Brasil, Chile, Uruguai e Argentina, por meio da análise bibliográfica e de julgados para, por fim, estabelecer um critério comparativo a fim de determinar em qual dos países aferidos o princípio estudado é melhor densificado.

Ao longo do estudo se antecipa porque e como da antropologia jurídica da boa-fé no contexto mundial, sendo explorados os direitos romano, canônico, francês, alemão e common law. No segundo tópico do trabalho será abordada a força normativa da boa-fé - princípio normativo- e seus desdobramentos para, por fim, analisar como se dá a desificação desta nos quatro países estudados, bem como da recepção da boa-fé no Direito do Brasil, Chile, Uruguai e Argentina.

2 A JUSTIFICATIVA DE UM ESBOÇO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: PRIMEIRAS PALAVRAS

Quase sempre menosprezada pelas primeiras codificações e por muitos de seus intérpretes a boa-fé objetiva – aqui pensada como princípio –, aparentemente, tem chamado a atenção do direito privado. Prova disso é a sua alocação no Código Civil[2] e no Código de Defesa do Consumidor[3] brasileiros e, ainda, no

[1] Graduanda no curso de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa Teorias Sociais do Direito.

[2] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 maio 2018.O Código Civil traz a boa-fé em três momentos. O primeiro momento é quando o artigo 113 deste mesmo Diploma Legal aborda a boa-fé em sua função interpretativa "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A seguir, o artigo 187 aborda a função limitativa aos exercícios inadmissíveis de posição jurídica "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Por fim, o terceiro momento se dá na abordagem pelo artigo 422, que assim destaca "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

[3] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n.14, p. 20-27, 1995. Como aponta Ruy Rosado o atual CDC menciona a boa-fé em dois momentos. Em seu artigo 4º, ao determinar que as relações

Código Civil argentino[4] recém-aprovado.

Isso ocorre, em alguma medida, por que os princípios têm crescido em importância nos contextos jurídicos marcados pelo pós-positivismo e pelo inafastável reconhecimento de sua força normativa e, portanto, da sua correlata identificação com a gênese de direitos[5] subjetivos e (ou) formativos, ônus e expectativas jurídicas. Aliás, pode-se mesmo afirmar com Paulo Bonavides que "os princípios [foram] convertidos [no] pedestal normativo sobre o qual [se] assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"[6].

Ao ocuparem importante espaço no universo jurídico os princípios passaram a reger as decisões dos magistrados. Ocorre que a leitura analítica de algumas destas decisões também permite perceber o mau uso dos princípios – em alguma medida, por que os princípios seguem sendo pensados como as ferramentas retóricas contidas no artigo 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[7] – e, mais pontualmente, no âmbito do projeto ainda em construção, da boa-fé objetiva[8].

A adequada densificação deste princípio – atada à identificação hermenêutica de sua dimensão normativa em concreto – ganha ainda mais destaque quando se resgata que o Código de Processo Civil, atualmente, em vigor impõe a fundamentação das decisões judiciais, exigindo – como se tal comando normativo não estivesse presente na Constituição Federal desde 1988[9] – minudente explicação do caminho trilhado pelo pensamento trasladado à decisão em vez da recorrente alusão genérica ao fato de que determinado comportamento coadunou-se (ou não) à boa-fé. Noutras palavras, impõe-se a explicação de

---

de consumo devem atender aos interesses do consumidor, bem como proteger os direitos fundamentais destes, sendo a boa-fé o princípio-base do equilíbrio na relação comercial. E em seu artigo 51, ao prever que são nulas as cláusulas abusivas. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n.14, p. 20-27, 1995.

[4] ARGENTINA**. Ley 26.994**. Codigo Civil y Comercial de la Nacion. Disponível em: <http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018. Artigo 961: *Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 269.

[6] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 269.

[7] CATALAN. Marcos Jorge. Do Conflito Existente entre o Modelo Adotado pela Lei 10.406/02 (Ncc) e Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**, v.8, n.1, p.59-68, jan./jun., 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4º da lei de introdução ao código civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 5, p. 236-242, 2005.

[8] Exemplo de mau uso da boa-fé como fundamentação da decisão: (STJ – Resp: 1003893 RJ 2007/0259170-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 10/08/2010, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/09/2010).

RECURSO ESPECIAL- OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INEXISTËNCIA- INVESTIMENTO EM FUNDOS DERIVADOS – RISCO DA APLICAÇÃO – CONHECIMENTO DO CONSUMIDOR PADRÃO – VIOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO – INEXISTËNCIA – RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há que se falar em omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, quando apreciadas todas as questões que lhe foram devolvidas pela apelação. 2. O fornecedor de serviços que causem riscos, normais e previsíveis aos consumidores, tem o dever de dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito, ou seja, acerca da natureza e fruição dos serviços, considerando, para tanto, o conhecimento do homem médio, consumidor-padrão. 3. No investimento em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar americano, é ínsito o alto grau de risco, tanto para grandes ganhos, como para perdas consideráveis. Aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados, estão cientes dos riscos do negócio. 4. Recurso a que se nega provimento.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. O vencimento antecipado da obrigação e a sua influência na aferição do marco inicial do fato jurídico da prescrição: notas a uma decisão judicial. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 105, p. 438-449, 2016.

[9] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. htm>. Acesso em: 07 maio. 2018.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

alguns porquês[10] da alusão à obediência ou violação da boa-fé.

E parece óbvio que se o mal-uso da boa-fé poderá conduzir à violação – no limite, à negação – de direitos que pulsam no desvelar de qualquer processo obrigacional, poderá, também, vulnerar a posição jurídica do consumidor[11] quando a boa-fé imante a interpretação de um contrato de consumo.

---

[10] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 7 maio 2018.

Art. 489: São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

[11] STJ - REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. 2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável , quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial. 3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito). 4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada. 4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual

Ao mesmo tempo percebe-se que esse fenômeno não se limita ao território nacional.

Daí a pretensão aqui explicitada de ultrapassar as fronteiras geográficas que delineiam o território nacional visando a analisar como outras importantes nações sul-americanas[12], pretensão justificada, ademais, na relevância que informa microanálises comparatistas e, ainda, a percepção do crescimento do turismo e das preocupações com a proteção do consumidor turista[13].

3 PROBLEMA E HIPÓTESE: APRENDENDO A PERGUNTAR

O problema – ainda em fase de lapidação – a informar esta pesquisa, por ora, pode ser assim sintetizado: a densificação boa-fé objetiva – a sua utilização, em concreto, portanto – tem sido promovida, da mesma forma e, ainda, dogmática e hermeneuticamente adequadas – nos Direitos eleitos para a realização desta investigação científica?

A hipótese que a informa – fundada na percepção do Direito como um sistema sujeito à distintos influxos socioespaciais –, por sua vez, tende a antecipar que o resultado desta investigação haverá de ser imantado por respostas negativas.

Observe-se, enfim, que a desilusão que aparente informa a hipótese de pesquisa, por si só, não a inviabiliza. Isso se explica tanto por conta (a) da dimensão crítica que precisa ser incorporada pela literatura jurídica brasileira, como, (b) pelo conteúdo que informa as utopias negativas e que busca impedir que menores níveis de proteção venham a permear o cotidiano das pessoas alcançadas nos contextos geográficos que delineiam esta pesquisa.

4 OBJETIVOS: ENTRE O GERAL E OS ESPECÍFICOS

O objetivo geral da pesquisa aqui esboçada busca submeter, à análise crítica e comparativa, a literatura jurídica e os julgados acerca da boa-fé objetivo nos direitos brasileiro, argentino, uruguaio e chileno, uma vez que são países vizinhos e que formam uma parte da América do Sul que parece ser diferente dos demais países que compõem a América Latina.

Dentre os objetivos específicos catalogados até o momento, encontram-se: (a) a exploração da arqueologia jurídica da boa-fé objetiva, de funções e desdobramentos através do tempo, (b) a investigação do tratamento jurídico da boa-fé objetiva nos diferentes Direitos recortados buscando refletir sobre a relevância do referido princípio em cada sociedade e a correlata identificação da existência de regras sobre a boa-fé objetiva em tais direitos, (c) a análise da literatura jurídica e de julgados sobre o tema a fim de aferir de que forma se dá a densificação da boa-fé objetiva em cada um dos países eleitos, (d) a reflexão acerca do acerto (ou não) no tratamento dado à boa-fé em cada um destes contextos geográficos e, enfim, (e) mapear se o uso, em concreto, da boa-fé potencializou (ou não) a tutela do consumidor no espaço geográfico eleito para a investigação.

---

estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação , e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido.

[12] PAMPLONA, João Batista; CACCIAMALI, Maria Cristina. **O paradoxo da abundância: recursos naturais e desenvolvimento na América Latina.** Estudos Avançados, São Paulo, volume 31 n°.89 São Paulo Jan./Apr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142017.31890020 Acesso em: 12/03/2018.

[13] MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium generale sobre o consumidor como homo novus. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, nº 85, p. 25-67, jan/fev.2013.

5 METODOLOGIA E MÉTODO: PENSANDO O QUE E COMO CONSTRUIR A PESQUISA

Após (a) a explicitação do problema de pesquisa e, ainda, da resposta que se espera alcançar, (b) da relevância teórica e justificativa jurídica e sociológica que informam a investigação aqui esboçada, bem como, (c) de seus objetivos mais salientes até o momento, resta anotar que o trabalho a ser alinhavado se percebe inserido entremeio a duas grandes vertentes da pesquisa social aplicada: a tecnologia social científica –"que converte o pensamento jurídico e sua produção em uma tecnologia voltada para as questões sociais, mas que substitui drasticamente os valores pelos fins e os fundamentos pelos efeitos"[14] – e a análise jurídica-sociológica ante a preocupação com as demandas sociais reprimidas e a necessária adequação dos institutos jurídicos a elas[15].

Alguns cortes são necessários: (a) a pesquisa – mormente ante o limite temporal para a sua execução – enfatizará a boa-fé objetiva em sua fase *in executivis*, desprezando eventuais manifestações nas searas que antecede (pré) ou sucede (pós) o contrato.

A seu turno, no que diz respeito à escolha dos países a serem visitados no desvelar deste trabalho é preciso dizer que ela se justifica antes as fronteiras que de algum modo os atam e por estarem todos dentre os cinco países com maior renda *per capta* na América do Sul, ou seja, são os mais importantes em termos de comércio[16]. A razão de o Paraguai não ter sido incluído nesta pesquisa – para além da ululante limitação do tempo – explica-se pela dificuldade na localização de fontes paraguaias quando da exploração bibliográfica preparatória.

Explicitados alguns dos cortes necessários é preciso escancarar método e metodologia.

Elegeu-se como método de análise a pesquisa exploratória e comparativa. Inicialmente o trabalho procurará compreender o tratamento dado à boa-fé objetiva no Brasil, Uruguai, Chile e Argentina e as potenciais relações entre o tratamento jurídico a ela atribuído em cada um destes direitos para, mais tarde, promover a comparação entre as diversas formas de tratamento dadas ao referido princípio.

A seu turno, como método de procedimento – caminhos e instrumentos de pesquisa que serão utilizados pelo pesquisador – optou-se pela adoção do método pesquisa bibliográfica. Por meio da análise de julgados e da literatura jurídica especializada acredita-se ser possível identificar os padrões de tratamento da boa-fé nos países eleitos para a realização da pesquisa aqui esboçada. E como pesquisas bibliográficas exigem a identificação de referenciais teóricos, ei-los aqui:

a) MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

b) MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium generale sobre o consumidor como homo novus. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, nº 85, p. 25-67, jan/fev.2013.

c) BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

d) CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no direito civil, Coimbra**: Almedina, 1984.

e) CATALAN, Marcos Jorge. A morte da culpa na responsabilidade contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2013.

6 CONCLUSÃO

Além de base fundamental do Direito – enquanto princípio –, a boa-fé é pilar contratual e ferramenta

[14] GUSTIN, Miracy. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

[15] GUSTIN, Miracy. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

[16] PAMPLONA, João Batista; CACCIAMALI, Maria Cristina**. O paradoxo da abundância: recursos naturais e desenvolvimento na América Latina.** Estudos Avançados, São Paulo, volume 31 n°.89 São Paulo Jan./Apr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142017.31890020 Acesso em: 12/03/2018.

que cria deveres de conduta e limita os comportamentos das partes imantadas por uma relação contratual. Seu grau de vagueza, entretanto, impõe trabalho e preocupação constantes visando, ao mesmo tempo, (a) a permitir que suas possibilidades normativas pulsem no desvelar de todo o processo obrigacional e (b) a impedir que posturas solipsistas a desvirtuem transformando-a em algo que, hermeneuticamente, ela não pode vir a ser.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

AMARAL, Francisco A Boa-fé no Processo Romano. **Revista de Direito Civil**, [S.L.].1996

AMORÍN, Marcelo. Buena fe y responsabilidade del provedor em la ley de relaciones de consumo. **Revista Crítica de Derecho Privado.** [S.L.], n°1, p. 9-24, jul. 2004.

ARAÚJO, André Luiz Maluf de. A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Tubarão, v. 7, n. 13, p. 39-67, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONFANTE, Pietro. **Essenza delta "bona fides " e suo rapporto colla teoria deli 'errore in Seriai Giuridici Varii**, v. II, Torino, Unione Tipográfico. [S.L.] 1916.

BORDA, Guillermo. El principio de la buena fe. **Revista Signos Universitarios,** Buenos Aires, n. 20, p, 41-43, dez. 1991.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. **La buena fe contractual**. Lima: Legales Instituto, 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. A morte da culpa na responsabilidade contratual. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. O vencimento antecipado da obrigação e a sua influência na aferição do marco inicial do fato jurídico da prescrição: notas a uma decisão judicial. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 105, p. 438-449, 2016.

CLAVARIO, Hèctor Arturo Caumont. La ética como marca ontológica de la contractualidad. **Revista Critica de Derecho Privado**, Uruguai, n. 11, p. 49-60, 2014.

CLEMENTE, Diego de. El método en la aplicación del derecho civil. **Revista de Derecho Privado**, Madri, Tomo III, 1917.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no direito civil**, Coimbra: Almedina, 1984.

CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. La "Buena fe" como pauta de interpretación en los contratos. In: CÓRDOBA, Marcos; CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). **Tratado de la buena fe en el derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIA, Victor Lisboa de. **Boa-fé contratual: de limite à elemento de existência do contrato e seus fundamentos filosóficos**. 2006. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

GUSTIN, Miracy. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática**.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium generale sobre o consumidor como homo novus. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 21, nº 85, p. 25-67, jan/fev.2013.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos No Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. 7ª edição, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; REICHELT, Luis Alberto. Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo 1ª edição, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro. **Roma e América: Diritto Romano Comune**, [S.L.], p. 71–121, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.L.], v. 40.p. 140 – 160, out. 1992.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, n. 71, p. 1-61, nov. 1997.

PAMPLONA, João Batista; CACCIAMALI, Maria Cristina. O paradoxo da abundância: recursos naturais e desenvolvimento na América Latina. Estudos Avançados, São Paulo, volume 31 n°.89 São Paulo Jan./Apr. 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142017.31890020 Acesso em: 12/03/2018.

PIAGGI, Ana. Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios. In: CORDOBA, Marcos. **Tratado de la buena fe en el derecho**. Buenos Aires, 2012.

RAMÍREZ, Lina María Mápura. **La cultura jurídica en Colombia: un fenómeno que necesita actualizarse**. 2013. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Colombia. 2013.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 42, p. 5-34, 2005.

RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 99, p. 573-658, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial. **Conjur,** 26 nov. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-26/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte Acesso em: 7 maio 2018.

SCHULZ, Fritz. **Prinzipien des rõmischen Rechts**, Florença: Sansori, 1946.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima (Coord.); BENJAMIN,Antonio Herman de Vasconcellos. Cláusulas Abusivas Nas Relações de Consumo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 4ª edição, 2014.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A proteção do consumidor turista estrangeiro no Mercosul: a efetividade do acordo interinstitucional para a prevenção e a solução de litígios. **Revista do CEPEJ**, Salvador, vol. 19, Ed. Especial, p 163–191, jan/jun 2016. Disponível em: http://file:///C:/Users/Note/Downloads/22045-75010-1-PB.pdf Acesso em: 7 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTI-PARENTALIDADE: COMENTÁRIOS AO PROVIMENTO N. 63, DE 14/11/17, DO CNJ

Marcos Ehrhardt Jr[1].

Karina Barbosa Franco[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O contexto da criação do Provimento n. 63/17: uma abordagem da Parentalidade Socioafetiva. 3. Disposições Específicas do Provimento. 4. Multiparentalidade: possibilidade do seu reconhecimento de forma extrajudicial. Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, ao ingressar com Pedido de Providências n. 0002653-77.2015.2.00.0000, editou o Provimento n. 63, que dentre outras providências, dispôs sobre o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade/maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil, em todo território nacional, e estabeleceu a multiparentalidade.

O Pedido foi fundamentado diante da inexistência de regramento legal sobre a matéria embora haja reconhecimento jurídico da paternidade/maternidade socioafetiva na literatura e jurisprudência pátrias, levando em consideração, também, a emissão de Provimentos pelas Corregedorias de diversos Estados[3], que regulamentaram a formalização extrajudicial da paternidade socioafetiva.

O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, reconheceu a socioafetividade como parentesco com amparo legal nos arts. 1º, III; 227, *caput*, e §6º da CF/88; 1593 e 1596 do CC/02, além do art. 4º do ECA, na doutrina e jurisprudência, e admitiu a necessidade de uniformização do procedimento, entendendo pelo reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, haja vista que "a existência de diversos provimentos editados pelos Tribunais de Justiça dos estados da federação, sem a respectiva orientação geral por parte dessa Corregedoria Nacional de Justiça pode suscitar dúvidas e ameaçar a segurança jurídica dos atos de reconhecimento de paternidade registrados perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais[4]".

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR manifestou-se defendendo a regulamentação do reconhecimento voluntário de paternidade/maternidade socioafetiva diretamente perante os oficiais de registro civil, bem como a uniformização e padronização das orientações já editadas por alguns Tribunais de Justiça.

Neste panorama, desde 2013, alguns Estados passaram a reconhecer a filiação socioafetiva de forma extrajudicial, diretamente nos cartórios de registro de pessoa natural, e em 2016, com o posicionamento firmado pelo STF no RE 898.060[5], com repercussão geral, que reconheceu a filiação socioafetiva em igual grau de hierarquia à filiação biológica em nosso ordenamento jurídico, o Provimento foi publicado, para

[1] Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Civil da UFAL e do Centro Universitário CESMAC. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

[2] Mestranda em Direito Público pela UFAL. Professora Universitária. Membro do IBDFAM e IBDCIVIL. Participante do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE) e Direito Privado e Contemporaneidade – Linha de Pesquisa: Constitucionalização das Relações Privadas (UFAL). Email: karybfranco@gmail.com.

[3] TJAM - Provimento n. 234/21014; TJCE - Provimento n. 15/2013; TJPE, sendo Pernambuco o estado pioneiro na regulamentação do reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registros Civis de Pessoas Naturais por meio do Provimento n. 09/2013, com a iniciativa do Corregedor Jones Figueiredo; TJMA - Provimento n. 21/21013; TJSC - Provimento n. 11/2014.

[4] CNJ. Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

[5] BRASIL. STF. RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016.

satisfação de alguns doutrinadores, a exemplo do Tartuce[6], que defende a extrajudicialização do Direito das Famílias, mormente a parentalidade socioafetiva e multiparentalidade, e Ricardo Calderón.

No presente artigo, a pesquisa fará um corte metodológico para abordar somente o reconhecimento da Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade assim disciplinadas no Provimento, cujos questionamentos que ora se propõem são no sentido de discutir se o reconhecimento da multiparentalidade extrajudicialmente assegura o superior interesse da criança e do adolescente? O Provimento, neste ponto, trouxe avanços ou causou mais polêmicas? É possível limitar o reconhecimento da Multiparentalidade diante de uma realidade fática consolidada no afeto e na convivência?

2 O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO PROVIMENTO N. 63/17: UMA ABORDAGEM DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA.

A parentalidade socioafetiva está consolidada no Direito das Famílias brasileiro há mais de duas décadas, com amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, mas desde a década de 70, com o trabalho pioneiro do Professor João Baptista Vilella[7], intitulado a **Desbiologização da Paternidade**, que já sustentava que a relação de parentalidade residia antes no amor e no serviço, que na procriação, desvinculando o exercício das funções paterna e materna do critério biológico, valorizando o afeto como valor jurídico e vetor das relações familiares.

Esta premissa é confirmada pelo ditado popular que **pai é aquele quem cria**, e na doutrina nacional, o tema é bem tratado[8].

A parentalidade socioafetiva fundada na posse de estado de filho é um dos temas de Direito de Família que mais se transformou nos últimos anos, situando-se na expressão "outra origem", mencionada pelo art. 1.593 do Código Civil, como geradora de vínculo parental que não seja a consanguinidade.

Sobre esse reconhecimento, no âmbito doutrinário, merecem destaque os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil[9].

---

[6] TARTUCE, Flávio. Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade. Publicado em 29 março 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI256444,31047-Da+extrajudicializacao+da+parentalidade+socioafetiva+e+da> Acesso: 29 abril 2018.

[7] VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

[8] Por Luiz Edson Fachin (Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992; Da Paternidade. Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996), Paulo Luiz Netto Lôbo (A repersonalização das relações de família. *In*: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. Bittar, Carlos Alberto (Coord). São Paulo: Saraiva, 1989; Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. *In*: **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 339, p. 45-56, jan. 2006;. Socioafetividade: o Estado da Arte no Direito de Família Brasileiro. In: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Set/Out, n. 05. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014; Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: **Revista dos Tribunais. Família e Sucessões**. São Paulo: RT, 2001, v. I; **Direito Civil. Famílias**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018), Maria Berenice Dias (**Filhos do Afeto. Questões Jurídicas**. São Paulo: RT, 2016; **Manual de Direito das Famílias**. 11ed. São Paulo: RT, 2016), Rodrigo da Cunha Pereira (**Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012; Parentalidade Socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. *In*: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Maio/Jun, n. 09. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (**Novo Curso de Direito Civil**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (**Curso de Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Atlas, 2017), Ricardo Calderón (**Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro, Renovar, 2013; A Socioafetividade nas Relações de Parentalidade: Estado da Arte nos Tribunais Superiores. Disponível em: <www.magisteronline.com.br> Acesso em: 14 dez. 2016) e Flávio Tartuce (Direito Civil. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

[9] O Enunciado n. 103 da **I Jornada de Direito Civil**, *realizada em 2002,* estabelece que "o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho". Da mesma **Jornada**, foi aprovado o Enunciado n. 108 CJF, que preconiza que"no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva". Em continuidade, na **III Jornada de Direito Civil**, *do ano de 2004, aprovou-se o* Enunciado n. 256: "A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Por fim, na **V Jornada de Direito Civil**, o Enunciado n. 519, que preconiza: "Art. 1593: O reconhecimento judicial

Para formalizar uma relação socioafetiva era imprescindível a demanda em juízo para viabilizar o registro desse vínculo. A via extrajudicial não era uma opção permitida. Às partes não era dada a chance de se encaminharem diretamente ao cartório de registro de pessoas para solicitar que constasse do respectivo documento uma relação socioafetiva[10].

Para tanto, o reconhecimento de uma relação parental socioafetiva somente poderia se dar pela via jurisdicional. Mas a possibilidade deste reconhecimento pela via extrajudicial começou a ser discutido por Christiano Cassettari, cuja ideia lançada foi acolhida pelo Desembargador Jones Figueiredo Alves, sendo o Estado de Pernambuco o pioneiro em publicar um provimento neste sentido. Após, seguiram-se os Estados do Ceará, Maranhão, Santa Catarina, Amazonas, Paraná e Mato Grosso do Sul.

Diante do fenômeno crescente da desjudicialização do Direito Civil, o CNJ, em boa hora, acolheu o pedido do IBDFAM no sentido de uniformizar a regulamentação da filiação socioafetiva pela posse de estado de filho nos cartórios, editando o referido Provimento n. 63, que consubstancia uma conquista para o Direito das Famílias, diante da atuação vanguardista do Instituto.

A decisão do Corregedor Nacional, acompanhando a evolução doutrinária e jurisprudencial, tomou por base o princípio constitucional da isonomia da filiação para afirmar que "a origem da paternidade não se limita exclusivamente aos laços biológicos, possibilitando que a relação entre pai/mãe e filho tenha como base outro fundamento, como a relação afetiva construída ao longo do tempo entre eles"[11].

E corrobora: "Exsurge também que o filho havido por origem biológica e aquele cuja ascendência decorre da afetividade devem ter tratamento igual, não prevalecendo um tipo de vínculo de parentalidade sobre o outro[12]".

Ademais, assentou sua decisão nos princípios do maior interesse da criança e do adolescente, da dignidade da pessoa humana, proteção integral à criança e especialmente, o, da afetividade.

O objetivo da norma administrativa do CNJ é o reconhecimento da parentalidade socioafetiva em uma perspectiva de desburocratização do Direito das Famílias, cuja origem se deu em função da socioafetividade existente entre pai/mãe e filho pela posse de estado de filho que gera esse vínculo.

Para Lima, "uma vez verificada a filiação socioafetiva, construída no decorrer do tempo de convívio, todos os procedimentos, prerrogativas, facilitadores, direitos, obrigações e efeitos, comparados com a paternidade/maternidade biológica, devem ser análogos"[13].

Abordando, especificamente, o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetivas extrajudicialmente, destacam-se como **Considerandos** do ato, a existência de regulamentação sobre o tema por algumas Corregedorias-Gerais de Estados e para tanto, a conveniência da edição de normas básicas e uniformes para conferir segurança jurídica à paternidade e maternidade socioafetivas estabelecidas.

Considerou-se, também, a ampla aceitação da parentalidade socioafetiva na doutrina e jurisprudência pátrias, com base nos princípios da Afetividade e Dignidade da Pessoa Humana como fundamentos da filiação civil, bem como a previsão do parentesco resultar de **outra origem** que não a consanguinidade, nos termos do art. 1593 do Código Civil, e a proibição de tratamento discriminatório entre os filhos, em atenção ao princípio da igualdade jurídica.

Ademais, o ato se baseou na decisão do STF no RE 898.060, que reconheceu a parentalidade socioafetiva e a Multiparentalidade.

---

do vínculo de parentesco em virtude da socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse de estado de filho, para que produza seus efeitos pessoais e patrimoniais".

[10] CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[11] CNJ. Decisão no Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

[12] CNJ. Decisão no Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

[13] LIMA, Márcia Fidelis. O Registro Civil da Parentalidade Socioafetiva e da Multiparentalidade. *In*: **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte: IBDFAM, jan/fev 2018, v. 25, p. 41-42.

3 DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS DO PROVIMENTO

O reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva é voluntário, livre, espontâneo e incondicional, conforme previsão no art. 10, *in verbis*:

> Art. 10 O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Na tendência de desafogar o Poder Judiciário, o Provimento traduz a autonomia privada e o princípio da mínima intervenção do Estado no planejamento familiar[14], elencando algumas exigências para o registro da filiação pelo afeto, que, segundo o Min. Otávio Noronha, são os mesmos da adoção, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

a) que o requerente seja maior de 18 anos (independente do estado civil);

b) não seja ascendente ou irmão do pretenso filho;

c) diferença de idade entre o requerente e o pretenso filho tem que ser igual ou maior que 16 anos;

d) o pedido pode ser realizado em outra localidade diversa de onde foi lavrada a certidão de nascimento;

e) consentimento expresso e pessoal da mãe e do pai;

f) se o filho for maior de 12 anos, também é necessário seu consentimento;

g) declaração das partes aceca de desconhecimento de discussão sobre a referida filiação.

Destaca-se que alguns dos requisitos foram previstos em analogia ao procedimento de adoção previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como manifestou o Corregedor-Geral, ao entender que diante da ausência de lei sobre a questão, não vislumbra impedimento de que o seja acolhido, privilegiando-se, a um só tempo, os princípios do superior interesse, da proteção integral da criança e adolescente e o da segurança jurídica[15].

Na mesma linha de raciocínio, o reconhecimento extrajudicial dependerá, ainda, do consentimento do filho, se maior de 12 anos.

Ademais, o reconhecimento é irrevogável, impondo-se os direitos e deveres entre os pais e filhos, sem distinção entre os tipos de filiação, em consonância com o princípio da isonomia entre os filhos previsto na Constituição Federal.

Indispensável que a filiação esteja respaldada pela livre vontade, despida de vícios (fraude, falsificação, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida) na configuração da posse de estado de filho, analisando a clássica tríade (*tractus*, *reputatio* ou fama, nome), podendo o registrador fundamentar a recusa ao reconhecimento, encaminhando o pedido ao juiz competente.

Para o Corregedor-Geral, o reconhecimento extrajudicial submete-se à comprovação cuidadosa de que a relação de filiação socioafetiva tenha consistido em um processo de construção de vínculo baseado no amor e no cuidado, o que, incluso, teria o objetivo de evitar fraudes[16].

Todavia, não poderá ser realizado o reconhecimento voluntário em cartório caso os requerentes tenham em andamento processos judiciais de reconhecimento de paternidade ou de procedimento de adoção, consoante o art. 13. Nesta hipótese, qualquer reconhecimento deve ser encaminhado para as vias jurisdicionais.

---

[14] SARAIVA, Viviane. O afeto está em festa! Publicado em 24 nov. 2017. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 17 abril 2018.

[15] CNJ. Decisão no Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

[16] SALOMÃO, Marcos Costa. A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ. Disponível em: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf> Acesso em: 25 abril 2018.

Não se olvide que deve haver inequívoca demonstração da existência de relação de pai e filho baseada na afetividade, consubstanciando "um ato de afeto, uma decisão de tornar-se pai de alguém, uma decisão de assumir e exercer a função paterna na vida de outra pessoa"[17].

4 DA MULTIPARENTALIDADE: POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO DE FORMA EXTRAJUDICIAL

O ápice do Provimento diz respeito à previsão do reconhecimento da Multiparentalidade, considerando que em 2016, o STF, em repercussão geral sob o Tema 622[18], assentou que "em paralelo à filiação biológica, demanda igual proteção jurídica o vínculo de parentalidade construído apenas a partir do afeto" e fixou a tese: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

O art. 14 assim dispõe: **"O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento".** (grifo nosso)

A tese da multiparentalidade é reforçada pelo artigo 11, §3º, quando preconiza que constarão do termo, além dos dados do requerente (do pai ou mãe socioafetivo), os dados do campo Filiação e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura **do pai e da mãe (biológicos)** do reconhecido, caso seja menor de idade:

> Art. 11 O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.
>
> **§3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.** (grifo nosso)

Desta forma, se a criança tiver pai e mãe registrais (por exemplo, biológicos), poderá ser feito o reconhecimento extrajudicial da parentalidade desde que ambos os pais biológicos concordem. E a mesma regra vale se o filho tiver como pai no registro um pai socioafetivo e a mãe biológica, caso o pai biológico queira proceder ao reconhecimento posteriormente, devendo ser colhida a anuência dos pais constantes no registro.

Para Tartuce, ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive, alimentares e sucessórios, sustentando que emergem grandes desafios dessa afirmação, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com os casos concretos colocados a julgamento pelo Poder Judiciário[19].

Não se pode negar que uma das grandes contribuições do aresto foi consolidar a posição jurídica de que a socioafetividade é forma de parentesco civil[20].

Diante da Multiparentalidade e da decisão do STF, reconhece-se a igualdade entre as filiações socioafetiva e biológica, pois entre elas não há hierarquia, sendo possível a manutenção concomitante das

---

[17] SALOMÃO, Marcos Costa. A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ. Disponível em: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf> Acesso em: 25 abril 2018.

[18] BRASIL. STF. RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016. Acórdão não publicado.

[19] TARTUCE, Flávio. Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte I. Publicado em 25/04/2018. Disponível em: <www.migalhas.com.br> Acesso em: 03 maio 2018.

[20] TARTUCE, Flávio. Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte I. Publicado em 25/04/2018. Disponível em: <www.migalhas.com.br> Acesso em: 03 maio 2018.

duas parentalidades – biológica e socioafetiva – e o seu reconhecimento diretamente no registro civil.

Neste ponto, na decisão[21], o Corregedor salientou ser temerário o CNJ reconhecer a possibilidade de registro em cartório de múltiplos vínculos de filiação quando a discussão ainda não se encontra madura no âmbito do Poder Judiciário e inexiste norma legal que autorize o múltiplo registro de pais no assento de nascimento, porque extrapolaria as atribuições previstas na Constituição Federal, no Regimento interno e no Regulamento da Corregedoria Nacional, além de violar frontalmente a separação dos Poderes.

A despeito deste entendimento, o provimento autorizou o registro extrajudicial de multiparentalidade, diretamente no registro civil, limitando o número de dois pais e de duas mães, no máximo, e de forma unilateral, conforme previsto no art. 14 acima declinado.

Acompanhando a doutrina que defende a desjudicialização do Direito das Famílias[22], o Provimento, ao reconhecer o registro da parentalidade socioafetiva diretamente nos Cartórios, avançou, alcançando uma posição de vanguarda e destaque, em que pese ter previsto a possibilidade do reconhecimento da Multiparentalidade de forma extrajudicial e de forma unilateral, causando incertezas quanto à impossibilidade de requerimento de filiação por pai e mãe afetivos simultaneamente, acarretando o pleito individualizado e limitado.

Nesta senda, o Provimento está gerando angústias, como aborda Saraiva[23], "posto que causa incerteza da possibilidade de requerimento de filiação por pai e mãe afetivos ao mesmo tempo, podendo gerar a exigência de requerimento individualizado e não simultâneo, e se essa interpretação prevalecer poderá significar um retrocesso".

Ademais, a autora traz à tona uma preocupação dos críticos com relação ao referido art. 14, que pode levantar prejuízo e até mesmo fraude ao instituto da adoção com ênfase no Cadastro Nacional – CNA, mas, por outro lado, no art. 12, o Provimento estabelece que suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício da vontade, simulação ou dúvida sobre a (não) configuração da posse de estado de filho, o registrador fundamentará sua recusa e encaminhará o pedido ao juiz competente, de modo a operacionalizar o cuidado e zelo em combater estes subterfúgios.

Para Calderón, o Provimento é um exemplo do movimento de extrajudicialização do direito privado pelo qual diversas questões anteriormente restritas à apreciação do Poder Judiciário passam a poder ser solucionadas pelas vias extrajudiciais, mas quanto à possibilidade do reconhecimento da Multiparentalidade, o autor destaca que a regra apenas determina que o reconhecimento é sempre unilateral, ou seja, cada requerimento deve cuidar do lado paterno ou do lado materno, cujo texto normativo não limitou a dois ascendentes, mas a quatro ascendentes, de modo que resta possível o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade a partir de então.

Cassetari[24] também defende o reconhecimento da Multiparentalidade diretamente nos cartórios, "sem a necessidade de ação judicial e advogado, bastando ter a concordância do filho reconhecido, se maior, ou, se menor, da mãe ou de quem conste no registro".

Em sentido contrário, Albuquerque, Melo e Mesquisa entendem que o Provimento veda expressamente a possibilidade da multiparentalidade, ou seja, para os autores, avançou no aspecto do sistema multiportas: judiciário e cartorário (com ressalvas), para o reconhecimento da maternidade/paternidade socioafetiva, porém, impossibilitou a incidência no campo FILIAÇÃO do pretenso filho, a consignação de duas mães e/ou de dois pais. Perfeitamente admissível factualmente, já que tais questões (paternidade/maternidade) são funções, conforme já citado[25].

[21] CNJ. Decisão no Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

[22] A exemplo de Flávio Tartuce.

[23] SARAIVA, Viviane. O afeto está em festa! Publicado em 24 nov. 2017. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 17 abril 2018.

[24] CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioaetiva**. Efeitos Jurídicos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 194.

[25] Albuquerque, Fabíola Freire de; Melo, Gerlanne Luiza Santos de; Mesquita, Ivonaldo da Silva. "ADOÇÃO CARTORÁRIA"?! O Provimento Nº 63 do CNJ: uma discussão sobre a paternidade/maternidade socioafetiva e o reconhecimento cartorário. Disponível em: <https://www.portalaz.com.br/blog/opiniao/412818/adoo-cartorria-o-provimento-n-63-do-cnj-uma-discussao-sobre-a-paternidadematern> Publicado em: 27 de Fevereiro de 2018.

A propósito, em 06/12/17, a ARPEN Brasil – Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais, em Nota de Esclarecimento, corroborando o entendimento esposado na decisão do STF no RE 898.060/SC, que reconheceu a Multiparentalidade, bem como os artigos 11, §3º e 14 do Provimento n. 63, orientou os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais "a realizarem os reconhecimentos de paternidade e ou maternidade socioafetiva, mesmo que já existam pai e mãe registral, respeitando o limite instituído no Provimento, de no máximo, contar dois pais e também duas mães no termo[26]".

Para Tartuce[27], considerando a manifestação da ARPEN, este entendimento tem aplicação "a padrastos e madrastas que tenham estabelecido a posse de estado de filho com seus enteados, podendo ser incluídos no registro civil ao lado dos pais biológicos e sem a exclusão destes, para todos os fins civis", o que engloba a possibilidade da configuração da Multiparentalidade nas famílias reconstituídas – já reconhecida em vários julgados, cuja verdade da filiação possa ser aferida pela convivência ao longo do tempo e na conjugação dos elementos da posse de estado de filho, tema que vem suscitando discussões na doutrina.

Não há dúvidas que o Provimento albergou uma conquista para o Direito das Famílias ao possibilitar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva diretamente nos cartórios, da mesma forma como é procedido com a filiação biológica, sendo averiguados pelo registrador possíveis casos de fraude, simulação e má-fé, além de outras situações que configuram burla ao procedimento extrajudicial.

De outro norte, houve a admissão da multiparentalidade extrajudicial, considerando a decisão tomada pelo STF com repercussão geral, que afirmou a possibilidade concomitante de pais e mães com origens diferentes de parentesco, no assento de nascimento dos filhos.

Na verdade, os pontos mais críticos do Provimento são os que abordam a Multiparentalidade, cuja limitação foi delineada a apenas dois pais e duas mães, cabendo à doutrina de escol balizá-los.

Mas quais os parâmetros para esta limitação? O questionamento que ora se propõe também é se o reconhecimento da multiparentalidade extrajudicialmente assegura o superior interesse da criança e do adolescente. O Provimento, neste ponto, trouxe avanços ou causou mais polêmicas? É possível limitar o reconhecimento da Multiparentalidade diante de uma realidade fática consolidada no afeto e na convivência? Ficam estas reflexões.

5 CONCLUSÃO

A grande inovação introduzida pelo Provimento n 63 do CNJ é a possibilidade do reconhecimento de uma paternidade/maternidade socioafetiva, independentemente de um processo judicial.

O Provimento seguiu o entendimento da decisão do STJ, no RE 898.060, ao reconhecer a Parentalidade Socioafetiva como filiação em igual grau de hierarquia que a filiação biológica, promovendo o seu reconhecimento de forma extrajudicial perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, bem como a Multiparentalidade extrajudicial, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, pluralismo das entidades familiares, isonomia da filiação, paternidade responsável e superior interesse da criança e adolescente.

Os questionamentos inicialmente propostos permanecem. O tema é incipiente e a doutrina vem se debruçando para balizar os contornos do Provimento, que apesar dos avanços promovidos, também traz reflexões e dúvidas na ordem jurídica.

Alguns doutrinadores já se posicionaram a favor do reconhecimento da parentalidade socioafetiva e multiparentalidade extrajudiciais, mas será que o ato administrativo assegura o superior interesse da criança e adolescente?

---

[26] ARPEN BRASIL. Nota de Esclarecimento acerca do Provimento CNJ n. 63/17.

[27] TARTUCE, Flávio. **Propostas para a *Desburocratização* do Direito de Família e das Sucessões Brasileiro**. Publicado em janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br> Acesso em: 15 jan. 2018.

No entendimento de Tartuce[28], "é o momento de se dar uma nota final a essa bela canção, concretizando a possibilidade não só do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como também da multiparentalidade perante os Cartórios de Registro Civil", mas ainda surgirão muitos debates em torno da questão, que já palpita discussões na literatura nacional.

REFERÊNCIAS

Albuquerque, Fabíola Freire de; Melo, Gerlanne Luiza Santos de; Mesquita, Ivonaldo da Silva. "ADOÇÃO CARTORÁRIA"?! O Provimento Nº 63 do CNJ: uma discussão sobre a paternidade/maternidade socioafetiva e o reconhecimento cartorário. Disponível em: <https://www.portalaz.com.br/blog/opiniao/412818/adoo-cartorria-o-provimento-n-63-do-cnj-uma-discussao-sobre-a-paternidadematern> Publicado em: 27 de Fevereiro de 2018.

ARPEN BRASIL. Nota de Esclarecimento acerca do Provimento CNJ n. 63/17.

BRASIL. STF. RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016. Acórdão não publicado.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioaetiva**. Efeitos Jurídicos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CNJ. Decisão no Pedido de Providências 0002653-77.2015.2.00.0000, Corregedor João Otávio de Noronha, em 14/03/17.

LIMA, Márcia Fidelis. O Registro Civil da Parentalidade Socioafetiva e da Multiparentalidade. *In*: **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte: IBDFAM, jan/fev 2018, v. 25.

SALOMÃO, Marcos Costa. A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ. Disponível em: Disponível em: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf> Acesso em: 25 abril 2018.

SARAIVA, Viviane. O afeto está em festa! Publicado em 24 nov. 2017. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 17 abril 2018.

TARTUCE, Flávio. Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade. Publicado em 29 março 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI256444,31047-Da+extrajudicializacao+da+parentalidade+socioafetiva+e+da> Acesso: 29 abril 2018.

_____. Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte I. Publicado em 25/04/2018. Disponível em: <www.migalhas.com.br> Acesso em: 03 maio 2018.

_____. **Propostas para a *Desburocratização* do Direito de Família e das Sucessões Brasileiro**. Publicado em janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br> Acesso em: 15 jan. 2018.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

[28] TARTUCE, Flávio. Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade. Publicado em 29 março 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI256444,31047-Da+extrajudicializacao+da+parentalidade+socioafetiva+e+da> Acesso: 29 abril 2018.

GT23: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E RELAÇÕES PRIVADAS

FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Guilherme de Lima Vargas[1]

Bruna Lyra Duque[2]

RESUMO: O presente artigo tenciona analisar a ocorrência da violação positiva nos contratos de financiamento imobiliário a partir do descumprimento dos deveres laterais de conduta. Para isso, o estudo analisou casos em que as partes ficaram adstritas também aos deveres laterais de conduta, que se assentam sobre o princípio da boa-fé objetiva. Outrossim, foram avaliados casos com nítidas violações dos deveres laterais de conduta. Além disso, como inadimplemento grave da instituição credora, identificou-se que a conduta dos agentes financeiros em atribuir as prestações recebidas apenas para o pagamento de juros configura-se como uma violação da legítima expectativa do devedor no negócio firmado e, por conseguinte, acarreta a quebra da confiança entre as partes. Face a isso, as instituições financeiras violam os deveres anexos à boa-fé quando praticam no mercado posturas indevidas que prolongam a dívida do devedor, para que haja uma amortização negativa, sem que este último seja informado de tal prática. Portanto, a violação positiva nos contratos de financiamentos imobiliários é visualizada justamente pela inobservância de um dever do credor em cooperar com o adimplemento e, ainda, de não informar ao devedor, adequadamente, acerca dos riscos que envolvem o financiamento.

1 INTRODUÇÃO

A partir do crescimento do mercado imobiliário brasileiro no século XXI e da busca dos brasileiros pelo sonho em ter a casa própria, houve uma procura maior pelos financiamentos imobiliários intermediados pelas Instituições financeiras.

Nesse espectro, os contratos de mútuo imobiliário podem ser vistos, à *prima facie*, como um mecanismo para viabilizar a aquisição de um imóvel por aqueles que não possuem capacidade financeira para tanto, tendo em vista o elevado valor que um imóvel pode ter.

Todavia, a atividade bancária no financiamento de bens imóveis, bem como nas demais relações do banco com o cliente, pode gerar riscos devido à massificação dos contratos que vislumbram o referido financiamento[3]. Não obstante, a característica da cumulatividade desses contratos pode gerar uma onerosidade excessiva por parte do devedor, sem que este tenha o pleno conhecimento acerca dos riscos e das consequências jurídicas decorrentes do contrato de mútuo imobiliário.

Nesse diapasão, há a prática comum por parte dos agentes financeiros de realizar amortizações do saldo devedor, de modo a imputar todo o valor pago a título de prestação apenas para o adimplemento dos juros, não havendo amortização do principal[4]. Assim, o devedor pode ficar adstrito ao valor principal por um período muito além do que pretendia quando assinou o instrumento de contrato com uma Instituição Credora.

---

[1] Acadêmico do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Bolsista de Iniciação Científica do programa de Bolsas de Iniciação Científica da FDV.

[2] Doutora e mestre do programa de Pós-Graduação *scricto sensu* em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da Graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. Advogada.

[3] BARBOSA, Bruno Nunes Miragem. **Tendências da Responsabilidade das Instituições financeiras por danos ao Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor nº 87, maio-junho 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

[4] CANATO, Mônica Aparecida. **Contrato do Sistema Financeiros da Habitação:** a onerosidade anti-social. A Nova Crise do Contrato, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 319.

Dessa forma, como está-se diante de uma relação consumerista – conforme entendimento estabelecido por meio da súmula 297 do STJ aos contratos firmados após a edição do CDC –, é fundamental atentar para as legítimas expectativas das partes na assinatura desses instrumentos contratuais.

Contudo, como em regra os contratos firmados pelas instituições financeiras são contratos de adesão e, assim, o devedor não tem a faculdade de discutir as cláusulas que lhe são impostas, pode haver um erro de consentimento por parte deste.

Portanto, avaliar esses contratos sob o prisma do princípio da função social do contrato e do próprio direito do consumidor é indispensável para que o contrato possa atingir a sua função social, de modo a observar as legítimas expectativas das partes.

O presente artigo, assim, pretende analisar os contratos de mútuo imobiliário sob o prisma dos princípios da boa-fé, da função social e da transparência, uma vez que as partes devem observar não apenas as cláusulas contratuais, mas também os deveres laterais de conduta e a própria base do negócio.

Nesse contexto, o estudo se justifica pela possível quebra da expectativa do devedor no adimplemento da dívida, face à má-fé das instituições financeiras em prolongar a dívida do devedor para que haja uma amortização negativa, sem que este último seja informado, de modo a depositar total confiança nos cálculos realizados pelos agentes financeiros, caracterizando-se, assim, a violação positiva do contrato.

À vista disso, se por um lado a base do negócio firmado vislumbra possibilitar a aquisição de um imóvel via parcelamento do valor total em um tempo determinado, por outro há a pretensão das instituições financeiras em prolongar a quantidade de parcelas em razão dos juros.

2 O CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

No financiamento imobiliário, a instituição credora celebra um contrato com aquele que deseja adquirir um bem imóvel e coloca à disposição do vendedor a quantia total correspondente ao bem alvo do negócio. O devedor, por sua vez, obriga-se a restituir o montante, acrescido da correção monetária e dos juros remuneratórios pactuados no contrato junto à instituição credora.

Desse modo, pela própria natureza do contrato de mútuo, o valor deve ser amortizado por meio dos pagamentos a serem realizados, o que gera um direito subjetivo para o devedor – pagar a dívida – e também para o credor – receber as parcelas de amortização[5].

O contrato de mútuo imobiliário deve se extinguir, portanto, com a amortização total do principal, conforme o disposto na Lei 4.380/64 (Lei do SFH – Sistema Financeiro de Habitação), art. 6º, alínea c: "ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros".

Entretanto, o que acaba ocorrendo na prática é a realização da amortização do saldo devedor por meio da imputação de todo o valor pago em prestações somente para o pagamento de juros. Assim, como não há amortização do principal, o saldo devedor não diminui e, consequentemente, o devedor não irá adimplir o principal, apenas parte dos juros decorrentes do principal[6].

Essa prática é, aliás, contrária ao dispositivo supramencionado da Lei do Sistema Financeiro de Habitação. Como se não bastasse, há também violações de deveres laterais por parte das instituições financeiras que incorrem na prática ilegal de amortização negativa.

2.2 DEVERES LATERAIS DE CONDUTA NOS FINANCIAMENTOS

Na teoria geral dos contratos, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, as partes de um contrato, ao

[5] CANATO. 2007. Loc. Cit.
[6] Ibid. p. 319.

firmarem cláusulas, criando reciprocidade de direitos e obrigações, possuem o dever de respeito ao que fora estipulado.

Todavia, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma mudança na característica do Direito Civil brasileiro, uma vez que não mais era o indivíduo o cerne das relações civilistas como em 1916, atribuindo-se, após isso, um caráter social.

No tocante à força obrigatória dos contratos, Marcos Catalan[7] afirma que:

> não se pode extrair efeitos incompatíveis com o sistema em que se encontra inserido e dessa forma impõe-se a construção de novos muros no seu entorno, para que seus efeitos sejam limitados efetivamente a sua real importância social.

Nesse sentido, as partes não ficam adstritas apenas àquilo que expressamente convencionaram em contrato, mas também aos deveres laterais de conduta[8], que se assentam sobre o princípio da boa-fé objetiva. Nos contratos imobiliários, esses deveres laterais de conduta podem ser exemplificados pelos deveres de resguardo dos dados do devedor, de informação acerca dos riscos do negócio e também o de cooperação em relação ao cumprimento do contrato[9].

Dessa forma, ainda que não haja violação a uma cláusula presente no contrato firmado entre as partes, pode haver inobservância dos deveres laterais de conduta, os quais não precisam estar, necessariamente, presentes em contrato para serem respeitados.

No caso dos contratos de financiamento imobiliário, deve-se analisar, principalmente, o saldo devedor ao longo do cumprimento das prestações. Isso porque a amortização a partir do pagamento das parcelas pode não estar sendo utilizado para a amortização do principal, e isso acontece sem que o devedor tenha ciência acerca dos cálculos realizados pelo agente financeiro[10].

Não se pode olvidar, assim, que essa violação positiva do contrato provém da incidência da boa-fé objetiva. Como elucida Sombra[11]:

> (...) verifica-se na espécie o cumprimento da prestação principal nos termos em que pactuado, porém determinada conduta – passível de ser praticada pelo credor –, desregrada do campo de influência da boa-fé objetiva, ocasiona lesões aos deveres laterais.

Nesse contexto, observa-se que a boa-fé advém do próprio princípio solidarista, o qual serviu como base para o poder constituinte[12]. Com efeito, violar esses deveres pode caracterizar um ilícito contratual, em virtude da necessidade de satisfazer todos os interesses das partes e não somente a obrigação principal[13].

2.2VULNERABILIDADE TÉCNICA E INFORMACIONAL DO DEVEDOR

A partir da edição da súmula 297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor passou a reger as relações que versam as instituições financeiras nos contratos firmados após a sua vigência. Com isso, deve-se atentar para as especificidades de uma relação consumerista nos contratos de financiamento imobiliário e seus contornos jurídicos.

As partes não versam apenas como devedor e mutuante, mas, respectivamente, como consumidor e fornecedor, em que há uma disparidade muito grande entre as condições das partes na relação contratual.

---

[7] CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual:** Modalidades, Consequências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar. Curitiba: Juruá, 2010. p. 51-52.

[8] SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e a cooperação do credor.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

[9] Ibid. p. 82-83.

[10] CANATO. 2007. Op. Cit. p. 304.

[11] SOMBRA. 2011. Loc. Cit.

[12] CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

[13] SOMBRA. 2011. Op. Cit. p. 86-87.

Isso porque o consumidor está em posição evidentemente mais fraca e é o agente vulnerável no mercado[14].

A vulnerabilidade técnica consiste na falta de conhecimento específico sobre o objeto do contrato por parte do consumidor, que fica suscetível ao conhecimento que o fornecedor possui[15]. A partir dessa vulnerabilidade do devedor, as instituições financeiras têm o dever de informar sobre os riscos que envolve o contrato de financiamento imobiliário, uma vez que o CDC é regido pelo princípio da transparência (art. 4º do CDC).

O referido princípio, segundo Cláudia Lima Marques, tem por finalidade "uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa ao consumidor e fornecedor"[16], sendo possível extrair desse princípio o dever de informação previsto no art. 31 do CDC.

Assim, no financiamento imobiliário, o devedor-consumidor não detém, em regra, conhecimento matemático ampliado para assimilar, por exemplo, o percentual de amortização de cada parcela e nem o valor exato do saldo residual.

À vista disso, o agente financeiro tem o dever de passar as informações acerca dos cálculos de maneira simplificada ao devedor, mas sem ocultar nenhuma informação acerca dos riscos que envolvem o financiamento imobiliário, de modo repassar os objetivos reais da Instituição Credora no contrato.

Na prática, os agentes financeiros acabam informando o devedor de que o imóvel estará quitado em um dado prazo, mas os contratos de financiamento imobiliário acabam se prolongando para além do esperado pelo devedor ao assinar o contrato[17]. Tal prorrogação decorre da artimanha dos agentes financeiros em fazer o resíduo de juros não pagos mensalmente sejam incorporados no saldo devedor, o que faz com que incidam novos juros – o que caracteriza o anatocismo[18].

O Código de Defesa do Consumidor presume essa vulnerabilidade técnica do consumidor final dos serviços e, no caso do contrato de financiamento imobiliário, o devedor não tem, necessariamente, domínio do conteúdo dos cálculos feitos pelos agentes financeiros e precisa ser informado de forma simples e clara acerca das condições do instrumento de contrato que irá firmar.

Destaca-se ainda a vulnerabilidade informacional[19], visto que, como já mencionado, os agentes financeiros têm informações mais precisas acerca dos riscos que envolve o contrato de financiamento.

Ainda que, hodiernamente, o consumidor tenha uma maior facilidade na busca por informações, pode haver sempre uma distorção acerca das informações levantadas. Assim:

> Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física[20]

Tendo-se em vista a vulnerabilidade do devedor nos contratos envolvendo financiamento imobiliário, deve-se, pois, buscar proteger aquele que é vulnerável, de modo a preservar as legítimas expectativas em relação ao negócio a ser firmado.

---

[14] BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 117.

[15] Ibid. p. 118-119.

[16] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[17] CANATO. 2007. Op. Cit. p. 317-318.

[18] Assim o *leading case:* "Assim sendo, não há dúvidas de que houve anatocismo de forma a tornar cabida a pretensão dos autores, de expurgar os valores cobrados a maior com a consequente restituição do indébito apurado, eis que o enriquecimento ilícito de uma das partes não é um dos objetivos contratuais devendo, pois, a parte dispositiva da sentença ora apelada ser mantida neste particular. Dessa maneira, a revisão de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ" (STJ - AREsp: 1193340 RJ 2017/0275837-3, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 05/12/2017)

[19] BENJAMIN et al. 2017. Op. Cit. p. 118.

[20] BENJAMIN et al. 2017. Op. Cit. p. 126.

2.3 PROTEÇÃO DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DOS CONTRATANTES

Uma vez estabelecida a relação existente entre o princípio da boa-fé, a vulnerabilidade e a necessidade de satisfazer todos os interesses das partes nas relações contratuais, surge um ponto muito relevante no tocante à proteção das legítimas expectativas dos contratantes nos contratos de financiamento imobiliário.

Indaga-se, preliminarmente, quais são as reais expectativas das partes ao pactuarem um contrato de financiamento imobiliário e se essas expectativas são observadas por ambas as partes. Tal questão perpassa, inexoravelmente, pela análise da conduta dos agentes financeiros ao longo da relação contratual, mais precisamente na forma de amortização advindas das parcelas pagas pelo devedor.

Tendo em vista que, na praxe, o agente financeiro acaba por realizar amortizações do saldo devedor e, com isso, atribuindo todo o valor pago por meio das prestações apenas para o pagamento de juros, é inescusável que há violação à expectativa do devedor em relação ao adimplemento do principal[21]. Isso se justifica por uma razão muito simples: o devedor, ao celebrar um financiamento imobiliário, não deseja, por óbvio, adquirir uma dívida eterna no tempo.

Seguindo essa linha, a observância dos deveres anexos pelas partes também deve perpassar por demonstrar, na fase de negociação, quais são as legítimas expectativas em relação à celebração do negócio jurídico almejado. As partes não podem, portanto, quebrar a confiança, a qual deve ser recíproca. Assim, destaca-se que:

> Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica[22].

A conduta dos agentes financeiros em atribuir as prestações recebidas apenas para o pagamento de juros configura-se como uma violação da legítima expectativa do devedor no negócio firmado e, por conseguinte, a quebra da confiança entre as partes, o que é consubstanciado pelo princípio da boa-fé objetiva.

Defende-se que a confiança é a base do sistema financeiro, o que corrobora ainda mais a importância da conduta pautada na boa-fé das partes na relação jurídica, bem como os deveres de informação e esclarecimento[23].

3 A ONEROSIDADE EXCESSIVA DO DEVEDOR E A QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO

O contrato firmado entre instituição credora e devedor no contrato de financiamento imobiliário, assim como qualquer contrato, está suscetível a acontecimentos posteriores à formação contratual que podem alterar significativamente a capacidade em relação ao cumprimento das prestações. Tais fatos podem demandar uma revisão pura do contrato e essa revisão de cláusulas contratuais versa não apenas como uma mera opção das partes, mas também como um direito.

O referido direito é consubstanciado nos princípios da boa-fé e equilíbrio previstos no art. 4º, III e, além disso, a vulnerabilidade do consumidor, prevista no art.4 º, I – com fulcro no princípio da isonomia presente da Constituição da República no art. 5º, *caput,* da CF – corrobora ainda mais para que seja garantido o direito de revisão nos casos em que surjam fatos que tornem o contrato excessivamente oneroso[24].

No entanto, quando há onerosidade excessiva, o fato não precisa ser imprevisível para as partes, bastando somente que o fato seja posterior à assinatura do contrato. Dessa forma, a onerosidade excessiva é configurada

[21] CANATO. 2007. Op. Cit. p. 319.
[22] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 141.
[23] BARBOSA. 2013. Op Cit. p. 81-82.
[24] NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 188.

pela desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, de modo a colocar uma das partes em situação de grande desvantagem, o que prejudica a execução equilibrada do contrato[25].

A onerosidade excessiva do devedor nos contratos de financiamento imobiliário é evidente ao se verificar a prática das instituições credoras por não imputar a maior parte do valor das prestações pagas pelo devedor para o pagamento do principal.

De outra face, deve-se atentar ainda para a base do negócio jurídico firmado nos contratos de financiamento imobiliário. Isso porque quando a onerosidade é excessiva, ou seja, de modo a ultrapassar o razoável, pode haver uma quebra da própria base do negócio jurídico firmado em decorrência de alterações circunstanciais vigentes à época da contratação[26].

A quebra da base do negócio jurídico está presente no art. 6º, inciso V, do CDC e, segundo entendimento do STJ[27], a sistemática do Código de Defesa do Consumidor apoiou-se na Teoria da Base do Negócio Jurídico, defendida pelo doutrinador alemão Karl Larenz[28].

Nessa ótica, destaca-se o entendimento de Larenz[29] acerca da base *subjetiva* do negócio jurídico, que defende que os motivos que levaram as partes contratantes devem ser propulsores para firmar o negócio e não apenas conhecidos.

Ora, se à época da assinatura do contrato o devedor se sujeita ao pagamento de diversas parcelas em um período determinado de tempo, de modo que as parcelas sejam utilizadas para amortização do principal, é incontestável que essas condições o levaram a firmar o financiamento.

Portanto, a instituição financeira viola essa expectativa do devedor, conforme discorrido anteriormente, e, assim, acaba por romper com a base subjetiva – juridicamente relevante, conforme entendimento de Larenz[30] – do negócio jurídico.

Em diversas situações, as instituições financeiras não só poderiam prever o prejuízo do devedor como também vislumbravam a sua ocorrência, o que caracteriza um exercício contrário à função do próprio negócio.

Sob essa ótica, Perlingieri[31] diz que:

> [...] O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas se relaciona à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão.

A onerosidade excessiva nos contratos de financiamento imobiliário pode ser gerada por um fato superveniente à assinatura do contrato, mas ocorre, precipuamente, em decorrência de um abuso por parte das instituições financeiras em atribuir as parcelas pagas para o pagamento de juros[32], acarretando na quebra da base do negócio jurídico. Assim, a quebra da base do negócio jurídico cria a necessidade de promover a revisão contratual[33].

---

[25] DUQUE, Bruna Lyra. A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. **Panóptica**, a. 1, n. 8, mai./jun., 2007. p. 265

[26] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral:** relações e situações jurídicas. v. III, Coimbra: Coimbra, 2002. p. 186.

[27] Nesse sentido, o *leading case:* EAg 679815, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, 04/08/2009.

[28] LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico e cumplimento de los contratos.** Tradução espanhola de Carlos Fernández Rodríguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

[29] Ibid. p. 88.

[30] LARENZ. 2002. Op. Cit. p. 88.

[31] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 683-684.

[32] CANATO. 2007. Op. Cit. p. 319.

[33] Ibid. p. 312

4 OS BENEFÍCIOS ECONÔMICOS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ADVINDOS DOS PREJUÍZOS SUPORTADOS PELOS DEVEDORES

Qualquer parte de uma relação contratual – seja credor ou devedor – procura diminuir o seu próprio prejuízo. Porém, no contrato de financiamento imobiliário, grande parte das Instituições Credoras apresentam a lógica inversa: quando maior prejuízo os mutuários apresentarem, mais lucrativo será o financiamento[34].

Qual seria, pois, o motivo que levaria a essa lógica de pensamento por parte das instituições financeiras. Para responder a essa indagação, basta analisar o comportamento dessas instituições ao final do contrato. As instituições credoras acabam por oferecer, no período final do contrato, um desconto mínimo, de até dois terços do valor do saldo devedor[35].

Os descontos oferecidos pelas Instituições Credoras, quando comparados com o valor real do imóvel, não caracterizam propriamente uma cooperação com o pagamento da dívida, uma vez que acaba sendo um desconto irrisório em relação ao montante já adimplido[36].

As instituições financeiras, justamente pelo fato de imputarem o pagamento das parcelas essencialmente para amortização de juros e não do principal, possuem má-fé ao almejarem prolongar a dívida do mutuário, antes mesmo da assinatura do contrato[37].

Resta clara a violação ao princípio da boa-fé objetiva, sendo mister destacar o enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

Pode-se questionar ainda se o credor poderia mitigar a própria perda, tendo em vista que a Instituição Financeira, pela sua lógica, acaba ganhando com o prejuízo suportado pelo devedor. No entanto, quando se instituiu o princípio da boa-fé como base para a interpretação dos contratos, restou evidente a intenção do legislador em limitar determinadas condutas[38].

A teoria do *duty to mitigate the loss*[39] se ajusta à questão ora proposta, pois como uma modalidade de dever acessório, a qual deriva do princípio da boa-fé objetiva, busca enaltecer a visão cooperativa em relação aos contratos[40].

Nesse sentido, a violação positiva do contrato versa como um adimplemento insatisfatório, uma vez que, mesmo que em determinada relação contratual haja o cumprimento do dever da prestação, pode haver inobservância do princípio da boa-fé e a quebra da confiança entre as partes[41].

No caso dos contratos de financiamento imobiliário, as instituições credoras precisam observar os deveres laterais inerentes à boa-fé, conforme já salientado anteriormente. Todavia, como na prática essas instituições acabam violando esses deveres – violação positiva do contrato – pela prática ilegal de amortização negativa, não seria razoável onerar o devedor pela inobservância de um dever do credor em cooperar com o adimplemento e, ainda, de não informar ao devedor, adequadamente, acerca dos riscos que envolvem o financiamento.

---

[34] Ibid. p. 307.
[35] Ibid. p. 314.
[36] Ibid. p. 314.
[37] Ibid. p. 307.
[38] FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** Revista Trimestral de Direito Civil, v.19, p. 109/119, São Paulo, 2004. p.116. Véra Maria Jabob de Fradera foi a precursora do tema, tendo sido destaque na doutrina com o artigo publicado em 2004.
[39] Ibid. p.116-117.
[40] Ibid. p. 116.
[41] FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Obrigações. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 598.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interpretar os contratos de financiamento imobiliário, no cenário econômico atual, conforme os princípios sociais do contrato e do próprio direito do consumidor, é necessário para observar as legítimas expectativas das partes.

Se por um lado a base do negócio firmado possibilita a aquisição de um imóvel por meio do parcelamento do valor total do preço em um tempo determinado, por outro lado, há a pretensão das instituições financeiras em prolongar a quantidade de parcelas em razão dos juros remuneratórios praticados, que acabam por se tornar uma verdadeira dívida de escravidão. Como se não bastasse, os agentes financeiros se aproveitam da vulnerabilidade técnica e informacional dos devedores para ludibriá-los.

Face a isso, como não há amortização do principal, o saldo devedor não diminui e, consequentemente, o devedor não irá adimplir o principal, apenas parte dos juros decorrentes do principal.

Além de essa conduta dos agentes financeiros em prolongar a dívida ser contrária ao disposto na Lei do Sistema Financeiro de Habitação, também viola os deveres laterais inerentes à boa-fé pela prática ilegal de amortização negativa.

A violação positiva nos contratos de financiamentos imobiliários é visualizada justamente pela inobservância de um dever do credor em cooperar com o adimplemento e, ainda, de não informar ao devedor, adequadamente, acerca dos riscos que envolvem o financiamento.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral:** relações e situações jurídicas. v. III, Coimbra: Coimbra, 2002.

BARBOSA, Bruno Nunes Miragem. **Tendências da Responsabilidade das Instituições financeiras por danos ao Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor nº 87, maio-junho 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CANATO, Mônica Aparecida. **Contrato do Sistema Financeiros da Habitação:** a onerosidade anti-social. A Nova Crise do Contrato, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**: Modalidades, Consequências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar. Curitiba: Juruá, 2010.

DUQUE, Bruna Lyra. A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. **Panóptica**, a. 1, n. 8, mai./jun., 2007

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** Revista Trimestral de Direito Civil, v.19, p. 109-119, São Paulo, 2004.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico e cumplimento de los contratos.** Tradução espanhola de Carlos Fernández Rodríguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Obrigações. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e a cooperação do credor.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS: A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES PRIVADAS NO PODER JUDICIÁRIO.

Hannah Pereira Alff, Graduanda em Direito pela PUCRS; hannah.alff@gmail.com.

Marco Félix Jobim, Doutor pela PUCRS; marco@jobimesalzano.com.br

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar conceitos de atos processuais e negócios jurídicos processuais a fim de diferenciá-los devido a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe em seu texto a previsão da negociação das partes em direitos que permitem a autocomposição. Importante é ressaltar que a autonomia da vontade e as relações privadas das partes passam a integrar o processo de forma mais incisiva, ao passo que o juiz tem a sua passividade relativizada com a necessidade de respeitar o princípio da cooperação, fatos também passíveis de observação no presente trabalho. Meio a esta noção de negócios processuais, precisa é a análise da Teoria do Caos, pontuando que, dependendo do modo como as partes decidirem realizar os procedimentos necessários a resolução do litígio, o resultado do processo poderá sofrer alterações por uma menor incidência do poder judiciário mediante realização de Negócios Jurídicos Processuais.

Palavras-chaves: Negócios Jurídicos. Relações Privadas. Autonomia da Vontade. Princípio da Cooperação.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze concepts of procedural acts and Contracting for Procedure in order to differentiate them due to the entry into force of the Code of Civil Procedure of 2015, which brought in its text the prediction of the negotiation of the parties in rights that allow self-composition. It is important to emphasize that the autonomy of the will and the private relations of the parties begin to integrate the process in a more incisive way, while the judge has its passivity relativized with the need to respect the principle of cooperation, facts also observable in the present paper. It is necessary to analyze Chaos Theory, stating that, depending on how the parties decide to carry out the necessary procedures for the resolution of the dispute, the outcome of the process may be altered by a lower incidence of the judiciary through the accomplishment of Legal Business Procedures.

KEYWORDS: Contracting for Procedure. Private Relations. Autonomy of the Will. Principle of Cooperation.

SUMÁRIO: Resumo; Abstract; Introdução; 1. Atos Jurídicos; 2. Negócios Jurídicos; 3. Introdução à Teoria do Caos; 4. A Desjudicialização da produção de prova; Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os Negócios Jurídicos Processuais passam, após a entrada em vigor do Cógido de Processo Civil de 2015, por uma fase de testes. Alguns doutrinadores acreditam na validade de sua aplicação, enquanto outros a consideram apenas como fonte de relações privadas e não processuais. No entanto, vale lembrar que o CPC limitou o campo de atuação dos negócios processuais às demandas que tratam à respeito de direitos cabíveis de autocomposição.[1]

Importante ressaltar, também, que a compreensão do tema, ou seja, o entendimento de o quê são negócios jurídicos processuais e para que servem é questão dogmática na teoria geral do processo civil, sem o qual ficaria difícil acompanhar o desenvolvimento de determinados processos. Essas questões devem ser consideradas, inclusive, como forma de futuramente se repensar a natureza e a função do processo civil no

[1] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 93.

que tange a sua aplicação de tutela dos direitos.[2]

Isso porque os negócios jurídicos processuais podem reformar todo procedimento produção de provas por causa de acordos celebrados entre as partes. Principalmente alterando seu *modus operandi*.[3] Mostrando o quão importante é ter pesquisas neste âmbito, verificando se todas as garantias processuais estão sendo cumpridas neste novo ambiente contratual que tem o poder de influenciar nos processos.

Estudos a respeito deste instituto, junto com pesquisas sobre o procedimento de produção de prova fora do ambiente judicial são importantes para demonstrar como a segurança jurídica das partes não será ferida ao realizar-se uma convenção processual. As partes, por possuírem autonomia da vontade e possibilidade de externalizá-la, serão ainda mais beneficiadas, sempre que possível, pelas convenções.

Exatamente pela existência de tantas peculiaridades no instituto dos Negócios Processuais, por sua vinculação ao princípio da cooperação, à Teoria do Caos, é que se tem uma necessidade de um estudo mais aprofundado de todo o procedimento de concretização de um negócio jurídico processual e aspectos referentes. Principalmente seus resultados em potencial e a mudança de um procedimento que deveria ser judicial sendo realizado fora deste ambiente.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

2.1 ATOS JURÍDICOS

Conforme Clóvis Beviláqua, o conceito de ato jurídico encontra-se dentro dos chamados fatos jurídicos. Estes fatos podem ser aqueles que acontecem de forma natural, como o nascimento e a morte de um indivíduo; ou podem derivar da vontade privada, dependendo da manifestação, ação por parte do homem. E os atos jurídicos são, exatamente, esta segunda categoria de ações, em que um indivíduo, por meio de suas relações privadas e autonomia da vontade, tem o seu querer reconhecido pelo direito positivo.[4] Desta forma, traz o autor a observação de que, seguindo o plano de direito civil, na sua gênese, a expressão "ato jurídico" pode ser confundida com "negócio jurídico", sendo utilizadas como sinônimos.

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, negócio jurídico pode ser entendido da seguinte forma:[5]

> Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita "suporte fático"), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos).

Por outro lado, Julio Guilherme Müller traz uma diferenciação básica entre negócio e ato jurídico. Enquanto no ato jurídico, a vontade deriva da lei, ou seja, não é exercida de forma autônoma, no negócio jurídico tem-se uma liberdade mais ampla a ser executada pelas partes, ainda que respeitados os limites da legislação.[6]

Neste mesmo sentido, manifestaram-se Lorena Miranda Santos Barreiros e Leonardo Carneiro da Cunha à respeito dos efeitos jurídicos de ambos os institutos, salientando que nos atos jurídicos, o sujeito não pode variar nem excluir qualquer efeito jurídico que possa vir a ser produzido.[7]

[2] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 37.

[3] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 220.

[4] BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Red Livros, 2001. p. 289-290.

[5] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** Existência, Validade e Eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

[6] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 27-29.

[7] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 123 e 128.

Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:[8]

> Os efeitos jurídicos não decorrem da vontade. Todos estão previstos em lei, decorrendo de imputação feita pelas normas aos fatos ou atos. No negócio jurídico, a vontade não cria efeitos; estes estão definidos pelo ordenamento, que pode conferir aos sujeitos de direito algum poder de escolha da categoria jurídica. Essa liberdade não existe nos atos jurídicos em sentido estrito. As normas gerais relativas à eficácia dos negócios jurídicos não se aplicam aos atos jurídicos. Não é possível, num ato jurídico, que o sujeito estabeleça termos e condições, modos ou encargos, pois se trata de liberdade presente apenas no negócio jurídico. Os atos jurídicos são incondicionáveis e inaterminíveis, não podendo ter seus efeitos sujeitos a modos ou encargos, justamente porque o sujeito deve limitar-se à prática do ato, não havendo escolha na categoria jurídica.

Negócio Jurídico, portanto, pode ser definido como um ato de vontade, balizado pelo princípio máximo do direito contratual que é a autonomia de vontade, não contrário à lei, que vise movimentar alguma relação de ordem jurídica. Enquanto que no Ato Jurídico, a "modulação de efeitos" já está prescrita em lei, o sujeito não pode arbitrar o modo pelo qual chegará até aquele resultado.

2.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os Negócios Jurídicos Processuais tiveram origem histórica de conceituação ainda no século XIX, por Josef Köhler, um jurista alemão que primeiro utilizou este termo no ano de 1887. Segundo a perspectiva deste autor, o Negócio Jurídico seria orientado pela vontade das partes a gerar consequências de caráter privado dentro do processo.[9]

Segundo Antônio de Passo Cabral, convenção ou negócio jurídico é o ato pelo qual as partes, sem qualquer necessidade de mediar essa conduta por um terceiro, modificam, determinam ou extinguem as situações processuais as quais são submetidas, de forma a encontrar um melhor resultado processual para ambas as partes, inclusive sendo-lhes possibilitado alterar o procedimento.[10]

Entrando, assim, no âmbito do negócio jurídico processual (convenções, atos, acordos, contratos, todos utilizados como sinônimos na obra de Julio Guilherme Müller), um tanto quanto negados no plano da existência no Código Processual Civil de 1973 ainda que já existissem, e de aplicabilidade mais discutida após a vigência do Código de 2015[11], é necessário identificar e conceituar tal instituto.

É deveras correto afirmar que a prática de negócios ou acordos é tão antiga quanto a própria convivência do homem em sociedade, que convencionavam, ainda que tacitamente, as normas de uma convivência social harmoniosa.[12] Assim que começou a surgir um rascunho do que seria o direito processual na sua forma mais sucinta no Direito Romano, surgiu também os primeiros moldes das convenções processuais, divididas em duas fases distintas de um procedimento.

A primeira fase, conforme ensina Antonio do Passo Cabral, também chamada de *in iure,* objetivava fixar as pretensões e vontades das partes, firmando, frente ao judiciário, um acordo pelo qual ficavam vinculados a cooperar e aceitar uma decisão porvir. A segunda fase, por sua vez, chamada de *apud iudicem,* tratava do momento de julgar o objeto litigioso que havia dado origem ao acordo. Para auxiliar na compreensão de quais atos encaixam-se neste "padrão", o autor traz a seguinte distinção:[13]

> Transpondo esses conceitos (do direito civil) para o processo, pode-se dizer que os fatos jurídicos processuais em sentido amplo dividem-se em fatos jurídicos processuais *stricto sensu*, cujos

[8] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 39-74. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 43-44.

[9] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 20.

[10] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 57.

[11] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 36.

[12] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 34-35.

[13] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 31-46.

> suportes fáticos prescindem de qualquer ato humano; e atos jurídicos processuais *lato sensu*, estes últimos podendo ser subdivididos em atos jurídicos processuais *stricto sensu*, em que a vontade é um elemento importante para a estrutura do ato, mas sem determinar o conteúdo eficacial; e os negócios jurídicos processuais. [...] Fato jurídico processual em sentido estrito é todo evento que assume caráter jurídico pela incidência de uma norma processual, e que produz ou pode produzir efeitos em um processo.

A crítica que se faz pela parte da doutrina que não defende a existência de negócios jurídicos processuais é que, na realidade, as partes não possuem autonomia para conformação dentro de um processo. Ou seja, as partes estariam restritas ao que dispõe a lei a respeito do processo, que, por ser matéria de direito público, não é passível de convencionalidade como é, ou deveria ser, o direito privado.[14] Alexandre Guerra traz esta mesma noção de que negócio jurídico pertence ao direito privado, sendo ele única e exclusivamente utilizável para expressar uma vontade anteriormente apenas interna de uma das partes do negócio, no afã de alcançar nessa exteriorização a concretização de um resultado jurídico de uma vontade livre e consciente.[15]

No entanto, não há como falar que a expressão de vontade de alguma das partes, por meio de um negócio ou ato jurídico, não será cabível de influenciar no curso do processo. Utilizando o exemplo trazido por Julio Guilherme Müller, tem-se, por exemplo, a vontade de uma das partes de comunicar o falecimento da parte adversária no processo, assim sendo:[16]

> Quando há um propósito negocial, a manifestação de vontade tem a finalidade consciente de produzir efeitos, de regular uma determinada relação jurídica, criando, modificando, substituindo ou excluindo posições e situações processuais. A vontade consciente, manifestada com a pretensão de funcionar como causa suficiente para que dela decorram efeitos ou produzam consequência independente de outra vontade, revela um negócio jurídico processual no plano da existência.

Importante assinalar que este termo "Negócio Jurídico Processual" ingressou no Processo Civil brasileiro com ainda mais força com o advento do Código de Processo Civil de 2015, refletindo um ambiente de inquietude entre a demonstração de vontade nas relações privadas e o decorrer do próprio processo. Conforme o previsto no art. 190, CPC:

> Art. 190 - Versando o processo sobre **direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento** para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
>
> Parágrafo único. **De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo**, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (**grifo nosso**)

Entende-se, portanto, que as partes poderão, por exemplo, estipular a quem será incumbido o ônus da prova, ampliação ou diminuição de prazos processuais, como se dará a divisão de custas e despesas processuais, possibilita de as partes convencionarem sua faculdade de executar provisoriamente, fixação da impenhorabilidade de determinados bens das partes, quando lhes interessar, dentre outros.

Considerando que, dentre outros exemplos, no art. 191, CPC, está o importante instituto da calendarização, em que as partes poderão, juntamente com o magistrado, estipular as datas diferenciadas em que serão praticados determinados atos processuais. A demanda, assim, será construída como numa linha de desenvolvimento pelas partes, com anuência do juiz, fixando previamente datas dos atos processuais, gerando a consequência de que desnecessárias se farão as intimações prévias das partes por terem acordado previamente à respeito das datas, conforme o §2º do artigo anteriormente citado.

---

[14] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 44-45.

[15] GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos:** Eficácia jurídico processual como critério de superaçào das invalidades negociais. São Paulo: Almedina Brasil, 2016. p. 34-35.

[16] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 27-29.

Nota-se que, pela autonomia da vontade, as partes têm a possibilidade de, antes ou durante o processo, praticarem os Negócios Processuais. Loïc Cadiet pontua que, assim como no Brasil, no Direito francês os Negócios Processuais podem ser realizados em diferentes tempos, sendo dentro ou anteriores ao processo. Se forem anteriores ao processo, eles têm um caráter semelhante ao da arbitragem, em que as partes, sem a ajuda do poder judiciário, procuram resolver seu conflito. Enquanto que o Negócio Processual realizado no decorrer do processo por vezes precisa de homologação judicial, quando se trata da desistência do processo, por exemplo, e por vezes não necessita desta homologação, tendo caráter de mero acordo extrajudicial que virá a ser protocolizado.[17]

Em suma, os Negócios que tenham por objeto *situações jurídicas processuais* não precisam da homologação judicial. Já aqueles Negócios que seu conteúdo verse sobre *mudança no procedimento* não dispensam a atuação judicial, ainda que nem sempre ocorra.[18]

Nas palavras de Guilherme Henrique Lage Faria:[19]

> A autonomia privada pode ser restrita em maior ou menor escala, mas isso não descaracteriza o ato como negócio. Todo efeito jurídico é consequência da incidência de uma conduta no ordenamento jurídico. [...] Os negócios processuais têm como objeto situações jurídico-processuais. [...] A flexibilização procedimental que ocorre na negociação processual resulta de uma modificação do procedimento em decorrência da vontade das partes (e do juiz, em alguns casos). Em suma, em que pese haver um procedimento especial já previsto em lei, nada impede que as partes adéquem este procedimento especializado (tutela diferenciada) ao caso concreto, alterando prazos, momento de prática de atos, ou, até mesmo, calendarizando o processo, nos termos do art. 191 do Novo CPC.

Isso tudo porque, segundo o autor, o processo civil passou a aderir a um procedimento único como regra, precisando muitas vezes de uma adequação a fim de oportunizar a máxima efetividade e incidência de todas as garantias processuais-constitucionais no decorrer de um processo. E se, de uma forma consensual as partes conseguem fazer com que o processo seja mais pacífico e fluido para ambas as partes, não há porque o sistema processual impedir a realização de certos atos, a disciplina de determinados procedimentos e a estipulação diferenciada de prazos mediante Negócio Jurídico Processual.

Por sua visão deste instituto, Adriano C. Cordeiro observa que:[20]

> O negócio processual é uma manifestação ou expressão da autonomia privada, uma vez que é por meio dos negócios que se regulam os interesses processuais. Sua nomenclatura, todavia, pode variar entre autonomia da vontade, autonomia privada ou autorregramento da vontade. No fundo, todos procuram chegar a um só aspecto, de subordinar comportamentos com certa liberdade, que na visão das partes devem ser jurisdicizados pelo Estado.

Com tudo isso, pode-se dizer, é possível perceber que este instituto está intrinsecamente conectado ao novo modelo processual respaldado e trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 no seu art. 6º: o modelo cooperativo ou colaborativo, como também é chamado pela doutrina**.** No teor do próprio art. 6º: *"todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"*. A ideia de colaboração, ainda, vai além daqueles diretamente envolvidos no conflito, ela é válida para todos aqueles que, de alguma forma, possam auxiliar para que o processo chegue ao fim.[21]

A cooperação se define como o dever das partes, dos advogados e do próprio juiz, principalmente, de serem responsáveis a cooperar, juntos com os demais sujeitos propensos a estarem envolvidos em um processo, a fim de favorecer um ambiente isonômico para o desenvolvimento e resolução de um determinado

---

[17] CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 97-98.

[18] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 74.

[19] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 52, 53 e 66.

[20] CORDEIRO, Adriano C., **Negócios Jurídicos Processuais no Novo CPC: Das Consequências do seu Descumprimento.** Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 31.

[21] PORTO, Guilherme Athayde. **Formação da Coisa Julgada e Prova Produzida**: uma perspectiva do processo coletivo para o individual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36-37.

conflito. Concomitantemente, há o dever de proporcionar um diálogo entre as partes, e com isso sua maior participação no processo, direito fundamental este de participação inclusive previsto na Constituição Federal.[22]

A perfectibilização deste princípio se dá exatamente no momento em que se oportuniza às partes a realização de Negócios Processuais.

Segundo Leonardo Greco[23], não é mais cabível, dentro do processo civil democrático, continuar submetendo as partes apenas à vontade e "predomínio autoritário do juiz", o qual precisa passar a tomar como base para construção de sua decisão também os acordos realizados em sede de autonomia privada.

Neste sentido, entende Guilherme Henrique Lage Faria:[24]

> Sob as premissas deste modelo cooperativo, o juiz mantém seus poderes de gestão e controle do processo, mas é preciso atender aos deveres de cooperação, esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. O modelo cooperativo de processo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua passividade, evitando o resgate da ideia liberal do processo como uma "luta" ou "guerra" entre as partes.

É notória a diferença e a necessidade de todos interessados à solução da demanda se portarem de modo a melhor atingir o objetivo do princípio da cooperação. Claro que é necessária também sempre a análise da atuação das partes, pois é preciso que realizem suas obrigações procedimentais com boa-fé, inclusive nos seus Negócios Jurídicos, para que assim integrem o processo sem portarem vícios. Nesta linha de pensamento, pontua Rennan Faria Krüger Thamay e Rafael Ribeiro Rodrigues:[25]

> Oriundo do direito estrangeiro, mais precisamente da Alemanha, França e Portugal, o princípio da cooperação (ou colaboração) orienta o magistrado a adotar uma postura de *"agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras"*. Por certo que, à luz do princípio da cooperação, essa postura diferenciada não é esperada somente por parte do magistrado, mas também das partes demandantes, as quais devem agir em consonância com os "princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório".

Os Negócios Processuais, deste modo, podem ser classificados como Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais. Unilaterais são aqueles caracterizados por dependerem da vontade única de uma das partes, como por exemplo a própria desistência já aqui citada. Bilaterais serão aqueles que se formam mediante a manifestação da vontade de dois sujeitos que fazem parte do processo. Já os plurilaterais dependem da movimentação de mais de dois sujeitos, incluindo nesta classificação aqueles negócios que dependem da participação do juiz.

Importante ressaltar que, dependendo da etapa processual em que se encontra a demanda, um negócio que tem caráter unilateral pode alterar sua classificação.[26] Exemplo disso é o art. 321, I, CPC, em que dispõe que o autor não mais poderá aditar ou modificar o pedido após realizada a citação do réu, a não ser com o consentimento deste. Isto é, um negócio de natureza unilateral transforma-se em bilateral.

Conforme Fredie Didier Jr., os Negócios Processuais plurilaterais ainda podem ser típicos, quando a lei os estipula, como foi o exemplo da calendarização que tem previsão expressa no art. 191, CPC[27];

---

[22] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 73-75.

[23] GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

[24] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 63.

[25] THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. **Uma Primeira Análise Constitucional Sobre Os Princípios No Novo Código de Processo Civil.** In: Novo CPC Doutrina Selecionada. V. 1. Coordenador geral: DIDIER JR., Fredie. p. 227-243. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 229.

[26] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 69-71.

[27] Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. §1º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais,

ou atípicos, que são de forma livre, como é o exemplo da ampliação ou redução de prazos processuais convencionados.[28] Ainda assim, tanto os atípicos quanto os típicos, deverão ser interpretados seguindo as normas de interpretação de negócios jurídicos trazidas pelo Código Civil, nos seus arts. 112, 113, 114 e 423. [29] [30]

3 INTRODUÇÃO À TEORIA DO CAOS

A Teoria do Caos está relacionada com a dinamicidade da vida, com a noção de que são os movimentos escolhidos por cada indivíduo que guiarão a certa consequência. Para cada área do conhecimento, a Teoria do Caos se reflete de forma diversa. Ilya Prigogine, por exemplo, determina que, para a física e a biologia, o Caos é uma teoria dinâmica, em que a velocidade e a posição que se escolhe em algum processo, tende a levar este decurso para certo caminho num Universo.

Assim, não se percebe a complexidade e amplitude das possibilidades de percursos que este processo poderia ter tomado dependendo das escolhas do indivíduo que o orienta. Segundo Ilya Prigogine, as leis que vigoram nesse sistema dinâmico se submetem à arbitrariedade, a qual influencia nas condições iniciais de um processo, assim como na evolução particular do decurso para que chegue ao seu fim. Desta forma, o autor observa em sua obra *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*:[31]

> [...] a identificação de sistemas que impõem uma ruptura da equivalência entre a descrição individual (trajetórias, funções de ondas) e a descrição estática de conjuntos. [...] As leis da natureza adquirem, então, um significado novo: não tratam mais de certezas morais, mas sim de possibilidades. Descrevem um mundo de movimentos irregulares, caóticos, um mundo mais próximo do imaginado pelos atomistas antigos do que das órbitas newtonianas.

Encaixando-se este conceito em áreas científicas, portanto, o Direito, como ciência reguladora, também não foge às ideias de Ilya Prigogine no que se refere à noção de movimento e dinamicidade. As ciências jurídicas vivem em mutação, influenciadas de forma não menos incisiva do que o passar das épocas históricas, pelas transformações enfrentadas pela sociedade.[32] Importante é perceber, assim, que o Direito é composto não só por seu Direito Material, ou seja, aquele direito estático, como também pelo Direito Processual, distinto por sua função dinâmica.

Segundo H. L. A. Hart, ao se falar em Fontes do Direito, observa-se que este sistema corresponderia à soma de normas primárias e secundárias. As primárias, também denominadas de normas de conduta, estipulam um comportamento social juridicamente aceitável. Elege práticas proibitivas e permissivas à sociedade. São, portanto, normas de tendência comportamental.

Já as secundárias, ou parasitárias como sugere o autor, no que lhes concerne, são normas de estrutura, as quais ditam normas que vão dispor à respeito da criação, modificação ou extinção de outras normas, sejam

---

devidamente justificados.

§2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

[28] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 378.

[29] DIDIER JR., Fredie. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 105-125. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 123.

[30] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

[31] PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas:** tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 159.

[32] MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16ª Ed. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Araipe de Sampaio Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 60.

novas ou antigas, de forma a controlar sua aplicação e termos de incidência.[33] Com esta análise, pode-se perceber o seu caráter intrinsicamente estático, característico do Direito Material, ainda que as secundárias sejam dotadas de certo movimento por prever criação de deveres ou obrigações.

Por sua feita, o Direito Processual traz um movimento natural às ciências jurídicas ao possibilitar o acesso à justiça de forma procedimental por indivíduos que se sentem infringidos à respeito de seu Direito Material. Processo é, neste sentido, o Direito em movimento. Tanta dinamicidade lhe é atribuída que o Código de Processo Civil de 2015 institui um novo método de interpretação, a qual foi denominada de interpretação sistemática.

É preciso movimentar-se pelo Código Processual, pela Constituição, pela legislação cabível ao caso concreto para que se tenha um apanhado completo dos princípios e garantias que deverão incidir sobre a decisão de certo litígio. Ensinamento este que pode-se retirar também na leitura de André Parmo Folloni, o qual indica que "o processo interpretativo não envolve apenas textos, mas também outros elementos, como atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos, e é intermediado por métodos, argumentos e teorias".[34]

Conforme Fernando da Fonseca Gajardoni, o Direito se encaixa num sistema complexo, em que cada movimento traz um resultado diferente ao processo por assim influenciá-lo, adaptando-se ao caso concreto. Essa adequação se dará, no entanto, inicialmente num plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos que visem suprir as necessidades locais e temporais.[35] Assim observa André Parmo Folloni:[36]

> Como em todo sistema complexo adaptativo, o Direito é formado por um número elevado de agentes autônomos: órgãos judiciais, administrativos e legislativos; advogados e clientes; União, estados e municípios; cidadãos comuns etc. Esses agentes, muitas vezes, interagem segundo leis: o Judiciário interpreta e aplica, Tribunais superiores reveem decisões de cortes inferiores etc. As interações entre agentes são não lineares: precedentes podem ser inesperadamente abandonados, novas teorias podem implicar mudanças etc. [...] Se o Direito tem agentes adaptativos, também apresenta propriedades sistêmicas adaptativas e complexas que emergem de suas interações.

Assim, entende-se que o Direito tem caráter adaptativo a partir da influência de quem está envolvido neste sistema. Como uma forma de adaptar-se, utiliza as diferentes teorias e normas de interpretação fornecidas pelo ordenamento jurídico.

Pela interpretação sistemática e atual do Direito, Ricardo Aronne faz críticas ao sistema interpretativo clássico, o qual limita o poder do magistrado a aplicar no caso concreto a literalidade do texto editado pelo legislador. Segundo o autor:[37]

> O Direito guarda fractalidade. Possui uma plástica apta a moldar-se ao caso concreto, até o limite de sua resistência axiológica, de sua torção. Isso refuta as simplificações da teoria tradicional, visíveis em toda a ciência moderna. Variando a lide, poderá variar o sentido da norma incidente, pois varia todo o sistema em sua dinâmica de unidade axiológica, garantidora de coerência material, evitando entropia. A preocupação da ciência jurídica moderna era com a coerência em parâmetro meramente formal. Influência de Kant. Descendência direta da metafísica. Há de superar-se. O sistema é sensível às condições iniciais e ao meio. Isso se reflete no todo e nas partes. Nada é linear. Talvez, em situações determinadas, apenas esforce-se para ter linearidade. Não obstante, persegue coerência e unidade material.

O autor não deixou de trazer, no âmbito jurídico, a incidência da Teoria do Caos em sua descrição ao dizer "*O sistema é sensível às condições iniciais e ao meio. Isso se reflete no todo e nas partes*", pois daí extrai-se o entendimento de que os indivíduos podem, por meio de Negócios Processuais, usufruírem de

[33] HART. H. L. A., **O conceito de Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 105-106.
[34] FOLLONI, André Parmo. **Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências.** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N.2, 2017, p. 905-941. p. 909-910.
[35] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 133-135.
[36] FOLLONI, André Parmo. **Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências.** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N.2, 2017, p. 905-941. p. 927.
[37] ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos:** Estudos Preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

suas relações privadas e autonomia da vontade para, assim, definirem os meios/procedimentos pelos quais encaminharão o processo que lhes incumbe a característica de partes numa relação processual.

4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA

Trazendo este estudo de Teoria do Caos e sua aplicação no Direito por meio dos Negócios Jurídicos Processuais, a desjudicialização da produção de prova feita por este instrumento será aqui tratada como porção prática e exemplificativa do presente estudo.

Conforme Beclaute Oliveira Silva, a produção de prova tem a finalidade de encontrar a verdade sobre determinado acontecimento ou situação de fato, sobre o qual recai contradição de pensamento, apontada no processo pelas partes. O Negócio Processual que versar sobre a produção de prova, não versa especificamente sobre a verdade dos fatos que a prova poderia expor, mas sim é um Negócio que explicitará o modo pelo qual aquela prova será produzida.[38]

Nessa linha de pensamento, Guilherme Athayde Porto faz uma ligação entre modelo cooperativo processual exposto anteriormente e o ônus da prova. Para o autor, há uma ideia tradicional de distribuição do ônus da prova, que não foi completamente quebrada pelo Código de Processo Civil de 2015, mas foi flexibilizada. Com isso, há um reconhecimento maior da importância do instituto da produção de prova, adaptando-o ao novo modelo de processo mais justo que preza pela colaboração de todos aqueles interessados.[39]

Extrai-se do art. 357, §2º, CPC, a possibilidade de as partes convencionarem sobre quais alegações de fato recairá a prova, e lhes é facultado elegerem quais meios de prova devem ser utilizados, não obstante o da prova oral. Assim entende Julio Guilherme Müller:[40]

> Ademais, o fato de a convenção processual entre as partes admitir meios probatórios para provar os fatos controversos relevantes, pertinentes e controversos da causa não exclui o poder do juiz de, oficiosamente, determinar outros meios instrutórios. Por fim, admitida a hipótese de que a interpretação no art. 357, §2º, abrange somente a delimitação das questões de fato e de direito, a cláusula geral de negócio processual do art. 190 permite às partes convencionar validamente sobre a admissão dos meios de prova na causa. Conclui-se, portanto, que as partes podem negociar e convencionar a produção de prova testemunhal e/ou depoimento pessoal como meios para provar os pontos de fatos fixados para a instrução, mesmo antes da fase de saneamento e organização de processo.

A desjudicialização da prova, assim, consiste na realização de um negócio jurídico processual convencionado entre as partes com o propósito de possibilitar a produção da prova oral de forma extrajudicial, antes ou até mesmo no curso do processo. Tendo em vista que a produção será realizada fora do ambiente judicial, o próprio procedimento de produção da prova será alterado. Kevin Davis e Helen Hershkoff, mencionados na obra de Julio Guilherme Müller, conceituam, inclusive, que esta é uma forma de terceirizar algumas atividades judiciais.[41]

Este ambiente criado e convencionado entre as partes pode, em primeira vista, causar certa

[38] SILVA, Beclaute Oliveira. **Verdade como Objeto do Negócio Jurídico Processual.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 553-576. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 571.

[39] PORTO, Guilherme Athayde. **Formação da Coisa Julgada e Prova Produzida**: uma perspectiva do processo coletivo para o individual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42-43.

[40] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 213.

[41] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 220.

insegurança jurídica. No entanto, pela cooperação e pela boa-fé que as partes devem ter entre si para chegarem a convencionar deveria ser o suficiente para tornar mais confiável o instituto dos negócios jurídicos processuais, ainda mais que o juiz tem ainda o seu poder de intervir quando assim julgar necessário[42].

Conhecimento que se subtrai das palavras de Julio Guilherme Müller[43]:

> É claro que a terceirização dos processos ou atividades pode afetar a confiança dos jurisdicionados na instituição do Poder Judiciário. Esta externalidade não pode ser desprezada. Todavia, a responsabilidade pessoal que os indivíduos assumem, e a legitimidade de um procedimento por eles convencionado e com maior participação, tem aptidão de conduzir as partes a um estágio mais avançado de confiança e de ambiente para a resolução consensual de controvérsias.

Para que a prova possa ser produzida fora do ambiente judicial, portanto, é preciso que o juiz participe desta escolha das partes. A homologação do acordo é necessária e, quando há proibição legal para a produção de determinado meio de prova, ou quando o juiz acreditar que a prova será inadequada para auxiliar na solução do conflito, ele poderá recusar-se a homologar o Negócio apresentado pelas partes. Isso porque, na fase de produção de provas, o protagonismo do juiz ainda se sobressai pelo fato de que, é por meio das provas, muitas vezes que o juiz fundamentará a sua tomada de decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise geral do presente artigo, nota-se que os Negócios Jurídicos Processuais são distintos dos Atos Jurídicos pois, enquanto os Negócios processuais podem tratar de procedimentos e como certos atos serão inseridos no processo, os Atos Jurídicos estão, de acordo com o ditado pelo Código Civil, adstritos e limitados ao que a lei estipula à respeito de sua atuação.

O pleno cumprimento do princípio da cooperação trazido no art. 6º, do Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2015, pode ser claramente percebido com a realização de um Negócio Jurídico feito pelas partes. Isso porque, pelo princípio da cooperação, o juiz perderá seu caráter de passividade e passa a ser obrigado a colaborar com a resolução de um processo que menos prejuízo trouxer às partes, sendo mais efetivo e sendo resolvido em tempo razoável. As partes, portanto, poderão acordar à respeito de diversos fatores e procedimentos, tanto antes do processo, quanto no seu próprio decorrer. Poderão, ressaltando os exemplos trazidos no texto do trabalho, calendarizar o litígio em conjunto com o juiz, poderão estipular a incumbência do ônus da prova e, inclusive, optar pela desjudicialização de sua produção.

Pela desjudicialização da produção de prova, as partes poderão realizá-la em ambiente diverso ao da audiência de instrução e julgamento, o que acaba influenciando na tomada de decisão do juiz de forma diversa do que o seria se realizada num ambiente judicial. E é interessante perceber como essa influência poderá se dar de forma um tanto imprevista, mas que talvez seja passível de quase previsibilidade, ao se aprofundar no estudo da Teoria do Caos.

A Teoria da Complexidade e a Teoria do Caos trazem, ao estudar estes institutos ao lado do Processo Civil, a possibilidade de enxergar o movimento existente dentro do Direito por meio deste sistema processual. A visão panorâmica e sistemática da legislação para a construção de uma decisão, junto com a possibilidade de realização de Negócios Processuais pelas partes somente, ou pelas partes em conjunto com o juiz, vão mexer com o processo e seus procedimentos.

Vale ressaltar, desta forma, que, nos Negócios Jurídicos que visem estipular meio de produção de prova, o juiz não perderá o seu poder discricionário de homologar ou não o instrumento pelo qual as partes pretendem jurisdicizar seu acordo. Tudo dependendo do julgamento do juiz sobre a causa, se é complexa ou simples, e se a produção daquela determinada prova será ou não útil à efetividade do processo.

Os Negócios Jurídicos Processuais, portanto, vão influenciar a solução do conflito, o que faz com

[42] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 315-318.

[43] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 221.

que o seu estudo seja necessário para auxiliar aos indivíduos e partes interessadas a realizarem um Negócio Jurídico que não vá gerar vícios, nem obstar o juiz de resolver o caso proferindo uma decisão da qual as partes sentirão que resolverá seu litígio, e ainda restarão com o sentimento de que fizeram parte da construção daquela decisão ao poder, por meio do Negócio Jurídico, manifestar sua autonomia da vontade. Perfectibilizando a influência das relações privadas no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos:** Estudos Preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** Existência, Validade e Eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público.** Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CORDEIRO, Adriano C., **Negócios Jurídicos Processuais no Novo CPC: Das Consequências do seu Descumprimento.** Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 39-74. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 105-125. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo.** Salvador: Juspodivm, 2016.

FOLLONI, André Parmo. **Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências.** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N.2, 2017, p. 905-941.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental.** São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos:** Eficácia jurídico processual como critério de superaçào das invalidades negociais. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

HART. H. L. A., **O conceito de Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova:** Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas:** tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1996.

SILVA. Beclaute Oliveira. **Verdade como Objeto do Negócio Jurídico Processual.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais. Coordenadores: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. 3. Ed., p. 553-576. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. **Uma Primeira Análise Constitucional Sobre Os Princípios No Novo Código de Processo Civil.** In: Novo CPC Doutrina Selecionada. V. 1. Coordenador geral: DIDIER JR., Fredie. p. 227-243. Salvador: Juspodivm, 2015.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Eduardo Giordani, Advogado, eduardo.giordani@hotmail.com

RESUMO: O presente estudo visa analisar, de forma não exaustiva, se na hipótese de abandono afetivo do idoso é possível verificar os pressupostos da responsabilidade civil, e se verificados, se existe a possibilidade de reparação mediante tal circunstância, como também definir o que é o abandono afetivo e como o assunto está sendo tratado no ordenamento jurídico na sociedade contemporânea. A análise do tema desenvolvido se dá através de pesquisa bibliográfica. A carta Maior, assegura, em seu artigo 229, o dever mútuo de assistência entre pais e filhos, ou seja, se os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais na velhice. Este dever de ajudar, não configura apenas o dever ligado à pecúnia, mas também um dever de cuidado e convívio, que acaba por resultar em afeto. Além disso, frisa-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família passou a ser caracterizada eminentemente no aspecto afetivo, deixando de lado a característica patrimonialista e econômica, o que acabou resultado em grandes mudanças no Direito de Família, assim, com o estreitamento dos vínculos afetivos existentes nas relações familiares.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Família. Idosos. Responsabilização.

1 INTRODUÇÃO

Desde as primícias dos tempos, a família representa o primeiro grupo do qual faz parte o indivíduo. Ao falar sobre essa instituição, logo se tem a noção de amor, afeto e carinho. Entretanto, dentro dessas relações muitas vezes surgem conflitos das mais variadas ordens, sejam eles vinculados ao abandono afetivo e a responsabilização pela ausência de afeto, como também à violação do dever de cuidar e da convivência familiar, princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso.

Com o advento da Lei Maior e a constitucionalização do Direito Civil, diversas modificações foram introduzidas no direito privado, resultando na necessidade de diferentes ramos do direito, principalmente no Direito de Família e na Responsabilidade Civil, em se adequarem a esses novos paradigmas. Isso aconteceu na medida em que todo o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser visto sob o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como também pela valorização do afeto, a qual permitiu decisões judiciais mais solidaristas no ordenamento, superando as visões primitivas, patrimonialistas e individualistas que ramificavam o direito anteriormente.

O fenômeno do envelhecimento da população é uma realidade que exige reflexão acerca dos fundamentos de validade e legitimidade da tutela dos direitos dos idosos no âmbito jurídico, de forma a garantir a dignidade humana assegurada pela Constituição Federal.

Diante disso, abre-se espaço para demandas em razão do abandono afetivo de idosos no âmbito familiar, em especial pela sua prole, tema central do presente trabalho.

O estudo tem por objetivo principal a análise do ordenamento jurídico a fim de caracterizar o abandono como conduta ilícita. Ao mesmo tempo, serão analisadas as características gerais e os pressupostos da responsabilidade civil para a configuração do dano moral.

O problema que se busca dirimir é a possibilidade ou não de condenar civilmente os filhos que não cumprem os seus deveres de prestar assistência moral ao genitor idoso, que basicamente consiste na prestação de apoio, afeto e atenção mínimos indispensáveis ao adequado respeito às pessoas de maior idade.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO

A palavra responsabilidade, que se originou do latim *spondeo*, destina-se à restauração da estabilidade moral e patrimonial provocado pelo autor de um dano, constituindo como fonte geradora da responsabilidade civil esse interesse em restaurar a harmonia e o equilíbrio, ora violados. Centralizando a responsabilidade civil, destaca-se: "Sabe-se que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, e reprime a conduta daquele que o contraria. (CAVALIERI FILHO, 2010). A responsabilidade é um termo aplicado em qualquer situação na qual alguma pessoa, seja natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda a atividade humana pode acarretar o dever de indenizar. Assim, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar e reparar danos- o que será de suma importância para o tema, pois o abandono afetivo dos pais idosos gera danos, os quais poderão ser verificados mais adiante.

A importância crescente do instituto da responsabilidade civil não deve, pois, ser senão como um sinal de desenvolvimento da indústria e das aplicações da ciência, assim vindo novas adaptações das normas de direito. O sentimento de justiça não é mais refinado que anteriormente, porém é mais solicitado, para manifestar-se e intervir nas relações cotidianas, por isso tornou-se uma percepção social. Em face da civilização atual, deve ser reconhecido que esse sentimento de justiça, proliferado, tem contribuído para a extensão da responsabilidade civil.

À medida que a civilização se desenvolve, nas palavras de José de Aguiar Dias (2006) compreende-se que mais complexas são as relações sociais, sendo inevitável o atrito de interesses, cada vez mais intensos, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil, razão para que hoje se aceite e se sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que em tempos remotos.

Como está se tratando das características gerais da responsabilidade civil, vale frisar que a doutrina define dois critérios para a classificação da responsabilidade civil. Quanto à presença do elemento culpa, divide-se então em responsabilidade objetiva e responsabilidade civil subjetiva. Em relação à natureza da norma violada, pode ser contratual ou extracontratual. Dessa forma:

> Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15).

A responsabilidade civil subjetiva decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, que mais adiante será tratada, tem natureza civil, e caracteriza-se quando o agente causador do dano pratica atos com negligência ou imprudência. A noção básica da responsabilidade civil subjetiva é o princípio que cada um responde pela própria culpa, cabendo sempre ao autor o ônus da prova, para provar a culpa do réu. Porém, há hipóteses em que não há a necessidade da caracterização da culpa, então se entra no seio da responsabilidade civil objetiva e para tal espécie de responsabilidade somente faz-se necessário o elo da causalidade entre o dano e a conduta do agente, para se insurgir o dever de indenizar.

Quanto à responsabilidade contratual e extracontratual, se antes existir um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, tem-se a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual. Porém, se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima exista anteriormente qualquer relação jurídica que o possibilite, tem-se a responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana. (GONÇALVES, 2013). Sobre isso, vale trazer o seguinte:

> Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no artigo 186 do Código Civil. Todo aquele que causar dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana. (GONÇALVES, 2013, p. 44).

A norma jurídica regula as ações humanas, de um modo geral ela se impõe a todos, tendo um caráter social. Assim, o Direito tem por fim uma utilidade comum, estendendo seu conteúdo a todos os indivíduos, mas também não exclui a proteção dos interesses individuais, estes que quando conformados com a norma caracterizam o interesse comum. Então o interesse, assim entendido, é o objeto da tutela da lei, e o que fere esse interesse é o dano. (RIZZARDO, 2006).

O dano é o principal elemento, que se faz necessário à configuração da responsabilidade civil, pois resulta a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir. Desse modo, não há de se falar em ressarcimento ou concretizá-lo sem haver um dano. Ressaltando que quando se fala em dano, o que faz significar é o resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material. (SILVA, 2002).

Quanto à natureza do dano, este não pode ser restringido apenas com prejuízos materiais, pois também se apresenta de forma compatível quando liga o dano, como a lesão ou ofensa que o homem sofre no seu corpo, liberdade, honra ou patrimônio. O dano pode ser considerado em duas interpretações, a vulgar e a jurídica. A primeira seria o prejuízo que alguém sofre em sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem exame de quem seja o autor. A segunda é a condição de pena ou de dever de indenizar, para tanto, vem a ser o prejuízo sofrido por sujeito de direitos em consequência de uma violação.

Não é anormal haver confusão entre os danos morais e os patrimoniais, tendo aqueles, origem moral ou afetiva, pois o dano é "uno" segundo sua origem e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial, a diferença reside nos seus efeitos, visto que o dano moral traz seus efeitos na reação psicológica da vítima suportadora e até mesmo as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão. (DIAS, 2006).

O dano decorrido do abandono seria estritamente moral, já que causaria grande abalo no psicológico da vítima, no caso do idoso, por não ter o afeto, o dever de cuidado e atenção de seus filhos, que devido à tenra idade, venham a necessitar. Mas se o idoso, além de sofrer o abalo moral do abandono afetivo, também se encontra diante de dificuldades e não lhes forem prestados os alimentos em que necessitam de seus filhos, como elenca a Constituição, nas obrigações recíprocas entre pais e filhos trazidos pelo artigo 229, se está diante de um dano material, dependeria de uma questão de conceituação, pois pode haver diante do abandono afetivo a falta de alimentos, gerando danos na esfera moral e material, como também pode haver a prestação de alimentos e demais necessidades que o idoso venha a ter, mas sem a ocorrência de afeto, gerando abalos apenas na esfera moral.

Volta-se tema em torno da natureza do dano diante do abandono afetivo do idoso, objeto do estudo. O dano seria estritamente moral, o mesmo se configura por não ter caráter patrimonial, pois é um dano não material. Dano moral pode ser "dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação- enfim dor na alma." (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83). E ainda "o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima." (VENOSA, 2013, p. 50). Dessa forma, Rizzardo salienta:

> De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior. (2006, p. 685).

3 A EVOLUÇÃO NA CONCEITUAÇÃO DE IDOSO E A DEFINIÇÃO DE ABANDONO AFETIVO

Segundo o Estatuto do Idoso, lei 10.741 de 2003, define em seu artigo 1ª que tal está destinado à regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual a sessenta anos, ou superior a esta. (BRASIL, 2018) Velho, idoso e velhice são termos mais adequados para a utilização, porém, faz-se a distinção: a velhice é apenas um momento da vida, como é a infância e a maturidade, já a palavra idoso é o termo abarcado pela Constituição Brasileira. Todas as conceituações que possam ser feitas estão ligadas entre si, pois coloca a cronologia como condição *sinequa non* para que se possa definir a velhice. Dessa forma, busca-se uma conceituação que seja adequada ao uso do dia a dia e que represente uma condição resultante não só da etapa cronológica do indivíduo, mas que procure abranger diversos elementos de definição. (AGUSTIN,

2003).

Vale frisar aqui que o Estatuto do Idoso regulamenta os princípios que já são garantidos pela Constituição Federal de 1988, sendo os principais direitos civis dos idosos: a saúde; transporte coletivo; lazer; trabalho. Importante salientar que é proibida qualquer discriminação por idade e a fixação de limite máximo de idade na contratação de empregados e por fim habitação. Conciliando o conceito de idoso com o objeto de estudo que se propõe o presente trabalho, direciona-se ao artigo 4º do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2018), onde prevê que nenhum idoso poderá ser objeto de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, o que será tratado mais adiante, na tutela do idoso frente ao abandono afetivo.

Doutrinariamente, são apontados critérios para a identificação da pessoa idosa. Dessa forma, como já dito, tem-se o critério cronológico, adotado pelo Estatuto do Idoso, mas também se apontam os critérios psicobiológicos e econômico e social. O psicobiológico é o que se vincula à condição psicológica e fisiológica de cada pessoa, já o critério econômico e social atrela-se aos aspectos relacionados ao patamar social, com base na noção de que o hipossuficiente precisa de maior proteção. (GAMA, 2008).

Hoje a entidade familiar deve ser entendida como um grupo social, onde a característica mais forte e essencial seriam os laços de afetividade, nesse sentido:

> A transação da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tende a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 62).

O abandono afetivo seria justamente a falta de todas as características, geradas no âmbito familiar, quais sejam: carinho, amor, atenção, cuidados, presença constante, etc. Diante disso, podendo acarretar diversos danos à personalidade, esta que se encontra em formação, no caso de crianças e adolescentes, ou com ela já formada, mas em estado debilitado devido à tenra idade, sendo o caso dos idosos, que muitas vezes são vítimas do abandono afetivo. Os seres humanos estão destinados a viver em união, formando grupos, comunidades e sociedades, cada indivíduo possui no seu interior a subjetividade e a necessidade de afeto, nas mais diversas formas.

A afetividade pode ser traduzida no necessário e imprescindível respeito aos aspectos mais peculiares de cada um dos membros de uma entidade familiar, seja da forma a qual foi constituída. Assim, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, para então compreender se devido a sua falta, possam ocorrer efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis. Maria Berenice Dias (2010) sustenta a consagração do afeto como um direito fundamental, o que será aprofundado em momento oportuno, mas adiantando, que o afeto no direito de família instalou uma nova ordem jurídica.

Como a afetividade tornou-se um fato, seu processo de maturação iniciou desde a Constituição Federal, mesmo que de forma tímida, onde contida e consubstanciada no dever de os pais assistirem, educarem e criarem seus filhos menores e em contrapartida a obrigação para com os mesmos na velhice. Portando, a afetividade efetiva-se no desempenho de valores humanitários. Assim, quando a Carta estabelece o dever de amparo por todas as famílias aos idosos, certificando sua integração na comunidade ou meio social, defendendo a dignidade e bem estar e reservando-lhes o direito a uma vida sadia, está afirmando mais uma vez o exercício da **afetividade.**

"Amar é um direito ou é um dever?" diferentemente da assistência material, que também é devida, mediante a prestação de alimentos e o suprimento de todas as necessidades materiais, no caso do idoso, tema do trabalho, a assistência moral está ligada e relacionada à convivência familiar, elevando isso a uma condição de direito fundamental, então da mesma forma que a convivência familiar é de uma importância para o desenvolvimento da criança e do adolescente, também se torna para o idoso, visto a fragilidade e a vulnerabilidade que vive no ordenamento atual. Como os idosos já possuem sua personalidade formada, o convívio familiar torna-se essencial, pois necessitam de acompanhamento dos familiares, bem como demais cuidados. Configura-se nessa esfera o dever do cuidado, e a falta do mesmo, ou a falta da convivência familiar, elevada ao patamar de direito fundamental, é o que se pode chamar de abandono afetivo do idoso.

Sérgio Cavalieri Filho (2014), em palestra na Universidade Feevale, ao responder um questionamento sobre a configuração da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, é categórico ao dizer que o problema do tema está na sua conceituação, pois se precisa chegar a um consenso sobre o que é abandono afetivo. Seria a valoração do amor, questiona-se. Dessa forma, se estaria dando destinação monetária ao sentimento, fazendo surgir uma obrigação de amar o próximo. Para o referido Jurista não caberia indenização nesse sentido, mas deixa claro que o mesmo pode vir a ser uma consequência, por exemplo, da falta da obrigação alimentar, ou seja, vai além da falta de afeto, carinho ou amor, é mais gravoso, então, abandono puro e simples para o autor, não caberia indenização, porém, em decorrência de algo mais complexo o tema tomaria outra forma.

4 A TUTELA JURISDICIONAL DO IDOSO EM FACE DO ABANDONO AFETIVO

O idoso deve ser valorizado e reconhecido, como ser humano, com o direito de desfrutar de qualidade de vida e de exercer sua cidadania, suas liberdades e autonomia, por isso, a Constituição Federal, traz em alguns dispositivos, uma maior proteção ao idoso, a qual principalmente deve ser exercida no âmbito familiar, lhes garantido então, uma vida digna, proteção, saúde e a convivência familiar, que é de suma importância aos idosos.

Frisa-se que a Constituição determina que os programas de amparo aos idosos devam ser executados, preferencialmente em seus lares, conforme disciplina o parágrafo único do artigo 230, dessa forma, também vale mencionar o artigo 229, o qual preceitua que: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." E o art. 230 traz: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e lhes garantido o direito à vida." Nos referidos dispositivos, por diversas vezes leia-se a palavra amparo, o qual também seria uma forma de proteção. (GIANNINI, 2008, p. 74). E é justamente essa falta de amparo que muitas vezes resulta no abandono afetivo dos idosos.

O Estatuto do idoso, que trabalha com a teoria da proteção integral, também, assim como a Constituição, preceitua que é obrigação da família, em especial, assegurar aos idosos, os direitos a eles inerentes, trazendo um vasto campo de direitos a serem protegidos. Bem como, traz que nenhum idoso poderá ser objeto de qualquer tipo de negligência. Mas quando se fala na proteção do idoso, vale destacar, o artigo 8º do mesmo diploma legal (BRASIL, 2018), o qual determina que a proteção ao envelhecimento seja um direito social, "O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social", ou seja, o envelhecimento não é apenas um direito do indivíduo que já envelheceu, mas passa a ser um elemento que dê segurança jurídica, atingindo a sociedade como um todo. (BRAGA, 2011, p. 63). Diante disso, destaca-se:

> Tendo em vista todos os dispositivos, infere-se que o direito ao envelhecimento, jurídica e legislativamente, está garantido a todo e qualquer humano; todavia, acrescenta-se que é insuficiente a garantia de mero envelhecer, por quanto, consoante determina regra constitucional, toda e qualquer pessoa, tem o direito de preservação a sua dignidade, cujo direito mor é o direito à vida, pois sem ele inexiste razão para a garantia de qualquer outro. (RODRIGUES, 2006, p. 775).

Assim, diante de todo o exposto, percebe-se que o Estatuto do Idoso, enfatizou o que a Constituição Federal trouxe em benefício aos idosos, bem como, criou mecanismos que asseguram os direitos inerentes à condição de pessoa idosa.

O Direito de Família tem se tornado, na atualidade, um direito mais humanizado, porém sem deixar de lado as questões patrimoniais que dele se desprendem. O direito de família contemporâneo vem tendo a sua atenção voltada a aspectos mais pessoais das relações humanas, com a preocupação principal em reconhecer a família como o lugar para o desenvolvimento das relações interpessoais mais justas e estruturadas, decorre-se daí a questão da afetividade.

Para a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo do idoso, o dano deverá ser

evidente, comprovando-se com a inexistência do afeto, sentimento que permeia as relações familiares. O dever de indenizar originário do abandono afetivo fundamenta-se no dano concreto à personalidade do indivíduo e no nexo causal, onde se deve demonstrar que a conduta dos filhos ao serem omissos com os pais, resultou em danos a personalidade destes. (MARCO, MARCO, 2015).

Nas relações de família, a prática de atos ilícitos poderá gerar danos materiais e morais, sendo estes últimos os que se ligam aos direitos de personalidade da vítima. O abandono moral demonstra-se como um desrespeito aos direitos de personalidade, impondo aos lesados, o direito a busca pela reparação, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para buscar a indenização por lesão psicológica, Humberto Theodoro Júnior destaca:

> Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, frequentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta. Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal. (2010, p. 08).

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano a personalidade do individuo, que degenera o ser humano enquanto pessoa. Dessa forma, a ausência injustificada dos filhos, causa dor psíquica aos pais idosos, decorrente, não apenas da falta de afeto, mas também da falta do dever de cuidado e proteção, onde uma pessoa mais jovem e forte fisicamente e psicologicamente, possa garantir a uma pessoa mais vulnerável e senil, tais atributos.

Quanto à culpa, no caso de abandono afetivo, esta se resulta na modalidade omissiva, assim a conduta omissiva dos filhos em relação aos seus pais, configura infração ao dever jurídico de assistência, este que é entabulado na Constituição Federal, no artigo 229, o qual trata do dever de assistência recíproca entre pais e filhos e também se faz parir em decorrência dos princípios da afetividade e solidariedade familiar. (HIRONAKA, 2015). Já o nexo de causalidade, seria o elo entre a conduta omissiva e o dano causado. Quanto à culpa na modalidade omissiva, vale lembrar:

> A omissão só gera responsabilidade civil subjetiva se presentes dois requisitos: a) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e b) havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano. [...]Somente se presentes esses dois requisitos a omissão é tida como causa do dano. Ausente qualquer um deles, a falta de ação poderá ser eventualmente uma condição do dano, mas não será sua causa jurídica. (COELHO, 2012, p. 320-321).

O ato omissivo ou comissivo, é o primeiro pressuposto para a existência de uma responsabilização civil, dessa forma, já disciplina o artigo 186 do Código Civil, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Portanto, percebe-se que se os filhos não cumprem com o dever de amparo aos seus pais[1], e isto resultar em dano, logo, um ilícito cometerá. (CASSETARI, 2008, p. 88-89).

Para que haja imposição do dever de indenizar, deve haver uma ação lesiva que seja considerada contrária ao direito, como já sabido, a responsabilidade civil remete à ideia de reparação, que surge em decorrência de consequências danosas da conduta de quem praticou o ilícito. O abandono afetivo deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado pela omissão de quem teria o dever de amparo, cuidado e proteção.

A questão do abandono afetivo declina-se a ser um assunto um tanto quanto delicado, visto que se torna muito difícil a justiça obrigar alguém a amar, dar carinho e atenção, mais difícil ainda, seria estabelecer um *quantum* indenizatório pela falta de afeto em uma relação familiar. Corroborando com o assunto, Gagliano e Pamplona Filho, acrescentam:

[1] *Devido à falta de bibliografia especifica sobre o abandono afetivo do idoso, muitas vezes foi necessário trocar os termos pais, por filhos, com o intuito de enquadrar o tema ao presente trabalho. Ressalta-se que devido a isso não foi alterado a forma como o autor expõe a questão do abandono afetivo.

> Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou uma mãe por seu filho, ao longo da vida. **Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico**, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (2011, p. 730).

A responsabilidade decorrente do abandono afetivo seria consequência de um ato praticado por uma pessoa que surtiu efeito negativo, (leia-se omissão) em outra, devendo aquela reparar o dano. Porém observa-se, que o pagamento de uma indenização em pecúnia a vítima, é necessária por ela não poder voltar ao estado *in natura,* ou seja, o estado anterior das coisas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO).

Quando a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo bateu as portas do STJ (Superior Tribunal de Justiça), trouxe inovações no ordenamento jurídico brasileiro, pois a indenização pela falta de afeto do pai, em relação à filha, em grau de Recurso Especial, foi provido, e deste recurso, destaca-se o voto da Ministra Nancy Andrighi:

> [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos; mesmo que não presenciais; [...] entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**. (BRASIL, 2015).

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever, como ditas as palavras da referida Ministra, mesmo tratando de abandono afetivo praticado pelos pais, contra seus filhos, claramente pode-se reverter o tema aos genitores abandonados pela sua prole, visto que a justificativa para o abandono moral afetivo seria a mesma. Injusto seria não punir àquele que causa dano a outrem, pois deve haver a reparação civil pelo simples fato de ter ocorrido uma conduta, a omissão, que é um dos elementos da responsabilidade civil, junto com o dano e o nexo causal.

Tratando do tema, ainda, vale salientar o projeto de lei existente, o qual prevê a possibilidade de indenização decorrente de abandono afetivo aos idosos. Em 2008 foi proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4294 de 2008, o qual modificaria o artigo 1632 do Código Civil de 2002 e o artigo 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10. 741 de 2003). (MARCO; MARCO, 2015).

O Artigo 1632 do Código Civil seria acrescentado por um parágrafo, o qual passaria a dispor: "O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral." Já no artigo 3º do Estatuto do Idoso, o parágrafo único passaria a vigorar como parágrafo 1º, sendo acrescido o parágrafo 2º ao artigo, o qual teria a seguinte redação: "O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral". (MARCO; MARCO, 2015).

Deste modo, importante se faz analisar a justificativa do autor do Projeto de Lei:

> O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.[...] No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao

> prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado. (BRASIL, 2015).

Salienta-se que no ordenamento atual, não há lei que regule tal situação, porém mesmo diante disso, não significa que não exista o direito a tutela, pois a falta de lei, não significa falta de direito. Dessa forma, destaca-se:

> [...] A ocorrência de abandono afetivo na vida de idosos gera uma violação da integridade psíquica do sujeito refletindo em angústia e em afastamento social. "Quando se fala em abandono afetivo, não se trata apenas da monetarização do afeto. É uma ação afirmativa para mudar a consciência das pessoas para a importância do afeto na vida dos sujeitos"[...]O grande problema para a efetivação do Estatuto do Idoso e mais ainda, da alteração que prevê o abandono afetivo, é a dificuldade que o idoso tem em denunciar os abusos. "Eles se envergonham em denunciar e toleram essas violações." [...]Com relação à jurisprudência sobre o assunto, não se conhece nenhum caso de condenação por abandono afetivo de idosos. (CAMILO, 2015).

Diante do exposto, insta salientar, que a questão do abandono afetivo praticado pelos filhos em detrimento de seus pais, deve ser visto com cautela de quem detém o poder de julgar, verificando se está caracterizada a omissão dos filhos em relação aos pais, e os demais pressupostos da responsabilidade civil, também ao analisar cada caso em concreto, deve-se levar em conta o motivo da quebra da afetividade entre filhos e pais, para ver se tal possa ensejar uma possível indenização. Salienta-se a importância do projeto de lei trazido ao presente trabalho, visto que com sua aprovação e se caso sancionado, evitaria assim, decisões tão divergentes sobre o assunto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo e da compreensão acerca das transformações dos paradigmas sobre a família brasileira ao longo da história e o crescimento da população idosa, objetivou-se apresentar os pressupostos da responsabilidade civil, e se na hipótese de abando afetivo dos idosos pela sua prole, é possível verificar a existência de tais pressupostos, e consequentemente se devido a isso, há a possibilidade de responsabilização civil por tal conduta omissiva, bem como as consequências que tal conduta vem desencadeando no ordenamento jurídico atual.

A pesquisa realizada deparou-se com os diversos conflitos familiares que podem ser percebidos na estruturação das famílias visto as transformações que as mesmas vêm passando, tanto na sua configuração, como nas relações entre seus membros, adaptando-se aos novos contextos sociais, que cada vez mais se fazem presentes nos núcleos familiares atuais, devido a presença do afeto, da solidariedade e principalmente da dignidade da pessoa humana, através da mudança de paradigma implantada pela Constituição de 1988.

A análise dos direitos assegurados aos idosos pela legislação brasileira representa sério compromisso do Poder Público para com esta parcela da população, visto o crescimento de tal faixa populacional, fazendo surgir o Estatuto do Idoso, como uma forma de tentar garantir aos idosos uma proteção integral, alargando os direitos já dispostos pela Carta Maior.

Diante da ocorrência de abandono afetivo dos idosos, procurou-se ligar o tema à responsabilidade civil, de forma a estudar os pressupostos que ensejam a responsabilização, sendo a ação ou omissão; o dano; o nexo causal e a culpa, os elementos configuradores da responsabilidade civil, conforme visto. Além disso, ao estudar qual a espécie de dano que resulta do abandono afetivo, verificou-se que o mesmo é estritamente moral, por isso muitas vezes é também chamado de abandono moral. Deve-se, também atentar ao fato de que a questão indenizatória, em decorrência do abandono, deve observar os critérios a serem seguidos pelos julgadores, levando-se em conta a questão punitiva e pedagógica para o arbitramento do *quantum* indenizatório.

É justamente nesse ponto que se observa as divergências doutrinárias acerca do assunto, sendo inúmeros os argumentos de juízes e doutrinadores relativos à possibilidade de haver responsabilização sobre o abandono afetivo.

De qualquer forma, o presente trabalho procurou demonstrar, por meio da interpretação de diversas normas, a identificação do abandono afetivo com o seu respectivo conceito. O direito do idoso à convivência familiar está previsto na legislação brasileira, assim é dever dos filhos prestarem auxilio material e moral aos pais, logo, o filho que desrespeita esta obrigação, descumpre a lei.

De fato, conforme exposto, pelas opiniões doutrinárias de diversos autores, percebe-se que há certa inclinação para o reconhecimento do abandono afetivo como ilícito indenizável, de forma a prestigiar os princípios do direito de família, em especial o da solidariedade familiar e da afetividade. Além disso, buscou-se, se há inovações na lei para a regulamentação do tema, em especial o abandono afetivo do idoso pelos seus filhos, de forma que se pôde explorar um projeto de lei existente, que se aprovado e sancionado, poderá garantir maior estabilidade, principalmente aos idosos, vítimas do abando moral pela sua prole, trazendo uma maior segurança jurídica e evitando tantas decisões conflitantes acerca da possibilidade de responsabilização por abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao direito do idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**, São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242-SP (2009-0193701). Relator(a) Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 19 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757-MG (2005/0085464-3 - 27/03/2006). Relator Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 19 abr. 2015.

_____. Ministério da Saúde. **Lei nº. 8.842 de 1994**. Política Nacional do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CAMILO, Andryelle Vanessa. Projeto **que prevê abandono afetivo de idoso está pronto para votação no CCJ**. Notícias. 02 out. de 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/s/4890/+Projeto+que+prev%C3%AA+abandono+afetivo+de+idoso+est%C3%A1+pronto+para+vota%C3%A7%C3%A3o+na+CCJ+>. Acesso em: 18 abr. 2015.

CASSETARI, CHRISTIANO. Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de Seus Filhos- Dos Deveres Constitucionais. **Revista de Direito de Família e Sucessões**.nº 50. Out-Nov. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Responsabilidade Civil na Atualidade**. Palestra proferida na Universidade Feevale em 31 de maio de 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. rev. e atual de acordo com o código civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.**Curso de Direito Civil:** Famílias. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Pablo; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil:** Direito de Família. 1. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.**Princípios Constitucionais do Direito de Família:** guarda compartilhada à luz da lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso, São Paulo: Atlas, 2008.

GIANNINI, Aderlene Bastos. **O idoso e o ordenamento jurídico**. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf.> Acesso em: 18 abr. 2015.

MARCO, Charlotte Nagelde; MARCO, Cristhian Magnus De. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis.** Disponível em:<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1489>. Acesso em: 18 abr. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo**. Responsabilidade Civil:** Lei nº. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Peregrina Oswaldo. Estatuto do Idoso: Aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da.**O dano moral e a sua reparação civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

EXONERAÇÃO DO FIADOR EM CONTRATOS DE LEASING: UMA ANÁLISE À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONTRATUAL

Mariana Barros Mendes[1]

Bruna Lyra Duque[2]

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a compreensão do entendimento dos tribunais, que tratam da impossibilidade de exoneração do fiador nos contratos de leasing à luz do art. 835 do Código Civil. Buscar-se-á analisar a problemática junto às atuais regras relacionadas à exoneração da fiança funcionalizando-as com os marcos teóricos da nova hermenêutica contratual. Para isso, o estudo pretende investigar a temática na perspectiva civil-constitucional em especial com o princípio da função social do contrato e da boa-fé com o fito de apontar a razoabilidade de flexibilização da aplicação da exoneração simples para o fiador em contratos de Leasing.

Palavras-chaves: Exoneração Fiador. Leasing. Nova Hermenêutica Contratual.

1 INTRODUÇÃO

O advento do Código Civil de 2002 representou a superação de paradigmas de um ordenamento jurídico fechado e conservador do Código Civil de 1916. As figuras contratuais conservadoras do direito positivo do século XIX já não atende os anseios sócias da nova época.

O novo Código é aberto à problemática social compreendendo a relação harmônica na dinâmica dos valores individuais e coletivos, valendo-se de eixos principiológicos para alcançar uma justiça social. Nesse contexto, surge a nova hermenêutica contratual com o fito de adequar a interpretação das relações contratuais aos novos cânones do ordenamento jurídico civilista.

Concomitantemente à mudança no contexto das relações contratuais se expande no Brasil a utilização do chamado contrato de arrendamento mercantil ou leasing. A busca de empreendedores em otimizar seu capital ou mesmo de brasileiros pelo sonho em ter a casa ou carro próprio sem apelar para o financiamento devido aos altos juros deste, houve uma procura maior pelo contrato de leasing realizado perante as Instituições Financeiras.

Nessa esteira, pontua-se que para constituir o contrato de leasing as Instituições Financeiras exigem como garantia a fiança. Observa-se que o contrato de fiança impõe ao fiador onerosas obrigações em caso de descumprimento do contrato pelo afiançado. Concernente a isso, o Código Civil prevê poucas hipóteses com requisitos rígidos que permitam a desobrigação ou exoneração da fiança.

Dentre as hipóteses, uma se destaca, a hipótese de exoneração prevista no artigo 835 do Código Civil. O referido disposto aponta como requisito, dentre outros, que o contrato principal não possua prazo determinado. Em meio a esse contexto surge o questionamento acerca da possibilidade ou não do fiador nos contratos de leasing exonerar-se da fiança por meio da aplicação do artigo 835 do Código Civil, visto que tal contrato possui prazo determinado.

O presente estudo propõe a reanálise dos entendimentos dos tribunais, que tratam da impossibilidade de exoneração do fiador nos contratos de leasing à luz do art. 835 do Código Civil, funcionalizando-os com a nova hermenêutica contratual. As reflexões propostas são desenvolvidas com o fito de admitir a

[1] Acadêmica do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

[2] Doutora e mestre do programa de Pós-Graduação *scricto sensu* em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da Graduação e da pós-graduação *lato sensu* da FDV. Advogada.

possibilidade de admissão da exoneração simples do fiador, em contratos de fiança vinculados a contratos de leasing, a partir da flexibilização do art. 835 do Código Civil.

2 O INSTITUTO DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE *LEASING*

A fiança é um contrato unilateral, gratuito, acessório, visto que está vinculado a existência de um contrato principal[3], e de garantia pessoal ou fidejussória, de modo que a pessoa do fiador e seu patrimônio garantem o adimplemento fiel da obrigação contraída pelo devedor principal[4]. Ou seja, o fiador se torna responsável pelo adimplemento do devedor principal sem que se torne um co-devedor.

A fiança é de uso corrente junto aos contratos bancários[5], dentre eles o de leasing ou também chamado arrendamento mercantil que não encontrou garantia que substituísse convincentemente a fiança. O instituto da fiança tem como essência a confiança na pessoa do afiançado. No caso em estudo, cabe a análise da problemática extraída desta relação.

O leasing ou arrendamento mercantil é um contrato especial, no qual se tem a locação de bens, móvel ou imóvel, adquiridos pelo arrendador (pessoa jurídica) de acordo com as definições e designações fornecidas pelo arrendatário (pessoa física ou jurídica) para o uso desta. É assegurado ao arrendatário no fim do contrato a escolha entre: (I) renovar a locação; (II) extinguir o contrato, restituindo o bem ao arrendador; ou (III) adquirir o bem pelo valor residual garantido (VRG) previamente fixado no contrato[6].

O contrato é de prazo definido, sendo estipulado o prazo mínimo de 2 anos para bens móveis e de 4 anos para bens imóveis. É utilizado por grandes instituições financeiras e classificado como contrato de adesão, visto que não permite a negociação das cláusulas contratuais.

No caso em tela, devido à ampla exigência da fiança como garantia fidejussória para o estabelecimento do contrato de Leasing, a problemática reside em torno a situação de desamparo em relação ao fiador. Tal situação é comumente enfrentada pelos operadores do direito que, no entanto, acabam não atribuindo o sopesamento à luz das alterações da sociedade brasileira e da nova hermenêutica das relações contratuais.

Evidencia-se a peculiaridade do contrato manuseado, visto que é de natureza complexa envolvendo diversas relações jurídicas simultâneas, tais como a locação, uma promessa unilateral de compra e venda, um financiamento[7] e, eventualmente, uma compra e venda. Dessa forma, cabe a aplicação dos princípios que regem as relações jurídicas contratuais, assim como a aplicação analógica de regras e princípios específicos que regem quaisquer desses contratos que envolvem a natureza do Leasing.

O Código Civil é norteado pelos princípios da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade, os quais também norteiam as relações contratuais. Nesse sentido, extrai-se da sociabilidade o princípio da função social do contrato, responsável por conferir uma harmonia entre a autonomia da vontade com o interesse da comunidade a qual se insere.

O referido princípio advém da filosofia legislativa e principiológica da nova ordem constitucional que busca um equilíbrio das relações sociais atingindo, por consequência, a égide do direito privado: o Código Civil.

O Código Civil de 2002 prevê expressamente, no seu artigo 421, a obrigatoriedade da liberdade de contratar observar os limites da função social do contrato. O princípio vem no dispositivo como cláusula geral torna-se "foco de irradiação normativa"[8], ou seja, válida não só para os contratos, mas também para aplicação em todo o código.

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.558.

[4] **Ibidem.** p.558.

[5] OLIVEIRA, Lauro Laertes. **Da fiança.** São Paulo: Saraiva. 1981.p. 3

[6] WALD, Arnoldo. **A introdução do leasing no Brasil.** RT, 415/9.

[7] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.691

[8] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato:** os Novos Princípios Contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190.

Tal irradiação principiológica de valores fundamentais se reflete na ponderação entre os interesses e expectativas contratuais e tornou-se um dos pilares da teoria contratual[9] como forma de realizar a justiça social. Nesse sentido, no que pese a interpretação do contrato de fiança cabe a aplicação desse vetor interpretativo.

Assim, cabe enfatizar a relevância da aplicabilidade dos princípios da boa-fé e da função social do contrato por meio da nova hermenêutica contratual nos casos do instituto da fiança em contratos de leasing.

No caso em tela, no que tange ao desamparo do fiador se destaca quanto às possibilidades de desobrigação e, principalmente, de exoneração da fiança. Nesse aspecto surgem indagações: Qual a diferença entre desobrigação e exoneração? Quais as possibilidades concebidas pelo Código para exoneração da fiança? Qual o entendimento jurisprudencial em relação à exoneração do fiador?

3 A POSSIBILIDADE LEGAL DE EXONERAÇÃO,A DESOBRIGAÇÃO DO FIADOR E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A TEMÁTICA

O legislador brasileiro privilegiou a figura da resilição sob a nomenclatura de exoneração no Código Civil de 2002 como forma de extinção contratual por manifestação da vontade. Visto que é característica do contrato de fiança ser unilateral, daí surge para o fiador um direito potestativo de encerrar o vínculo de garantia estabelecido no contrato[10]. As hipóteses de extinção da fiança estão previstas nos artigos 835, 837, 838, e 839 do Código Civil.

Nos casos de desobrigação é extinto o vínculo do fiador com a garantia a partir do momento em que ocorram as situações previstas nos artigos 837 a 839 do Código Civil e gera decisões judiciais com eficácia *extunc*. A exoneração, por sua vez, é um direito potestativo que permite a desvinculação do fiador com a garantia pessoal da fiança.

Cabe no presente estudo ater-se à possibilidade de exoneração do fiador prevista no artigo 835 do Código Civil, que dispõe:

> Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

O legislador dispõe como condições explícitas para que o fiador possa recorrer à exoneração que o contrato de fiança seja sem limitação de tempo e que se tenha a eficaz notificação do credor, assim como a condição implícita da situação de adimplemento do devedor principal perante o credor. Vale ressaltar, o dispositivo impõe que após a notificação do credor sobre a exoneração da fiança o fiador fica obrigado a todos os efeitos da fiança, ou seja, a garantia durante 60 dias.

A inquietação, logo, move-se em torno do desamparo do dispositivo em relação à figura do fiador, visto que não lhe é garantido a possiblidade de exoneração em casos de contratos com limitação de tempo, e no entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Nesse sentido, o raciocínio aqui dirigido vai de encontro ao pronunciamento majoritário que, de maneira distinta, entende pela impossibilidade de aplicação do art. 835 do Código Civil em pedidos de exoneração do fiador em contrato de Leasing, sob a justificativa de não se tratar o caso de contrato sem limitação de tempo, requisito apontado pelo dispositivo.

É o caso da Apelação Cível de nº 0007981-68.2008.826.0659[11], julgada em 8 de agosto de 2016, pelo

[9] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 5.
[10] SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. **A funcionalização do contrato de fiança:** proposta de revalorização do instituto. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-163139/publico/DISSERTACAO_Resumo_Simplificado.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2018. p. 88
[11] TJSP, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível de nº 0007981-68.2008.826.0659**. Relator: Gomes Varjão. DJ: 08/08/2016.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste caso, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 835 do Código Civil prevê a possibilidade de exoneração de fiança relativas às obrigações com duração com duração ilimitada no tempo, o que não é o caso do contrato de arrendamento mercantil, logo não caberia a aplicação do referido dispositivo nesses casos.

O caso que deu origem ao processo, na primeira instância, tratava-se de uma ação de exoneração da fiança, proposta pela fiadora, na qual afirmava a flexibilização do rigor na interpretação do artigo 835 do Código Civil. O caso não chegou ao Superior Tribunal de Justiça, no qual, inclusive, ainda não possui decisões específicas que enfrentam o tema da exoneração da fiança em contratos de leasing.

A cognição ofertada pela jurisprudência majoritária possui fundamentação no disposto no código civil. Ocorre que, tal compreensão é rasa e sem a devida compatibilização com os princípios norteadores do ordenamento jurídico e gera, na maioria dos casos, excessivos prejuízos ao fiador. É cediço que a fiança está vinculada ao contrato principal, no caso, o de Arrendamento Mercantil, contrato este que exige a fiança como garantia sem a qual o contrato não é firmado.

Os operadores do direito em suas decisões, por diversas vezes presos a uma velha hermenêutica, acabam por prezar uma interpretação rasa e restrita à letra da lei. Vê-se, portanto, a necessidade da aplicação de princípios por meio da nova hermenêutica contratual, de forma que possam ser flexibilizados a aplicação literal dos dispositivos legais

4 A EXONERAÇÃO DO FIADOR PELA FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 835 DO CÓDIGO CIVIL, NO CONTRATO DE LEASING, À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONTRATUAL

O entendimento jurisprudencial majoritário atual compreende pela impossibilidade de admissão da exoneração simples da fiança vinculada a contratos de Leasing. A proposta deste estudo vai de encontro a esse entendimento e, na perspectiva civil-constitucional, defende a possibilidade de exoneração simples do fiador em contratos de leasing à luz da nova hermenêutica contratual, em especial por meio do princípio da boa-fé e da função social do contrato.

4.1 OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL APLICADOS À FIANÇA

O atual panorama constitucional trouxe a exigência de uma harmonização entre o dever de solidariedade no exercício da autonomia privada[12]. O ordenamento jurídico, assim como o sistema contratual, está orientado a admitir que além da autonomia da vontade há outros aspectos que integram o conteúdo dos contratos devem ser considerados.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 deixa para trás um viés individualista, reacionário e tradicionalista e toma como eixo os princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade. Nesse aspecto, o Código Civil brasileiro contempla expressamente nos artigos 422 e 421 os princípios norteadores das relações contratuais, respectivamente, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato.

Tais princípios não excluem a autonomia da vontade ou o princípio do *pacta sunt servanda*, isto é, que o contrato faz lei entre as partes, mas apenas propõe uma adaptação da forma de se compreender as relações contratuais contemporâneas.

Assim,assevera Orlando Gomes[13]:

JusBrasil, 2016. Disponivel em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371627580/apelacao-apl-79816820088260659-sp-0007981-6820088260659/inteiro-teor-371627599?ref=juris-tabs>. Acesso em: 04 abr. 2018.

[12] DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada**. In: DUQUE, Bruna Lyra; SALOMÃO, Calebet al. (Org.). Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013. p. 3.

[13] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 42.

> Nos contratos há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato.

O princípio da boa-fé é essencial para o bom funcionamento das relações contratuais conforme referida no dispositivo do código, impede a exploração de uma parte em relação à outra dentro do contrato desde suas tratativas iniciais. Tal princípio rege as relações contratuais respeitando a honestidade, segurança e lealdade entre as partes. A boa-fé também pode ser considerada de forma extensiva em seu aspecto subjetivo em que se analisa a intenção e interpretação do indivíduo parte do contrato em relação ao acordado.

Nesse sentido, a segurança do contrato está no respeito à lealdade, solidariedade e honestidade no contrato, de forma que se mostra antijurídico cláusulas que estabeleçam vantagens ou prejuízos desarrazoados e injustificáveis, ou mesmo que rompam com as justas expectativas dos contratantes no contrato.

Oinstituto da fiança tem como essência a confiança na pessoa do afiançado, no se refere a confiança de que o afiançado cumprirá as obrigações contraídas e não será necessário a convocação do fiador para o cumprimento da dívida. E assim sendo, *a fortiori* deve ser aplicado ao contrato de fiança o princípio da boa-fé.

Fere o princípio da boa-fé e é desarrazoado impedir o fiador de exonerar-se do grande encargo da fiança quando "lhe convier"[14], ainda que vinculados a contratos que vigorem com limitação de tempo como é o caso do arrendamento mercantil. A exoneração disciplinada pelo artigo 835 do Código civil é o meio exclusivo disposto ao fiador para extinguir o contrato de fiança, não lhe permitir se valer dele é eternizar um vínculo.

O dispositivo impõe que o fiador notifique o credor e que após a notificação aquele ainda fica obrigado a todos os efeitos da fiança durante 60 dias. Concernente a isso, a admissão da exoneração não gera oneração excessiva ao credor, visto que ainda possui uma lacuna de tempo que mantém o fiador preso às obrigações de garantia.

O instituto da fiança tem em sua essência a presença da confiança entre fiador e afiançado. Àluz do artigo 835 do Código Civil, no caso em tela, o fiador não pode libertar-se do contrato de fiança mesmo se quebrada a confiança entre fiador e afiançado, isso por que a garantia está vinculada a um contrato de leasing que tem prazo determinad. O raciocínio desenvolvido pelo artigo da prevalência da autonomia da vontade no caso é ilógico. Tal aspecto afeta a intenção e interpretação do indivíduo em relação ao contrato, portanto afeta a boa-fé.

A boa-fé do fiador é violada quando não proporcionado a ele o direito à resilição no caso dos contratos de leasing. O contrato de leasing ter prazo estipulado e a fiança ser contraída no exercício de sua autonomia da vontade do fiador não são pontos que sustentem tamanho encargo para o fiador, e sim o oposto, pois são critérios desarrazoados e não sofreram a devida harmonização com os outros princípios basilares do Código Civil de 2002.

A resilição da fiança não implica em uma instantânea exoneração da garantia, mas é previsto um prazo no qual o fiador ainda responde pelos efeitos da garantia. O objetivo é uma harmonização da relação contratual de forma que ambas as partes não sofram com obrigações excessivamente onerosas assim como o lucro excessivo.

Deve-se trazer à baila o princípio da função social do contrato, sendo este um instrumento jurídico que busca harmonizar os legítimos interesses das partes, de modo a restringir, por vezes, a autonomia da vontade e impondo o respeito a regras sociais.

O princípio significa uma compreensão mais humanística dos contratos. Desstarte, a função social do contrato pode ser compreendido através de duas concepções: uma individual, relativo à satisfação dos interesses das partes, e uma pública, atinente ao interesse da coletividade. Assim, o ponto sensível é

[14] Terminologia utilizada pelo artigo 835 do Código Civil de 2002

a harmonização entre ambas as concepções e não a prevalência de uma sobre a outra, assevera Mônica YoshizatoBierwagen[15]:

> funcionando como espécie de contrapeso para a realização do equilíbrio entre as partes, impedindo o abuso do mais forte contra o mais fraco, propiciando dessa maneira uma justa distribuição de riqueza entre si; sua razão de existir repousa em última análise, na idéia de que a injustiça que ocorre em cada contrato, quando postos em conjunto, reflete-se num desiquilíbrio social que atinge toda a coletividade.

Resta claro que a aplicação dos princípios busca assegurar maior equilíbrio às relações contratuais. Concernente a isso, cabe os questionamentos o contrato de fiança vinculado ao de leasing apresenta equilíbrio contratual da forma como é aplicada pelas Instituições Financeiras? Mostra-se razoável a onerosidade da garantia do fiador?

Relacionado a isso se destaca as palavras de Alessandro Schirrmeister Segalla[16]:

> Ora, se o fiador é o responsável pelo adimplemento da prestação sem ser o seu devedor, fere a lógica do sistema arredar-lhe o direito à exoneração da fiança, tratando-o deforma mais severa do que o devedor principal. Em outras palavras, o devedor poderia desvincular-se do contrato garantido, porém o mesmo direito não seria reconhecido ao fiador, que é um responsável subsidiário e acessório. Neste caso, o principal seguiria a sorte do acessório, invertendo a lógica do sistema

Parece excessivamente onerosa a posição do fiador no contrato, principalmente, quando não é permitido à ele o direito de exoneração, como no caso o da resilição. Seguir a lógica imposta pela jurisprudência significa dizer que o fiador estará preso à fiança em contratos de leasing mesmo que este seja firmado pelo prazo de 2, 5 ou 10 anos.

É ilógico, desproporcional, excessivamente oneroso e esvazia o instituto da exoneração não permitir a exoneração da fiança por meio da resilição mesmo em contratos de leasing por possuírem prazo determinado, visto que a maioria dos contratos de leasing possuem longos prazos. Na prática, amarrar um fiador em um contrato longo é o mesmo que prendê-lo em um vínculo eterno que não pode sair a não ser pela vontade do credor.

A função social do contrato de fiança é o da garantia, no entanto isso não pode significar prender o fiador em um vínculo eterno e unicamente dependente da vontade do credor ou do afiançado[17].

Por conta disso, não nos parece equilibrada a relação contratual da fiança, principalmente, quando comparada ao contrato principal. Nem sequer se demonstra razoável a onerosidade gerada pelo contrato ao fiador no que tange à impossibilidade, segundo a jurisprudência, da regra de exoneração disposta no artigo 835 do Código Civil.

Tais diretrizes de interpretação são observadas para além dos artigos 421 e 422 do Código Civil, como também a boa-fé é consubstanciada no artigo 112 do Código Civil que dispõe que "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Outrossim, a fiança no contrato de leasing deve ser interpretada à luz dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, derivados das diretrizes do Código.

A aplicação dos princípios contratuais prima pela socialização da idéia de contrato, de forma que a desigualdade de poderes contratuais entre as partes seja considerado. A relação de poder entre as partes em contratos de leasing e, consequentemente, seu acessório, o contrato de fiança, é desigual, visto que comumente envolve enormes Instituições Financeiras como um dos polos do contrato. Tal cenário, como será trabalhado posteriormente, se intensifica, visto se tratar de um contrato de adesão.

---

[15] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil** – Saraiva, 2002, p. 42.

[16] SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. **A funcionalização do contrato de fiança:** proposta de revalorização do instituto. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-163139/publico/DISSERTACAO_Resumo_Simplificado.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2018. p. 110

[17] **Ibidem. p. 110**

4.2 A NOVA HERMENÊUTICA CONTRATUAL

A partir do entendimento atual majoritário da jurisprudência e a interpretação engessada do art. 835 do Código Civil, percebe-se a impossibilidade de exoneração da fiança por meio da resilição quando vinculados a contratos de Arrendamento Mercantil. O presente artigo, assim, pretende analisar o contrato de fiança vinculado ao contrato de leasing, à luz da nova hermenêutica contratual, com o fito de demonstrar a possibilidade de exoneração da fiança por meio da relativização e aplicação do artigo 835 do Código Civil.

Destaca-se a evolução contratual ao longo do tempo, em que surgiu e, hoje, se apresenta de forma expressiva os chamados contratos de adesão ou de massa. Tais contratos não são paritários, não permitindo às partes negociar cláusulas ali presentes, só cabendo ao contratante aceitar ou não aceitar o contrato assim como posto pela outra parte.

A nova dinâmica contratual com o surgimento dos contratos de adesão ou massa coloca novos desafios às relações contratuais. Nesse aspecto, o Código Civil já prevê expressamente uma maior proteção a partir do artigo 423 que dispõe que "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

Ressalta-seque o contrato de fiança é gratuito e acessório do contrato de leasing, sendo exigência a garantia para o estabelecimento do principal, ou seja, sem aquele não há contrato de leasing. Além de correlatados, ambos são contratos de adesão, não dispõem de paridade, fato este que agrava mais a situação dos contraentes.

Nesse contexto, torna-se necessário uma atenção especial quanto à fiança, principalmente no que tange a característica de ser um contrato de adesão que impõe severas obrigações ao seu aderente, logo é deve-se aplicar uma interpretação mais favorável ao fiador que respeite os princípios contratuais da boa-fé e da função social do contrato, assim como o artigo 423 do Código Civil.

Todavia, tal interpretação não é aplicada da maneira adequada nem mesmo pela jurisprudência. Grande parte do Poder Judiciário insiste em uma interpretação conservadora e estrita do ordenamento em desconformidade com a nova dinâmica da hermenêutica contratual.Concernente a isso, ressalta-seque a hermenêutica contratual constitui-se da atenuação de princípios conservadores[18] e da observação de premissas orgânicas.

No contexto de profundas alterações sociais que exigiram uma mudança na interpretação das relações contratuais o presente trabalho prevê a possibilidade de admissão da exoneração simples do fiador em contratos de Leasing ou Arrendamento Mercantil à luz dos marcos teóricos da nova hermenêutica contratual. Com fulcro na relativização de princípios conservadores e a aplicação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil com a necessidade de otimização do capital surgiu o contrato de leasing, como garantia ao contrato as instituições financeiras optaram pelo instituto da fiança. Dessa relação contratual surge a problemática quanto à uma onerosidade excessiva causada ao fiador em relação ás possibilidades de exoneração da fiança.

Dentre as possibilidades dispostas pelo Código Civil nos atemos ao que diz o artigo 835 quanto à exoneração do fiador no contrato de fiança. O dispositivo impõe como requisito que o contrato seja de tempo indeterminado, elemento também compreendido pela jurisprudência majoritária como requisito.

No entanto, a interpretação jurisprudencial do dispositivo legal fere os princípios da boa-fé e da função social do contrato, basilares na nova hermenêutica contratual. À luz de tais princípios cabe uma flexibilização dos artigo 835 para a sua aplicação também em contratos com duração determinada.

[18] DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os Deveres Fundamentais e a Solidariedade nas Relações Privadas. *In:* BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). Direitos e Deveres Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.21

Nessa perspectiva, o presente trabalho, de encontro ao entendimento jurisprudencial, defende a possibilidade de admissão da exoneração do fiador em contratos de fiança vinculados a contratos de Leasing a partir da flexibilização do art. 835 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil.** São Paulo:Saraiva, 2002.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada**. In: DUQUE, Bruna Lyra; SALOMÃO, Calebet al. (Org.). Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os Deveres Fundamentais e a Solidariedade nas Relações Privadas**. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). Direitos e Deveres Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato:** os Novos Princípios Contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Lauro Laertes. **Da fiança**. São Paulo: Saraiva. 1981.

SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. **A funcionalização do contrato de fiança:** proposta de revalorização do instituto. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

WALD, Arnoldo. **A introdução do leasing no Brasil.** RT, 415/9.

AS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE AUFERIR O BINÔMIO NECESSIDADE X POSSIBILIDADE

Thayna de Oliveira Galon, Faculdade De Direito

Orientadora : Ms. Claudia Gay Barbedo

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo principal analisar a influência das redes sociais como elemento probatório na verificação do binômio necessidade x possibilidade em uma ação de alimentos. A meta do texto é ponderar o poder de convencimento existente na demonstração, através de dados extraídos de estruturas "online", das necessidades de quem pugna o pensionamento alimentar em contrapartida com as possibilidades daquele que o proverá. Inicialmente, discorre-se, brevemente, acerca do conceito de alimentos, seus dispositivos legais, o binômio necessidade x possibilidade como meio de fixação do *quantum* alimentar e suas bases de incidência, com enfoque na exteriorização de riqueza, e a crescente força da utilização das redes sociais como prova nos cenários em que o prestador dos alimentos exerce atividade laboral autônoma, bem como quando o alimentado completa a maioridade civil, principalmente, a fim de exoneração alimentar. Os resultados, obtidos pela jurisprudência da região sul e doutrina nacional, confirmam as hipóteses de utilização e persuasão desta prova referente ao provedor alimentício profissional autônomo, opostamente ao considerado nos casos de necessidade, em que o subsídio probante é desconsiderado na maioria dos julgados. Pode-se concluir, de forma parcial, a progressiva interferência do mundo virtual no cotidiano jurídico do direito de família, e sua valoração no trâmite processual nas ações alimentícias.

Palavras-chave: Alimentos. Binômio Necessidade x Possibilidade. Provas. Redes Sociais.

1 INTRODUÇÃO

O direito das famílias é um ramo essencial de suma importância para os indivíduos. Possuindo uma ligação direta com o comportamento humano. A intenção deste trabalho é fazer uma compreensão melhor a cerca deste instituto. Buscando um entendimento de como encontrar uma ponderação na utilização das redes sociais como meio de auferir o binômio necessidade x possibilidade, sendo esta a motivação pelo qual levou o interesse de analisar e compreender a revisão doutrinaria dos julgados dos Tribunais de Justiça da Região Sul.

No decorrer do curso acadêmico, bem como da experiência como estagiária da 23ª Procuradoria Cível do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, muito notei a crescente utilização das redes sociais no meio jurídico. Desta forma, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a veracidade e o poder de convencimento dos elementos probatórios oriundos do mundo virtual.

Primeiramente, este trabalho irá discorrer acerca do conceito de alimentos, seus dispositivos legais, o respaldo constitucional do direito e suas características principais. Ainda, sobre os litigantes legítimos para pleitear esta obrigação, o binômio necessidade x possibilidade e o requisito da razoabilidade.

Após, serão abordadas as bases de incidência para fixação do valor do pensionamento alimentar. Nesse sentido, será debatida as hipóteses em que a remuneração do alimentante é certa ou estimada, com enfoque na exteriorização de riqueza. Para tanto, analisar-se-ão as visões doutrinárias nacionais e jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça da 4ª Região.

Por fim, restará analisados os efeitos decorrentes do uso social da tecnologia no ramo do direito familiar. Nesse contexto, demonstrando o uso das redes sociais como indício no processo de alimentos, a fim de provar tanto às possibilidades do alimentante, quando às necessidades do alimentando.

2 O QUE SÃO OS ALIMENTOS?

No direito de família denomina-se alimentos a prestação de valores, bens ou serviços, àquele que não tem capital suficiente, e não possui condição de prover, pelo seu trabalho, sua própria subsistência[1]. Nas lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna"[2].

Constitucionalmente, a obrigação alimentar é albergada no artigo 229 da Constituição Federal de 1998, bem como no princípio da solidariedade - artigo 3, inciso I -, porquanto, sendo a família a base da sociedade, conforme preconiza o artigo 226 deste diploma legal, seus efeitos jurídicos se tornam evidentes no direito e dever de solidariedade. Na legislação infraconstitucional, o Código Civil foi a principal unidade do direito material sobre a matéria, consoante os artigos 206, §2º, e 1.694 a 1.710; bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 22, e o Estatuto do Idoso, nos artigos 11 a 14.

Como características principais do direito alimentício, por se tratarem de uma garantia constitucional do direito à vida, estes são personalíssimos, incessíveis, impenhoráveis, incompensáveis, imprescritíveis, atuais, irrepetíveis e irrenunciáveis, consoante expõe o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves. Assim, em síntese, o pensionamento alimentar é exigível no presente, não pode ser repassado a outrem, sendo, pois, impenhorável, não se tolerando, ainda, sua compensação com dívidas de qualquer natureza, ou admitida cessão, onerosa ou gratuita, bem como os valores alcançados são irrestituíveis, e é vedada a renunciação de tal direito[3].

Para reclamá-los é necessário o ajuizamento de uma ação de alimentos, na qual restará, ou não, fixada a obrigação à quem possui legitimidade para tanto, de acordo com o determinado em lei, em virtude dos vínculos de parentesco, por consequência do casamento e da união estável, ou pelo direito sanguíneo[4]. E, como meio estabelecer o *quantum* do pensionamento alimentar, caso arbitrado, tem-se o binômio necessidade/possibilidade, em que são avaliadas as necessidades de quem os pede em contrapartida com as possibilidades daquele que os proverá, conforme determina o artigo 1.694, §1º, do Código Civil Brasileiro.

Gize-se que, "caso o autor seja menor de idade ou incapaz, não necessita sequer provar suas necessidades, que são presumidas, ainda que seja salutar declinã-las, principalmente quando existe alguma peculiaridade a ser atentada na quantificação do encargo, como, por exemplo, alguma necessidade especial" [5]. O autor Paulo Lôbo refere, ainda, um terceiro requisito: a razoabilidade. Nesse sentido, explana que:

> Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a 'na proporção das necessidades'. A proporção não é mera operação matemática, pois tanto o credor quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de "viver de modo compatível com a sua condição social" (art. 1.694) [6].

Portanto, quanto mais elevado o nível econômico do prestador de alimentos, maior será o montante a ser provido ao alimentando, porquanto os alimentos devem ser compatíveis com a condição financeira e social das partes envolvidas na obrigação alimentar[7]. E, como meio de averiguar a situação financeira do alimentante, são analisadas suas bases de incidência, próximo tópico a ser debatido.

---

[1] BRASIL. Código Civil. Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias, 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.706.

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 525-535.

[4] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família** – 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.914.

[5] DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos Bocados** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.171.

[6] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.346.

[7] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família** – 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1042-1043.

3 BASES DE INCIDÊNCIA

A fixação do valor do pensionamento alimentar se dá por meio dos rendimentos do alimentante, podendo esta base de incidência ser certa ou estimada. Tratando-se de ganhos certos, os alimentos incidirão sobre toda a remuneração do alimentante, sendo excluídos os descontos obrigatórios – imposto de renda retido na fonte e da previdência social[8] -, sendo que, concernente à profissional liberal, o qual aufere rendimentos variáveis e de diversas fontes pagadoras, é recomendável o arbitramento sobre quantia certa, sujeita aos reajustes legais[9].

Assim, quando a remuneração do alimentante é determinada, ou seja, quando este possui remuneração salarial fixa, a análise do *quantum* obrigacional pleiteado, ou revisado, é facilmente realizada, tendo em vista que sua incidência é feita, somente, sobre os proventos auferidos pelo devedor no desempenho de suas atividades laborais. Tal temática, inclusive, restou julgada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.159.408-PB, pelo Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 7/11/2013:

> As verbas auxílio-acidente, vale-cesta e vale-alimentação não integram a base de cálculo para fins de desconto de pensão alimentícia. Isso porque os alimentos incidem sobre verbas pagas em caráter habitual, não se aplicando a quaisquer daquelas que não ostentem caráter usual ou que sejam equiparadas a verbas de indenização. Portanto, a verba alimentar apenas incide sobre vencimentos, salários ou proventos, valores auferidos pelo devedor no desempenho de suas funções ou de suas atividades empregatícias, decorrentes dos rendimentos ordinários do devedor, motivo pelo qual se excluem as verbas indenizatórias e os descontos obrigatórios (previdenciário e imposto de renda) da sua base de cálculo. O auxílio-acidente encontra previsão no art. 201 da CF, no art. 86 da Lei 8.213/1991 e no art. 104 do Dec. 3.048/1999, os quais prevêem taxativamente sua natureza indenizatória. Por sua vez, a natureza indenizatória das verbas denominadas auxílio cesta-alimentação e vale-alimentação está prevista no art. 6º do Dec. 5/1991, que, ao regulamentar o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (Lei 6.321/1976), assenta: "a parcela paga in natura pela empresa não tem natureza salarial, não se incorpora à remuneração para qualquer efeitos, não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e nem se configura como rendimento tributável do trabalhador[10].

Todavia, se tratando de remuneração incerta, em que o devedor de alimentos é profissional autônomo, tem-se um problema enfrentado pelos egrégios Tribunais de Justiça para a fixação do título alimentar em conformidade ao binômio necessidade x possibilidade, visto que as condições financeiras do alimentante que exerce atividade econômica liberal não podem ser auferidas de forma concreta pelos documentos, principalmente oriundos de provas unilaterais, acostados nos autos do processo em trâmite. Nesse sentido, o eminente Relator, Desembargador Rui Portanova, na Apelação Cível nº 70076729938 (Nº CNJ: 0038205-64.2018.8.21.7000) da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, refere que:

> Com efeito, nenhuma prova segura acerca da capacidade econômica do alimentante foi trazida a conhecimento. Não foram acostados recibos de pagamentos pelos serviços prestados, ou qualquer outro documento, que retratasse sua realidade financeira; tampouco recibo com gastos que alega possuir, pagamento de aluguel, medicamentos, foram elucidados nos autos do processo em análise. Não houve produção de provas por parte do alimentante, limitando-se a afirmar que seus ganhos mensais seriam de 1 (um salário mínimo).
>
> (...)
>
> Assim, não se justifica a redução do valor dos alimentos fixado na sentença, porque ausentes provas de que o alimentante não possa suportar o montante estipulado[11].

Em sede de cognição sumária, como no caso de interposição de Agravo de Instrumento, acerca da verificação de efetiva possibilidade do alimentante em casos análogos, há uma maior cautela, sob pena

---

[8] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família** – 6. ed. rev., atual. E ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1047.

[9] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.[538.]

[10] Disponível em: http://www.stj.jus.br/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

[11] Apelação Cível Nº 70076729938, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/04/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

de inviabilizar o genitor prestador do título alimentar de prover sua própria subsistência, ou prejudicar o alimentado com a fixação de alimentos em valor irrisório frente às suas necessidades. É o que expõe a Eminente Relatora, Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70075979625 (Nº CNJ: 0362077-69.2017.8.21.7000):

> Atentando para as provas até agora carreadas nos autos, conforme permite o traslado das peças processuais que constituem o presente instrumento eletrônico, a meu juízo, conforme afirmei na decisão de recebimento, não verifico razões plausíveis para que os alimentos provisórios sejam reduzidos, não havendo prova da alegada impossibilidade do genitor – ônus que lhe incumbe –, mormente considerando que a quantificação da obrigação já foi operada em valor módico, considerando as comprovadas necessidades dos menores[12].

Opostamente à citada jurisprudência, observa-se o Agravo de Instrumento do processo 2014.036679-8, interposto pelo alimentado, buscando a majoração do encargo alimentar arbitrado, julgado pela Sexta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual o eminente Relator, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, entendeu que:

> O agravado exerce a função de fotógrafo autônomo, não havendo informações precisas acerca de seus rendimentos atuais, tendo em vista que as faturas do cartão de crédito e os documentos juntados (fls. 65-275 dos autos da origem) são todos anteriores a abril de 2014; não há sequer um indício de que atualmente o autor está em condições de arcar com o valor de R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), além do plano de saúde.
>
> (...)
>
> Em sede de agravo de instrumento, tenho que a obrigação, fixada em R$ 1.000,00 (mil reais), e o pagamento do plano de saúde, pagos até o décimo dia útil de cada mês, é o melhor caminho a se adotar, tendo em vista que não há, até o presente momento, nenhum fato ou documento que comprove a insuficiência do valor ou a possibilidade financeira atual do pai da criança[13].

Em elemento comum aos citados precedentes jurisprudenciais, no que tange à análise de remuneração incerta do alimentante *versus* às necessidades do alimentado, nota-se a importância da prova, visto que o julgador atentar-se-á apenas às provas acostadas aos autos do processo, formando, por meio destas, o seu convencimento. E, embora haja liberdade no exame dos elementos probatórios, não existe arbitrariedade, porquanto a conclusão do magistrado, consequentemente, deve estar ligada à apreciação jurídica do que foi apresentado ao feito[14].

3.1 SINAIS DE EXTERIORIZAÇÃO DE RIQUEZA

Na dilação probatória do processo de conhecimento, o juízo *a quo* deve se ater, principalmente, aos sinais de exteriorização de riqueza do alimentante liberal[15], pois é difícil ao credor demonstrar os reais rendimentos do devedor, em vista da existência de diversos meios de burlar o sistema econômico governamental, como, por exemplo, a utilização de outras pessoas físicas ou jurídicas em atividades formais que, na realidade, estão sob controle do prestador de alimentos[16]. Nesse contexto, deverá o juiz utilizar o *status* social do alimentante, observado pelo seu modo de vida, como parâmetro para a sua capacidade de contribuição, a fim de permitir que o alimentando se mantenha de maneira proporcional à exteriorizada

[12] Agravo de Instrumento Nº 70075979625, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/02/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

[13] Agravo de Instrumento, Sexta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de SC, Relator Alexandre d'Ivanenko, Processo: 2014.036679-8, Julgado em 16/12/2014. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

[14] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.886.

[15] Enunciado 573 do CJF: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

[16] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.346.

pelo devedor[17].

Esta dificuldade de prova do credor autoriza a inversão do ônus da prova, podendo o magistrado imputar ao devedor o encargo de comprovar os seus ganhos. Destaca-se que, em sede alimentar, o juiz não é restrito ao princípio da congruência, que limita a decisão judicial aos pedidos das partes, podendo, pois, a verba alimentar ser fixada em valor superior ao àquela postulada pelo autor, sem configurar decisão *citra* ou *ultra petita*[18].

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a exemplo, utiliza, na falta de provas seguras acerca dos rendimentos reais do alimentante, esta sinalização, conforme analisado pela Câmara Especial Regional de Chapecó, no julgamento da Apelação Cível do Processo nº 2015.007081-4, proferido pelo eminente Relator, Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli:

> Nada obstante, de acordo com o conjunto probatório colhido nos autos, nota-se que, apesar do recorrente tentar imprimir um quadro financeiro desfavorável a autorizar a minoração ainda maior do pensionamento, há elementos nos autos capazes de conduzir à conclusão diversa do cenário retratado, de modo a permitir o adimplemento do encargo pelo alimentante, ao menos, pela importância arbitrada na sentença ora combatida.
>
> (...)
>
> Ora, é no mínimo curioso o fato do apelante se propor a pagar pensão alimentícia nos patamares expostos que, aliado aos demais dispêndios mensais, ultrapassam, inclusive, a sua renda mensal líquida declarada nos autos.
>
> Nesse plano, tem-se que as provas colhidas nos autos permitem concluir que as possibilidades de ganho do apelante são diversas da retratada e não se compatibilizam diretamente com a sua renda formalmente declarada.
>
> Deve-se lembrar que a jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de permitir, na ausência de provas seguras acerca dos rendimentos reais do alimentante, valer-se dos sinais exteriores de riqueza do devedor de alimentos, aferindo-se o seu patrimônio, seu modo de vida e demais provas confeccionadas, especialmente quando este se tratar de empresário ou profissional liberal, dada a pouca confiança extraída das declarações unilaterais por eles produzidas relativamente aos seus ganhos (nesse sentido: TJSC, AC n. 2002.009137-0, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 14.11.2002; e, ainda, AC n. 2013.062954-9, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 19.01.2016; AC n. 2014.047108-2, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 04.02.2016; AC n. 2013.073608-8, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 01.10.2015; AC n. 2014.065748-6, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 05.11.2015; AC n. 2015.060505-7, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 17.11.2015; AI n. 2015.037414-5, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 03.12.2015, entre outros)[19].

Ainda, igualmente, é a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, em julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.686.415-2, proferido pela Décima Primeira Câmara Cível. Neste acórdão, a eminente Relatora Dra. Luciane R. C. Ludovico, analisando o caso concreto, lucidou que:

> Já em relação à possibilidade do Agravante, observa-se que até o momento são parcos os elementos de provas carreados aos autos, não havendo comprovação contundente dos seus rendimentos, pois, embora tenha trazido comprovante de renda no valor de R$ 1.500,00 mensais, o próprio Recorrente afirmou que é turismólogo e as viagens questionadas pela Agravada foram as expensas de seus clientes (fl. 11), o que leva a entender que aufere outras rendas além das já noticiadas aos autos.
>
> Além disso, há que se considerar que a movimentação bancária do Agravante (mov. 44.2) não condiz com os rendimentos por ele alegados, pois, como bem ponderou a Magistrada Singular, apenas no dia 28.06.2016 houve depósito da quantia correspondente a R$ 8.800,00.

---

[17] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias, 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.765-766.

[18] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 11. ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[19] Apelação Cível, Câmara Especial Regional de Chapecó do Tribunal de Justiça de SC, Relator Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Processo: 2015.007081-4, Julgado em: 23/05/2016. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 20 de abr. 2018.

> E o fato do saldo da conta corrente constar como negativo não é suficiente para comprovar a alegada precária situação financeira do Recorrente, até porque o extrato é de 05.2016 a 08.2016, ou seja, não é atual.
>
> No mais, apesar do Agravante alegar que é sócio somente na administração da empresa Hotel Fazenda Rincão Bonito, verifica-se que no contrato social seu nome consta como sócio, e na cláusula oitava ficou estipulado que ele ainda exerceria o cargo de sócio administrador (mov. 44.4).
>
> Se isso não bastasse, é, no mínimo, estranhável o fato de o Recorrente alegar que aufere renda mensal de R$ 1.500,00 e ofertar alimentos no valor de R$ 866,90, sem olvidar, que não juntou aos autos quaisquer comprovantes de suas despesas[20].

Assim, diante dos votos dos eminentes Desembargadores colacionados, percebe-se que utilização dos sinais exteriores de riqueza pelos órgãos julgadores responsáveis, visualizados por meio de elementos probatórios apresentados por ambas as partes nos processos julgados, mostra-se um modo eficaz para deduzir os reais ganhos do alimentante autônomo, buscando, desse modo, uma melhor proporcionalidade na análise do binômio necessidade x possibilidade. A seguir, a contribuição das redes sociais.

4 REDES SOCIAIS

Não se pode negar que a sociedade contemporânea é que dá forma ao mundo tecnológico, moldando-o de acordo com suas necessidades, interesses e valores pessoais. Aliás, as tecnologias na área da comunicação e informação, em especial, são sensitivas aos efeitos decorrentes do uso social da própria tecnologia[21].

No ramo do direito, tal temática não é divergente, porquanto o jurista da atualidade deve observar e refletir as mudanças do século XXI, a fim de adequar o âmbito jurídico conforme o desenvolvimento da coletividade, que, majoritariamente, é virtual[22]. E, em sede alimentar, percebe-se a crescente utilização das redes sociais como prova para auferir o binômio necessidade x possibilidade.

Nesse contexto, o uso das redes sociais como indício no processo de alimentos é feito para procurar demonstrar tanto às possibilidades do alimentante, quando às necessidades do alimentando. A extração de tais elementos, como se verá, ocorre, principalmente, pela mídia social mais acessada pela população mundial: o "Facebook", segundo a *Statista* (STATISTA, 2018).

Entretanto, é de salientar que nem todos os juristas consideram, ou aplicam, tais demonstrações em suas decisões, visto que os subsídios extraídos da internet podem não retratar, de fato, a realidade, conforme expõe o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, membro da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[23]. Assim, é necessário a contribuição de elementos que corroborem com a juntada destas informações.

No que tange às possibilidades do alimentante, os dados extraídos dos meios sociais virtuais são manuseados para a demonstração de sinais exteriores de riqueza do devedor de alimentos, principalmente quando este é profissional liberal e é notável a omissão de seus reais ganhos. Nessa lógica, o Desembargador Luíz Espíndola, integrante da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no relatório do Agravo de Instrumento nº 1.691.538-3, suscitou que:

> A manutenção da propriedade de imóvel avaliado em mais de um milhão de reais (DIRPF, f. 39-TJ), bem como de veículo automotor de luxo (Hyundai Vera Cruz) informada à f. 154-TJ, igualmente não corrobora na redução da capacidade financeira afirmada pelo alimentante.

[20] Agravo de Instrumento, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do PR, Relator: Dra. Luciane R. C. Ludovico, Processo: 1686415-2, Julgado em 07/02/2018. Disponível em https://www.tjpr.jus.br/. Acesso em: 20 abr. 2018.

[21] CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (Org). **A Sociedade em Rede**: do Conhecimento à Ação Política. Belém: Centro Cultural de Belém, 2005. p.17.

[22] SILVA, Edgard Moreira da. Introdução. In: SILVA, Edgard Moreira da (Org). **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo** Ano 2 – Vol. 1 - n.º 4 - Julho/2002, p.14.

[23] Embargos de Declaração Nº 70074039421, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/08/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 01 mai. 2018.

> Além disso, as despesas apresentadas na planilha de f. 207- TJ, aparentemente, condizem com o padrão de vida da adolescente, cujo aumento das despesas é natural com o crescimento do alimentando, circunstância que evidencia ainda, que o valor da contribuição do alimentante, ora agravado, está aquém das necessidades da agravante.
>
> O que se depreende, por ora, é que o Agravado reluta em dar cumprimento àquilo que ele mesmo se comprometeu, considerando a necessidade do ajuizamento de execução de alimentos para o recebimento da respectiva pensão, mas não se priva de viver no luxo e conforto, conforme sinais de riqueza, ainda que sob pretexto de que as viagens internacionais se trataram de presentes de sua genitora, absolutamente sem qualquer comprovação nos autos[24].

Referente às necessidades, o propósito dos "*prints*" do mundo virtual é demonstrar o suprimento da falta de condições legais que outrora autorizaram o pensionamento alimentar, em decorrência da ausência de meios do credor prover sua subsistência, principalmente nos casos em que os alimentados completam a maioridade civil. Todavia, as informações trazidas pela "*web*", nesses casos, são tidas como indicativos, os quais devem ser regidos por uma malha probatória disponível para ser considerados, consoante explana o Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior, componente da Sexta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina[25].

Assim, tem-se que os subsídios probantes tendem a ser desconsiderados pelos julgadores em se tratando das necessidades dos alimentandos, em vista do interesse do devedor em findar a obrigação alimentar, bem como da fragilidade da questão, que pode ensejar prejuízo irretratável àquele que não possui subsídios suficientes para sua mantença. Opostamente, nas hipóteses indutivas referente ao provedor alimentício profissional autônomo, principalmente na análise de exteriorização de riquezas, nota-se uma crescente finalidade à estas, no sentido de constatar o real modo de vida do alimentante.

5 CONCLUSÃO

Existe uma complexidade nas relações familiares, tem muito a ser estudado sobre análise das redes sociais no binômio necessidade x possibilidade. Esta pesquisa oportunizou o entendimento, diante desta apreciação probatória advinda do mundo virtual, acerca da temática enfrentada pelos Tribunais de Justiça da Região Sul.

Destacam-se neste estudo que, referente às possibilidades do alimentante, os dados extraídos dos meios sociais virtuais, manuseados para a demonstração de sinais exteriores de riqueza do devedor de alimentos, há uma crescente confiança nestes subsídios probantes pelos Órgãos Julgadores. Entretanto, em se tratando das necessidades dos alimentandos, há uma resistência por parte destes julgadores, em vista da fragilidade da questão exposta pelo lado vulnerável da relação obrigacional, pois pode ensejar prejuízo irretratável àquele que não possui subsídios suficientes para sua mantença.

Portanto, pode-se concluir, de forma parcial, a progressiva interferência do mundo virtual no cotidiano jurídico do direito de família, e sua valoração no trâmite processual nas ações alimentícias. Todavia, é de se salientar a incerteza do meio utilizado, pois nem sempre fiel à realidade exteriorizada pela sociedade, fato que pode desencadear inúmeras injustiças se não houver uma cautela extra dos fiscais da lei na apreciação das provas acostadas durante o trâmite processual.

REFERÊNCIAS

Apelação Cível, Sexta Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Processo: 2015.005625-4, Julgado em: 28/04/2015. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 05 de mai. 2018.

[24] Agravo de Instrumento nº 1.691.538-3, Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do PR, Relator: Luíz Espíndola, Julgado em: 06/12/2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/. Acesso em: 10 de mai. 2018.

[25] Apelação Cível, Sexta Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Processo: 2015.005625-4, Julgado em: 28/04/2015. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 05 de mai. 2018.

Agravo de Instrumento nº 1.691.538-3, Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do PR, Relator: Luíz Espíndola, Julgado em: 06/12/2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/. Acesso em: 10 de mai. 2018.

Apelação Cível, Câmara Especial Regional de Chapecó do Tribunal de Justiça de SC, Relator Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Processo: 2015.007081-4, Julgado em: 23/05/2016. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 20 de abr. 2018.

Agravo de Instrumento, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do PR, Relator: Dra. Luciane R. C. Ludovico, Processo: 1686415-2, Julgado em 07/02/2018. Disponível em https://www.tjpr.jus.br/. Acesso em: 20 abr. 2018.

Agravo de Instrumento, Sexta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de SC, Relator Alexandre d'Ivanenko, Processo: 2014.036679-8, Julgado em 16/12/2014. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

Agravo de Instrumento Nº 70075979625, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/02/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

Apelação Cível Nº 70076729938, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/04/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 15 de abr. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (Org). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Belém: Centro Cultural de Belém, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: de acordo com o novo cpc. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos Bocados** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Embargos de Declaração Nº 70074039421, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/08/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 01 mai. 2018.

Enunciado 573 do CJF: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Edgard Moreira da. Introdução. In: SILVA, Edgard Moreira da (Org). Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo Ano 2 – Vol. 1 - n.º 4 - Julho/2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS À IDEIA DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Mariana Viale Pereira[1]

RESUMO: Nos primeiros catálogos de direitos fundamentais foi reconhecido o direito de propriedade privada contra o Estado, e com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, ocorreu a inclusão da noção de função social da propriedade. A questão que exsurge é saber de que forma isso ocorre e quais suas consequências. Daí a necessidade de, primeiramente, afastar-se a teoria objetiva do direito, desenvolvida por Leon Duguit. O homem é um ser social, mas nem por isso deixa de ser um ser individual e, como tal, titular de direitos subjetivos. O direito pode pressupor a existência do outro, mas não implica necessariamente na sociedade ou numa regra geral. Um sentimento de solidariedade não pode ser pressuposto. Já a análise da teoria objetiva de Hans Kelsen, que se ocupou com problemas da lógica, apresenta-se como um pressuposto para a compreensão da teoria não-positivista. Abre-se espaço, assim, para a justificação da adoção de uma teoria subjetiva do direito, especificamente a teoria do discurso, desenvolvida por Robert Alexy, com base na filosofia kantiana.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Função Social. Leon Duguit. Robert Alexy. Filosofia kantiana.

1 INTRODUÇÃO

Serão apresentadas as teorias objetivas e subjetivas do direito, porque ao analisar a questão da função social da propriedade no direito brasileiro, em relação à doutrina, constatou-se a ocorrência grandes divergências de interpretação relacionadas à ideia de função social da propriedade. Em parte, tais discordâncias estão ligadas à adoção – a meu ver equivocada, porém, muito difundida na doutrina brasileira[2]- da tese de Leon Duguit, que entende que a obrigação decorrente da função social transforma o direito de propriedade em um direito-função. Para tanto, parte-se da apresentação das teorias objetivas, que buscavam a superação do dualismo entre Estado e indivíduo, fortemente vinculado ao liberalismo, atacando a ideia de que existiriam direitos inerentes ao homem e prévios à instituição do Estado. Entre as teorias objetivas serão apresentadas as teses de Leon Duguit e de Hans Kelsen. E, a partir das bases metológicas e dos conceitos fundamentais apresentados por Hans Kelsen, tem-se o fundamento teórico a possibilitar a adoção de uma teoria subjetiva do direito, desenvolvida por Robert Alexy, com base na filosofia kantiana.

---

[1] Mestre em Direito pela UFRGS.

[2] Nesse sentido, José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 186-189), Melo Franco (MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Crise do direito e direito da crise.* Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 49, n. 142, p. 14-19, jul./ago., 1952.), Waldemar Ferreira (FERREIRA, Waldemar, *O conteúdo econômico da Constituição Brasileira de 1946,* Revista Forense, v. 46, n. 122, p. 15-22, mar./abr., 1949, n. 122. P. 17), Brandão Cavalcanti (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A ordem econômica nas Constituições.* Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 122, p. 339-345, mar./abr.1949. P. 342), Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos, MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 102-103), Elisabete Maniglia (MANIGLIA, Elisabete. *Algumas reflexões sobre democracia, direitos humanos e questão agrária.* In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania e direitos humanos.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002 P. 165-173.), Cristiane Lisita Passos (PASSOS, Cristiane Lisita. *Confisco Agrário*. In *O direito agrário na Constituição.* Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda, Mário Lúcio Quintão Soares, org. e colab. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 310.), Cláudio Pacheco (PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras.* vol. X. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. P. 234-235.), Josué Lafayete Petter (PETTER, Josué Lafayete. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.* 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 237.) apenas para citar alguns.

2 TEORIAS OBJETIVAS

2.1 TESE DE LEON DUGUIT

No contexto da superação do Estado Liberal e, portanto, contra as doutrinas neo-individualistas que reconhecem os direitos subjetivos individuais anteriores e superiores à toda sociedade – e pretendem que o objeto primordial de toda norma social seja o respeito da autonomia individual -, Leon Duguit afirma que considerar o homem sozinho e em si mesmo, é só ver uma parte da realidade. Esse seria o grande erro do século XVIII que só via o homem abstrato. Duguit entende que o homem é um ser concreto que não pode ser separado do meio, do grupo ao qual ele faz parte, sendo que aqui apareceria o grande fato da solidariedade ou interdependência social.[3]

A teoria de Leon Duguit deriva do simples fato de solidariedade social o princípio de obrigação inerente à noção mesma de direito. Segundo Duguit, toda regra de conduta endereçada ao homem somente pode ser concebida se ela é fundada sobre um princípio superior ao homem; um simples fato não pode legitimar uma regra, uma lei de objetivo.[4] Ao defender o porquê tira do simples fato de solidariedade social o princípio de obrigação inerente à noção mesma de direito, Duguit afirma que, de outra forma, seria absolutamente impossível fundar uma regra obrigatória sobre o fato social e seria impossível passar do fato social à obrigação, bem como do fato à regra de direito que implique um imperativo.[5] [6]

Assim, a obrigação não seria uma obrigação que modifica a vontade substancial do indivíduo, mas uma obrigação simplesmente social, que impõe a todo indivíduo a carga de colaborador, como ele puder e na medida em que ele puder, a realizar ordem social, porque se ele não faz isso, o resultado é uma perda coletiva, um prejuízo individual e também necessariamente uma reação social. A obrigação que resulta disso não é propriamente moral, mas somente social. Se ela é violada, ele não atenta a um princípio superior de moralidade, mas apenas ao equilíbrio do grupo social, há uma certa desordem que se traduz numa reação mais ou menos enérgica contra o violador da norma.[7]

Duguit anuncia que o "fato da solidariedade social" foi posto em relevo e descrito de forma minuciosa por Durkheim no seu livro *"La division du travail social"*, 1893. O autor então parte de uma afirmação empírica não-comprovável[8], ao afirmar que: *"O fato da solidariedade não ser contestada é que talvez ela não possa sê-lo: é um fato de observação que não pode ser objeto de controvérsias. Ele se reveste de aspectos diferentes segundo*

---

[3] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard,1927. P. 83-84.

[4] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 75.

[5] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 76.

[6] Refere que a prova disso é que ele, Duguit, para dar um fundamento ao direito, foi obrigado a apelar aos elementos que chamou de sentimentos – o sentimento de sociabilidade e o sentimento de justiça -, mas que são, na realidade, os conceitos *a priori*, de princípios superiores de pura razão. E, rebate as críticas à sua doutrina, alegando que as objeções não cabem e são inspiradas pela persistência do emprego metafísico e religioso, o qual seus oponentes não conseguem superar. (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de LÉtat. Paris: E. Boccard, 1927. P. 76.)

[7] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 82-83.

[8] Só se reconhece um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. O que sugere que deve ser tomado como critério de demarcação não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um sistema. Ou seja, exige-se que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recursos a provas empíricas em sentido negativo: *Deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*, [o que parece não ser o presente caso]. É preciso distinguir, de uma parte, *nossas experiências subjetivas ou nosso sentimento de convicção,* que jamais podem justificar qualquer enunciado – embora possam tornar-se objetos de investigação psicológica – e, de outra parte, *as relações lógicas objetivas*, que se manifestam entre os vários sistemas de enunciados científicos e dentro de cada um deles. O termo "objetivo" indica que o conhecimento científico deve ser *justificável*, independente de capricho pessoal, ou seja, é uma justificação que pode, em princípio ser submetida a prova e compreendida por todos. (POPPER, Karl R., *A lógica da pesquisa científica.* Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. P. 42, 45-46.)

os países."[9] Continua, afirmando que, assim como nas sociedades modernas, a solidariedade por divisão do trabalho aparece no primeiro plano, a solidariedade por semelhanças é preponderante no primeiro estado da civilização. E, desse modo, conclui que a solidariedade é um fato permanente, o elemento constitutivo irredutível de todo grupo social. [10] [11]

Duguit rechaça a doutrina individualista, que entende que homem, enquanto homem, possui direitos que são anteriores a sociedade e que há uma regra social cujo objetivo e a finalidade consistem precisamente na proteção desses direitos naturais. Doutrina essa, pela qual se parte do direito subjetivo para elevar-se ao direito objetivo. Duguit entende que essa doutrina seria insustentável, um vez que o homem natural é desde o primeiro momento social, que o homem só existe na sociedade e pela sociedade. Entende Duguit que não se pode fundar o direito objetivo sobre pretendidos direitos subjetivos que, se existem, só podem derivar da vida social e da norma que se aplica a esta. [12]

Apresentada a teoria de Duguit, passa-se a análise da teoria também objetiva do direito, mas sob pressupostos muito diversos dos apresentados por Leon Duguit, de Hans Kelsen. Kelsen pressupõe um direito objetivo previamente ao direito subjetivo. E, a partir de sua teoria pura do direito, desenvolve um método específico do conhecimento do direito, ao se preocupar com problemas da lógica. Lança, assim, as bases para o conhecimento jurídico, que, apesar de não reduzir-se à lógica, a pressupõe.[13]

No entanto, para Kelsen, a ciência do direito deveria se restringir apenas ao conhecimento e a descrição das normas "livre de valores". A separação entre direito e moral é o cerne de sua teoria, como passa-se a expor.

1.2. Tese de Hans Kelsen

Para Kelsen, "não há qualquer conduta que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica". [14] Kelsen rechaça o dualismo entre o Estado e o Direito e a noção de que exista uma ordem subjetiva prévia à ordem jurídica objetiva, alega a ocorrência de uma contradição. Defendendo uma identidade entre o Estado e o Direito, Kelsen sustenta que um conhecimento isento de elementos ideológicos – e nessa medida livre de toda metafísica e de toda mística – não pode derivar sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social como uma ordem de conduta humana. [15]

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode ser constituída por uma ordem normativa. E tal ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que é a ordem jurídica estatal.[16] O poder do Estado não é uma força ou

---

[9] Tradução: *"Le fait de la solidarité n'est pas conteste est à vrai dire ne peut pas l'être: il est un fait d'observation qui ne peut faire l'objet de controverses. Il revêt des aspects differérents suivante les pays."*

[10] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 86.

[11] Destarte, para Duguit a força obrigatória de uma norma jurídica é uma norma que é obrigatória porque ela é social, mas que tem um caráter obrigatório particular porque a massa dos indivíduos compreende que ela se liga diretamente à solidariedade e à justiça e que ela deve ser garantida diretamente ou indiretamente pelo constrangimento social. (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 142.)

[12] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 143.

[13] *Vide*: KELSEN, Hans *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck *in Direito positive e direito discursive: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 141-161.

[14] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 221

[15] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 315-316.

[16] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 318.

instância mística que esteja escondida atrás do Estado ou do Direito. Ele é a eficácia da ordem jurídica.[17]

Para Kelsen, direito subjetivo é um direito reflexo que se acha provido do poder jurídico - de fazer valer o não-cumprimento do dever jurídico que se identifica com o direito reflexo - e o sujeito de direito é o indivíduo a quem a ordem jurídica confere este poder. Ao se considerar que estes deveres não são estatuídos no interesse dos indivíduos que têm de receber a prestação e de fazer valer o seu não-cumprimento, e ao se admitir que é um interesse do Estado que é garantido com o estabelecimento destes deveres, isto só poderá significar – considerando-se que só os indivíduos podem ter interesses – que estes deveres são estatuídos no interesse da coletividade – ou de todos os indivíduos pertencentes à comunidade jurídica. Assim, podemos atribuir o recebimento da prestação e o exercício do poder jurídico, não à pessoa fictícia do Estado, mas aos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica.[18]

Entende que o direito objetivo é anterior ao direito subjetivo, defendendo um positivismo jurídico tal que o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirmaria sobre o seu valor moral ou de justiça. E assim, o Estado somente poderia ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito.[19]

A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre e sua pressuposição não é arbitrária, na medida em que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais ao interpretarmos o "sentido subjetivo" de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição criada por ele como seu "sentido objetivo", ou seja, como normas objetivamente válidas.[20]

3 TEORIAS SUBJETIVAS

A negação do conceito de direito subjetivo não significa a eliminação dos valores, que estão incluídos na ideia tradicional de direito subjetivo, como pretendido pelos objetivistas. Na medida em que esses valores se encontram, de um modo ou de outro, acolhidos no direito objetivo, os objetivistas aceitam recebê-los, na forma do direito objetivo mesmo do qual são integrantes.[21]

A tese do antisubjetivismo não está relacionada, em princípio, com nenhuma doutrina social ou filosófica, podendo se adaptar de igual forma ao liberalismo, ao dirigismo ou ao socialismo. O que interessa é que – nas teorias objetivas - as doutrinas de fundo não estão submetidas à discussão. E, na realidade, quando se aproxima – de maneira superficial – a noção de direito subjetivo às noções de individualismo e de voluntarismo, cria-se uma tendência à preferência pelo interesse coletivo, através de uma redução do número ou da extensão dos direitos subjetivos, ou através de um controle mais ou menos severo do exercício desses direitos. De forma que o conceito de *norma*, evocando a ideia de *dever* sugerirá facilmente a ideia de *função*. Em seguida, se dirá que não existem direitos subjetivos, porque dizem respeito à norma jurídica, que é *norma social,* portanto, só existirão *funções sociais.*[22] Essa é a tendência de Duguit ao defender a teoria do direito-função para a propriedade[23]. Entretanto, o objetivismo, no sentido aqui considerado, não é necessariamente solidário a essas concepções, seu único fim – ou pelo menos seu fim imediato – é

[17] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 321.
[18] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 341-343.
[19] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 353.
[20] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 224-225.
[21] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 24.
[22] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 26.
[23] Duguit, em relação à ideia de função social da propriedade defende que: "*Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no sera protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propriedad no es, pues, el derecho subjetivo del proprietário; es la función social del tenedor de la riqueza.*" (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del derecho (público Y privado).* Buenos Aires: Editora Heliasta S.R.L., 1975. P. 178.)

proporcionar uma *representação adequada* do sistema jurídico tomado em si mesmo, à parte de todo o exame do conteúdo e da tendência das regras. [24]

No entanto, o direito objetivo se esforça em vão para ser tomado como base a si mesmo. O direito objetivo existe para a sociedade e, consequentemente, para os indivíduos que a compõem. Por sua vez, os indivíduos têm um interesse - não apenas privado, como pessoal -, na sua qualidade de membro do grupo, no sentido de que essa regra de direito, que é a carta da vida em comum, seja respeitada por todos e em todas as ordens de relações. O direito objetivo, na medida em que liga a todos, leva ao mesmo tempo consigo, para cada um, o dever de submissão à ordem geral e o direito à exata observação desta ordem.[25]

Nessa medida, por exemplo, especificamente em relação ao direito de propriedade privada, Duguit disse que "a propriedade está protegida pelo direito, mas não é um direito, é uma coisa; o que tem o proprietário não é um direito, é uma coisa, uma utilidade, uma riqueza. (...) A propriedade é a coisa mesma." [26] Concorda-se que o proprietário tem uma coisa, mas a questão primeira é que o proprietário que a tem e não outro e tampouco a coisa é comum. Ainda, o proprietário tem a utilização privativa como "oponível a qualquer outro": todos têm a proibição, em virtude do direito objetivo, de incomodá-lo no livre uso do que é sua coisa. E, é por isso que, diferente do usurpador, que também pode ter a utilização própria de uma coisa, ele se denomina proprietário, titular de um direito, respeitável para todos, que se chama direito de propriedade. E, por ter esse direito, é que a lei lhe atribui, em caso de usurpação, de intromissão ou de obstacularização, umas vias de direito, que não são mais do que a consequência do direito próprio e pessoal reconhecido ao proprietário.[27]

E, a noção do direito de propriedade sobre as coisas corporais, móveis ou imóveis, pode ser considerada como a forma mais completa do direito subjetivo, uma vez que o proprietário considera sua coisa como um bem, sobre o qual ele possui os direitos mais consideráveis, seja no que concerne ao uso da coisa, seja no que concerne à disposição do direito. Para designar, em tais casos, um direito de propriedade, não há nenhuma necessidade de o dizer expressamente, no momento em que se passa a contar com essa coisa no seu patrimônio, como já haviam observado os romanos, o direito se confunde com a coisa mesma, dando o volume do direito. [28]

A liberdade jurídica, entendida como a ausência de regra jurídica, não supõe a ausência de direito, mas, pelo contrário, mantém intacta como direito a liberdade de ação do sujeito [29]. O direito subjetivo não excluíra o direito objetivo, norma necessária da vida social, mas o direito subjetivo é anterior cronologicamente ao direito objetivo e é superior a ele na ordem dos valores. A pura teoria individualista vai dizer inclusive que o direito objetivo não tem outra função do que a de fazer reinar o direito subjetivo, no sentido de definir os direitos subjetivos de cada um e sancioná-los. Nesse aspecto, o subjetivismo degenera em individualismo, no sentido pejorativo da palavra. Entretanto, em todo o caso, com a afirmação dos "direitos do homem" o "passo" se opera "do direito subjetivo ao direito objetivo": este já não é o primeiro, e menos ainda o único. Encontra no direito subjetivo um antecedente e em certa medida um padrão. E, se o homem é um ser social, não é por isso que deixa de ser um ser *individual* e, como tal, titular de direito subjetivo; se o direito supõe a existência do *outro*, não supõe necessariamente a *sociedade*, nem por conseguinte uma regra social.[30]

Os ataques lançados contra a noção dos direitos subjetivos, na tentativa de simplesmente a substituir pela noção de aplicação da regra objetiva, fizeram com que todos os esforços dos juristas posteriores ao

[24] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 26.

[25] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 29-30.

[26] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 446-448 .

[27] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 31.

[28] ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques.* Paris: Dalloz,1963. P. 29.

[29] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 34.

[30] DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 47-48.

Renascimento fossem condenados e tivéssemos um retorno ao velho sistema que a humanidade tinha praticado, de alguma maneira instintiva, nos seus primeiros anos, segundo o qual as situações jurídicas individuais e concretas não passavam de manifestações, e de alguma forma de projeções da regra jurídica sobre as relações sociais. Esse método, que é ligado principalmente ao nome de Leon Duguit, constitui um recuo considerável na marcha do direito. Pode-se condenar certos abusos de direitos, bem como pôr em evidência a existência de deveres que fazem frente a esses direitos, mas certamente é imperioso ultrapassar a meta de buscar se livrar da noção de direito subjetivo. [31]

4 CONTRAPOSIÇÃO ENTRE AS TEORIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS

Como se viu, segundo a objeção substancial das teorias objetivas de direitos, o direito geral de liberdade decorreria de uma concepção equivocada do indivíduo e de sua relação com o Estado e com a comunidade. O direito geral de liberdade corresponderia a uma visão do ser humano de forma isolada e não como membro vinculado a uma comunidade, que seria a atual concepção constitucional. Segundo tal objeção, ainda, não haveria como ignorar o fato de que o Estado de Direito não apenas interferiria em liberdades individuais, mas ao contrário, criaria e garantiria tais liberdades, que como consequência, já nasceriam limitadas.

A Teoria de Duguit, assim como a Teoria de Kelsen, buscavam negar o Direito Natural – que pressupôs direitos fundamentais naturais ao indivíduo, previamente à criação do Estado. A teoria de Duguit, através de um sentimento de "solidariedade" pressuposto como inerente a vida em sociedade, simplesmente negou a existência de um direito subjetivo prévio ao direito objetivo e buscou decorrer desse sentimento de solidariedade o direito objetivo.

Ao desenvolver a ideia de "direito-função", Duguit entendeu que a inclusão da função social da propriedade decorreria de um suposto sentimento de solidariedade e negou a existência de um direito subjetivo prévio ao direito objetivo. Negando a ideia de direito subjetivo e concluindo que o direito só existe a partir do Estado e da comunidade, a partir de um sentimento de "solidariedade", Duguit acredita que o direito apenas existiria a partir da solidariedade e, nessa medida, já seria conferido ao indivíduo de forma limitada, considerando o direito dos demais membros da comunidade.

Ocorre que, com o advento da exigência de cumprimento da função social, grande parte da doutrina brasileira – José Cretella Júnior, Waldemar Ferreira, Carlos Maximiliano, apenas para citar alguns[32]-, adotando a teoria de Leon Duguit, também passou a entender o direito de propriedade como um "direito-função". Com a inclusão da obrigação de atendimento da função social, teria ocorrido a superação da noção de propriedade privada, baseada na ideia liberal de um direito de liberdade em face do Estado. Explica-se. Para esses autores, a ideia de direitos sociais, trazida pelo Estado Social, consistiria em uma contradição de termos, uma vez que os direitos, entendidos segundo a doutrina liberal, necessariamente, opunham-se ao Estado e à sociedade. Por isso, a fim de contextualizar a inclusão dos direitos sociais nos catálogos de direitos fundamentais, eles buscavam uma maneira alternativa de entender o conceito de direito, com base em doutrinas socialistas.

Já a teoria de Kelsen foi apresentada, em razão da importância no direito moderno da sua *Teoria pura do direito* em face do direito natural. Kelsen, ao contrário de Duguit, não nega a existência do direito subjetivo, apenas não o aceita perante o Estado.

Com a *Teoria pura do direito*, Kelsen apresenta o método específico e os conceitos fundamentais necessários a uma doutrina do direito, proporcionando o fundamento teórico para cada consideração dirigida a um direito particular ou a instituições jurídicas particulares. A doutrina pura do direito mostra que até mesmo originariamente, no pensamento dos primitivos, é o princípio da imputação e não o da causalidade que está na base da natureza. O primitivo interpreta os fenômenos naturais segundo uma norma social, a norma da retribuição, na qual à boa conduta é imputada uma recompensa e à má, uma pena. Chega

[31] ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques.* Paris: Dalloz, 1963. P. 09.
[32] Vide nota de rodapé n°. 1.

a conclusão de que as ordens, no essencial, são ordens de coerção.[33] [34]

A partir da distinção entre a lei natural causal e a lei jurídica normativa e entre o princípio da causalidade e o da imputação, a teoria pura do direito põe o fundamento da ciência do direito como uma ciência social normativa. Essa separação entre ciência do direito normativa das ciências causais em geral – especialmente as ciências sociais orientadas pelo princípio causal, como a sociologia e a psicologia social – constitui a pureza do direito como ciência que tem de investigar não por causa e efeito a conduta regulada pela ordem jurídica, mas pela conexão que é produzida pela imputação estabelecida na ordem jurídica. O essencial é não misturar a questão de como as pessoas devem se comportar segundo uma ordem jurídica positiva, com a questão de como de fato, determinadas por leis causais elas se comportam.[35]

O postulado da pureza deve apenas trazer à consciência do jurista científico que o método específico do seu conhecimento é um outro que aquele das ciências sociais causais, por isso, as tentativas frequentes de responder "sociologicamente" questões jurídicas [como a tentativa de Duguit, em relação ao sentimento de solidariedade pressuposto], ou baseiam-se em autoengano ou objetivam enganar acerca do direito dado. A doutrina pura do direito investiga a estrutura lógica das ordens jurídicas dadas e chega à visão na construção graduada da ordem jurídica, uma visão fundamental para o conhecimento da essência do direito. A doutrina pura do direito investiga a relação entre duas ou mais ordens jurídicas, o que é possível logicamente. Nesse caminho ela chega a unidade sistemático-lógica do mundo jurídico, sob o critério negativo, da ausência de contradição.[36]

Assim, Kelsen, buscando se afastar da doutrina natural e também separar o direito de tudo o que não

---

[33] KELSEN, Hans *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 141-143.

[34] Nesse sentido, também Alf Ross, visando explicar o significado que se relaciona ao conceito de direito subjetivo, quando usado em um raciocínio jurídico, começa a exposição de seu livro denominado "Tú-tú", discorrendo sobre uma tribo que habita ilhas no Pacífico Sul, que tem a crença de que, ao violar determinado tabu, surge o que se denomina de "tú-tú" e é concebido como uma espécie de força perigosa que recai sobre o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. Assim, quando uma pessoa está "tú-tú", tem que ser submetida a uma cerimônia especial de purificação. O que se evidencia é que esta palavra, apesar de carente de significado, tem uma função a desempenhar na linguagem cotidiana das pessoas – prescrever ou descrever, ou seja, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos. Trata-se de uma referência semântica – prevalente na comunidade – que se combina de acordo com as regras da lógica. Ora, ainda que a palavra "tú-tú", no caso, não tenha nenhum significado específico, os enunciados em que ela aparece não são formulados ao acaso, mas estimulados, com base nos costumes linguísticos prevalentes, por estados de coisas perfeitamente definidos. Os enunciados em que a palavra "tú-tú" aparece podem funcionar como expressões prescritivas e descritivas, mas ainda sim não existem razões para abandonar a terminologia "tú-tú" – ou "direito subjetivo", por exemplo, ou ainda "propriedade". "Propriedade", por exemplo, e outras palavras jurídicas, quando são usadas em linguagem jurídica, tem a mesma função que a palavra "tú-tú", são palavras sem significado, sem referência semântica alguma, e só servem um propósito, como uma técnica de apresentação. Assim, da mesma forma que ocorria nas formulações "tú-tú" correlativas, aqui não há um círculo vicioso, dado que "propriedade" não representa nada em absoluto, e não existe relação causal ou lógica entre o suposto fenômeno da propriedade e as consequências jurídicas. Ora, o que se quer dizer é que as normas jurídicas concernentes à propriedade, por exemplo, poderiam, sem dúvida, ser expressadas sem a necessidade de se usar esta palavra. E, nesse caso, haveria a necessidade de formulação de um grande número de normas, que ligassem diretamente as consequências jurídicas individuais aos fatos jurídicos individuais. Ao pensamento jurídico corresponde conceitualizar as normas, de forma que elas sejam reduzidas a uma ordem sistemática e, assim, apresentar uma versão mais clara e convenientemente possível ao direito vigente. Temos assim, em uma série de regras, os fatos que "criam propriedade" e, em outra série de regras, as consequências jurídicas que a "propriedade" acarreta. Trata-se assim, na realidade, de uma palavra sem sentido – sem significado semântico algum – que serve apenas como instrumento de apresentação. É como se a propriedade fosse um link causal, entre fatos e consequências jurídicas. Esse processo exemplifica a redução através da razão a uma ordem jurídica. E, corresponde à ciência jurídica, em última instância, empreender esse processo de simplificação. (ROSS, Alf. *"Tú-tú".* Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Originariamente em "Festskift til Henry Ussing" (Borum and Illum ed. 1951.)

[35] *Vide*: KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positive e direito discursive: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 144-146.

[36] *Vide:* KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 146-147.

fosse direito – como religião, política, sociologia, etc. – entendeu o direito subjetivo como consequência do direito objetivo. E considerou o Estado inseparável do Direito e a vontade da lei como a única causa eficiente de obrigação. Kelsen, no entanto, ao contrário de Duguit, não negou a existência do direito subjetivo, uma vez que já reconhecia a existência de uma esfera inatingível de liberdade frente ao Estado (ou ao Direito), mas entendeu essa esfera como livre de vinculação jurídica. Essa liberdade mínima não seria um direito inato do homem, mas seria apenas a consequência da limitação técnica do próprio ordenamento jurídico de determinar a conduta humana externa e interna na sua totalidade.

Para Kelsen, a consequência essencial do positivismo jurídico é a separação do direito e da moral e, consequentemente, do também chamado direito natural - que seria um componente da moral, uma vez que não seria fixado por atos de vontade humana, mas deduzido da natureza. Para Kelsen, no entanto, a separação do direito da moral não significa a recusa da exigência de que o direito deve corresponder à moral e, especialmente, à norma moral da *justiça*. O direito deve ser justo. Entretanto, para a teoria positivista, em razão de existirem sistemas morais muito distintos, que estão em conflito um com o outro, existem também ideais de justiça muito distintos, que estão em conflito – como, por exemplo, o do liberalismo capitalista e o do socialismo. Assim, um ordenamento jurídico positivo poderia corresponder a um ideal de justiça e, simultaneamente, contradizer um outro ideal de justiça. A validez do direito positivo, no entanto, é independente de sua relação com a moral, em geral, e com o ideal de justiça, em particular.[37]

Nessa medida, o direito positivo não exclui a possibilidade de que o direito positivo de determinada comunidade abarque princípios morais, o que pode ocorrer, por exemplo, através de determinações constitucionais que transformam direitos do homem em direito positivo. No entanto, ela pede que o abarcamento de conteúdos morais do direito seja tratado como questão de fato meramente.

Há, no entanto, uma diferença fundamental entre a forma que os liberais e que os socialistas concebem os direitos sociais garantidos pelos Estado Social. Na concepção socialista, os direitos sociais visam uma redução das desigualdades, mas são uma manifestação de uma força superior da comunidade, em que cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades.[38] Em sentido diverso, na concepção liberal, os direitos sociais, do mesmo modo que os direitos de liberdade, se fundam no interesse próprio e são um direito a um mínimo bem estar que permite ao indivíduo uma existência digna, fundamental a realização dos direitos de liberdade. Ou seja, garante os pressupostos fáticos para o exercício dos direitos de liberdade já garantidos, formalmente, pelos direitos de defesa (ou de liberdade).[39]

Evidencia-se assim que o problema da concepção socialista é fundamentar os direitos sociais num ideal coletivo de uma sociedade mais igualitária, baseada num princípio de solidariedade, e não no imperativo de proteger posições subjetivas. Por definição os direitos subjetivos protegem posições subjetivas individuais, as consequências coletivas que derivam dessa circunstância só podem ser consideradas como efeitos indiretos ou colaterais, mas de forma alguma como fundamento mesmo dos direitos.[40]

Assim, para entender o fundamento, a estrutura e o conceito da função social da propriedade, como garantidora de direitos sociais, é necessário ter presente o fundamento filosófico-político e ideológico adotado. Nesse sentido, tem-se que todos os direitos fundamentais, tanto os direitos de defesa de tradição liberal como os direitos que visam garantir o Estado Social, consubstanciados nos direitos democráticos, de igualdade e os direitos de organização e procedimento representam a institucionalização dos direitos humanos no plano constitucional.[41] Os direitos humanos, por sua vez, são antes de tudo conceitos morais. E, nesse sentido, a teoria do discurso abrange a teoria moral kantiana.

[37] KELSEN, Hans. *O que é positivismo jurídico?* Tradutor: Luís Afonso Heck, *in* HOLLERBACH, Alexander… (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora , 2010. P. 92.

[38] MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class and other essays.* London: Cambridge at the University Press, 1950. P. 52-53 e 75-85. Disponível em: <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1950_Marshall_Citzenship_and_Social_Class_OCR.pdf > Acesso em 03 mar. 17

[39] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 436-439.

[40] PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. P. 294.

[41] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 180 e seguintes.

Ainda que o conhecimento jurídico não se reduza à lógica, o conhecimento jurídico pressupõe a lógica. A teoria positivista de Kelsen, portanto, ao se ocupar com problemas da lógica, apresenta-se como um pressuposto para a compreensão da teoria não-positivista.

Para Kelsen, ciência do direito deve restringir-se ao conhecimento e descrição "livre de valores" das normas jurídicas vigentes. Robert Alexy, com a teoria do discurso do Estado Constitucional Democrático, emprega um conceito de direito mais amplo, que inclui a solução de questões práticas, segundo a qual juízos de valor (valores) e de obrigação (moral) são suscetíveis sim de verdade, através de uma fundamentação racional, e por isso, podem também ser objeto de tratamento científico. Segundo Alexy, um conceito de direito adequado enlaça a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social com a correção quanto ao conteúdo.[42]

Em relação aos valores, Alexy sustenta que uma colisão, ponderação e realização gradual de valores, corresponde à uma colisão, ponderação e cumprimento gradual de princípios.[43] Em relação à moral, Alexy sustenta uma conexão necessária entre o direito e a moral correta, aplicando o argumento de correção ao quadro do argumento de princípio, a partir da vinculação à razão prática kantiana. A teoria do discurso trata de descobrir potenciais de razão existentes na realidade humana. Explora, nesse sentido, esclarecimento sobre a natureza das pessoas e está, apenas sob esse aspecto, na tradição do direito natural.[44]

Nesse sentido, os direitos dos homens, a partir de um pressuposto de correção, podem ser fundamentados. O direito subjetivo não exclui o direito objetivo - norma necessária a organização da vida em sociedade -, mas o direito subjetivo é inerente ao homem, portanto, é dele que decorre o direito objetivo, e não o contrário. E o fato do homem viver em sociedade, não exclui o fato de ser um indivíduo e, como tal, titular de direito subjetivo. O direito pode pressupor a existência do outro, mas não pressupõe necessariamente a sociedade ou uma regra social. Um sentimento de solidariedade, portanto, não pode ser pressuposto.

Disso resulta, quando se busca entender um direito fundamental como o direito de propriedade – precipuamente um direito de liberdade em face do Estado - e o conceito de função social da propriedade – uma restrição a essa liberdade fundada na proteção de direitos de prestação pelo Estado -, a necessidade de, primeiramente, afastar-se a teoria objetiva do direito, desenvolvida por Leon Duguit, que exclui o direito subjetivo como um direito natural e inato do indivíduo. Abrindo-se espaço, assim, para a justificação da adoção de uma teoria subjetiva dos direitos, especificamente a teoria do discurso, desenvolvida por Robert Alexy, com base na filosofia kantiana.

5 CONCLUSÃO

A fundamentação dos direitos subjetivos parte sempre de uma posição do indivíduo. É o direito subjetivo que deve se fundamentar na posição ou posições do indivíduo que devem ser protegidas, para que este possa atuar dentro da comunidade e frente a comunidade. Os direitos sociais não derivam de uma concepção socialista, mas do princípio do Estado Social de Direito. Enquanto o socialismo nega por completo as liberdades, o Estado Social não nega as liberdades garantidas pelo Estado Liberal, apenas busca garantir as condições necessárias para o exercício dessas liberdades, necessárias a garantia da dignidade humana.

Ainda, os direitos fundamentais, não são baseados em qualquer moral, mas na moral correta. Os direitos do homem, sob um pressuposto de correção, uma vez que regulam conflitos de interesses fundamentais, podem ser fundamentados. E a teoria do discurso mostra-se como a teoria de base do Estado

[42] HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen.* In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 92-93.

[43] *Vide* HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen.* In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 94-96 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

[44] HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen.* In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 98-102.

Constitucional Democrático, apoiado em discussão.[45] A teoria do discurso não substitui o fundamento por mera produção de consensos, exigida pelo direito positivo, mas ela inclui as regras do argumentar racional relacionadas com argumentos. Defendendo a concepção kantiana da racionalidade prática em uma variante teórico-discursiva, a teoria do discurso entende que uma norma é correta, quando puder ser o resultado de um determinado procedimento de argumentação racional.

Os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos do particular, mas também princípios objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática, o que evidencia o caráter duplo dos direitos fundamentais, com camadas de significado distintas que, a cada vez, podem apresentar-se através de relações distintas.

Os direitos fundamentais, por um lado, são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só os direitos do homem no sentido restrito, mas também onde eles simultaneamente garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida, como é o caso do direito de propriedade privada e dos direitos garantidos pela função social da propriedade. Por outro lado, os direitos fundamentais são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso vale tanto para os direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos, como para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou que, em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.[46]

Tem-se assim que a função social, também elencada no catálogo de direitos fundamentais (art. 5°, XXIII da CF/88[47]) não pertence, diretamente à ideia de direito fundamental, mas visa garantir direitos econômicos, sociais e culturais. Pode-se dizer que o direito de propriedade inclui competências relacionadas com direitos e competências relacionadas com deveres, decorrentes da obrigação social. Ela deve ficar na conexão objetiva da garantia da propriedade (art. 5°, XXII da CF/88[48]), e contém uma autorização para determinadas intervenções na propriedade - baseadas no que a própria CF/88 estabeleceu como função social da propriedade (art. 182 e 186 da CF/88). Tais intervenções ultrapassam as intervenções tradicionalmente admitidas e relacionadas com a ideia de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, visando ainda garantir direitos subjetivos a prestações em face do Estado, orientados na persecução de igualdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ALEXY, Robert. *Uma concepção teórico-discursiva da razão prática.* Tradutor: Luís Afonso Heck, *in* HOLLERBACH, Alexander… (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A ordem econômica nas Constituições.* Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 122, p. 339-345, mar./abr.1949.

CONSTANT, Benjamin. *"De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes".* Discours pronounce dans le Athénée Royal de Paris, 1819.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo.* Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

[45] ALEXY, Robert. *Uma concepção teórico-discursiva da razão prática.* Tradutor: Luís Afonso Heck, *in* HOLLERBACH, Alexander… (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 110-113.

[46] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução da 20a ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, P. 228-229, número de margem 279.

[47] Do mesmo modo que a previsão de socialização, presente no art. 15 da Lei Fundamental Alemã.

[48] Na Lei Fundamental Alemã, art. 14, alínea 1.

DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del derecho (público Y privado).* Buenos Aires: Editora Heliasta S.R.L., 1975.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Troisième Èdition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Boccard, 1927.

FERREIRA, Waldemar, *O conteúdo econômico da Constituição Brasileira de 1946,* Revista Forense, v. 46, n. 122, p. 15-22, mar./abr., 1949, n. 122.

HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen.* In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução da 20a ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, P. 228-229, número de margem 279.

KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck *in Direito positive e direito discursive: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MANIGLIA, Elisabete. *Algumas reflexões sobre democracia, direitos humanos e questão agrária*. In: ANNONI, Danielle (org.). Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class and other essays.* London: Cambridge at the University Press, 1950. P. 52-53 e 75-85. Disponível em: <http://www.jura.unibielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1950_Marshall_Citzenship_and_Social_Class_OCR.pdf > Acesso em 03 mar. 17

MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Crise do direito e direito da crise.* Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 49, n. 142, p. 14-19, jul./ago., 1952.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras.* vol. X. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

PASSOS, Cristiane Lisita. *Confisco Agrário*. In *O direito agrário na Constituição.* Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda, Mário Lúcio Quintão Soares, org. e colab. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PETTER, Josué Lafayete. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.* 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

POPPER, Karl R., *A lógica da pesquisa científica.* Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. P. 289-291.

ROSS, Alf. *"Tú-tú".* Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Originariamente em "Festskift til Henry Ussing" (Borum and Illum ed. 1951.)

ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques.* Paris: Dalloz,1963.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: ALGUMAS NOTAS PARA O DEBATE

Alexsandro da Silva Linck[1]

RESUMO: Nesse texto são esboçadas notas sobre o direito ao esquecimento e o recente Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) editado pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, conhecido pela sigla GDPR ("General Data Protection Regulation"), visando-se contribuir para o debate desse assunto.

Palavras-chave: Esquecimento. Regulamento. GDPR. Dados. Pessoais.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION OF THE EUROPEAN UNION: SOME NOTES FOR DISCUSSION

ABSTRACT: This text outlines notes on the right to be forgotten and the recent General Regulation on Data Protection (Regulation 2016/679) published by the European Parliament and Council of the European Union, known by the acronym GDPR ("General Data Protection Regulation"), to contribute to the debate on this subject.

Keywords: Forgetfulness. Regulation. GDPR. Data. Personal.

1 INTRODUÇÃO

A proposta desse breve texto é discorrer sobre o Direito ao Esquecimento e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) — conhecido pela sigla GDPR ("General Data Protection Regulation") —, editado pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, em específico, na parte em que dispõe acerca da retificação e o apagamento, visando-se contribuir para o debate do assunto.

Então, mediante a revisão bibliográfica do tema, almeja-se proporcionar o conhecimento e, por conseguinte, a reflexão e o debate respectivo.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

A definição da palavra esquecimento, constante no dicionário, é a seguinte: é o ato ou efeito de esquecer (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 824). Contudo, o assunto ora tratado não se restringe ao aspecto de não ser lembrado ou recordado, uma vez que no âmbito desse estudo (na Internet) interessa é o não acesso ou a cessação de divulgação de determinadas informações relativas à privacidade (evitar a evocação), a fim de atingir-se a condição de esquecido. Essa situação, comparando com o funcionamento do cérebro humano, se concretiza quando não há lembrança daquilo que fora gravado, ou seja, quando se apaga uma gravação da memória: "[...] Não podemos fazer aquilo que não sabemos, nem comunicar nada que desconhecemos, isto é, nada que não esteja na nossa memória" (IZQUIERDO, 2011, p.11).

Na obra "O Tempo do Direito", OST (1999, p. 168-171), ao discorrer quanto ao direito de esquecimento ou dever de memória, explana que para "[...] além da prescrição, ainda existem outras formas de direito ao esquecimento em direito privado". De acordo com esse filósofo belga, "[...] temos o direito, depois de um

[1] Mestrado em Direito pela Universidade La Salle (LA SALLE) e Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista (CAPES/PROEX). E-mail: alexsandro.linck@acad.pucrs.br.

certo tempo, de sermos deixados em paz e cair no esquecimento e anonimato de onde nunca gostaríamos de ter saído" (OST, 1999, p. 168-171). Na concepção de PAIVA (2014), o direito ao esquecimento é "[...] aquele inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos ou sofrimento".

Analisando o poder de controlar as informações pessoais como direito de excluir determinadas informações que digam respeito a si mesmo, RODOTÀ (2008, p. 109) trabalha com o "[...] direito de controlar o fluxo de informações relativas a uma pessoa, tanto na "saída" como na "entrada" [...]". Menciona um "[...] direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada". O objeto deste direito pode ser identificado no "patrimônio informativo atual ou potencial de um sujeito" (RODOTÀ, 2008, p. 109).

Nessa linha de raciocínio, então, entende-se que o direito ao esquecimento é uma prevenção à evocação de informações ou acontecimentos verídicos que com o passar do tempo não interessam aos outros, merecendo o indivíduo o resguardo do seu espaço íntimo[2]. As características para configuração desse direito pode-se dizer que são a informação não contemporânea, verídica e desprovida de interesse público (sem qualquer valor ao coletivo, restrito a questão da esfera privada). O tema, no tempo atual, com a proliferação de informações a partir da Internet, mostra-se relevante ao indivíduo.

Relevante expor que o assunto em pauta não se revela novo, pois mesmo sem tal nomenclatura, há registro de situação semelhante destinada à proteção da privacidade em um julgamento realizado no ano de 1973, pela Primeira Sala do Tribunal Constitucional Federal Alemão. No julgamento citado, diante da colisão entre os direitos constitucionais à privacidade, à ressocialização do preso e à liberdade de rádio e televisão, decidiu a Corte Alemã pelo direito à privacidade mesmo em se tratando de informações verídicas (SARLET, 2015). Em meados dos anos 90, entretanto, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão foi outra: foi permitida a divulgação do novo documentário produzido sobre o caso Lebach, tendo em vista que o trabalho audiovisual não contemplava elementos para identificar os autores do crime e, portanto, a "interferência no livre desenvolvimento da personalidade seria reduzida" (CONCI; GERBER, 2015, p. 262). No segundo julgamento houve o resguardo da privacidade, mas sem a proibição à livre manifestação do pensamento: ocorreu uma mitigação ao esquecimento garantido no primeiro julgamento.

Contudo, no âmbito da Internet, o "grande marco" para o debate acerca do direito ao esquecimento ocorreu em 13 de maio de 2014. Na data em questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o processo C-131/12 — envolvendo *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González* —, e assegurou proteção ao direito olvido. No ano de 2010, o espanhol Mario Costeja González formulou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados contra o editor do jornal *La Vanguardia Ediciones SL* e contra a *Google Spain* e a *Google Inc*. O senhor Mario alegava, na reclamação, que o seu nome era divulgado em pesquisa realizada no motor de busca e o relacionava a duas páginas do jornal diário da La Vanguardia (janeiro e março de 1998), onde constava o edital da hasta pública de imóveis de sua propriedade, destinada ao pagamento de débitos junto a Segurança Social da Espanha. O pedido da reclamação consistia na obtenção de uma ordem ao jornal com a finalidade de que excluísse ou alterasse as páginas do diário na Internet, de modo que os seus dados pessoais não fossem visualizados ou que fosse utilizada alguma tecnologia para preservar a divulgação dos seus dados. Também almejava que o *Google Spain* ou à *Google Inc*. não exibissem esses resultados quando inserido o seu nome no motor de buscas. O pedido formulado pelo senhor Mario estava lastreado na solução do problema e na não existência de pertinência do fato para terceiros, já que dizia respeito a sua vida privada.

A Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) indeferiu a reclamação contra o jornal em virtude da legalidade da publicação, mas acolheu o pedido contra a *Google Spain* e a *Google Inc*. Assim,

[2] GADAMER (2007, p. 104), ao tratar de Hermenêutica e diferença ontológica, mesmo que em um tema totalmente distinto ao desta dissertação, explana que o esquecimento é importante para a vida: "[...] O que importa agora é ter clareza quanto ao fato de nós todos não vivermos mais nos primórdios gregos. O reencontro com Aristóteles e com todo o pensamento grego que dominou por séculos a história ocidental não altera nada quanto ao fato de termos sido marcados irrevogavelmente por nossa própria herança ocidental. Com certeza, vem à luz agora que essas tradições de pensamento se mostram como encobrimentos em relação a esses primórdios originários. Mas mesmo todo encobrimento possui função vital. Todos nós sabemos disso. O que seria a vida sem esquecimento?"

ordenou a exclusão das informações e a não divulgação em pesquisas realizadas nas ferramentas de buscas disponibilizas pelas Companhias referidas. A *Google Spain* e a *Google Inc*. interpuseram recurso contra a decisão na *Audiencia Nacional* (Audiência Nacional, Espanha) com a finalidade de anular o deliberado pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD). O órgão jurisdicional espanhol, então, encaminhou diversas questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia que, como informado anteriormente, decidiu por manter a decisão da AEPD e, por consequência, assegurar o direito de o indivíduo requerer o "esquecimento" diretamente aos "motores de busca na Internet", a fim de que "eliminem as páginas com informações pessoais 'irrelevantes ou desatualizadas' […]" (GUERRA, 2014. p. 411).

Diversos questionamentos decorreram dessa deliberação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia; neste mundo, onde a globalização se apresenta como "uma nova forma de vivência e implementação de uma ordem econômica, social e política pré-existentes, com vistas a disseminar por todo o globo a adoção de um ideário [...]" (MINHOTO, 2004, p. 11), "[...] que interessa a todas as disciplinas porque cobre todos os campos das atividades humanas" (ARNAUD, 1999, p. 28) é possível "[...] subtrair-se à publicidade para recolher-se na própria reserva" (JUNIOR, 1995, p. 49)? A resposta ao questionamento não é fácil. A Internet "é uma total provocação ao todo-poder do Estado. Ela é, com efeito, o exemplo perfeito da globalização que despreza o Estado" (ARNAUD, 2007, p. 184-185). Ademais, "A globalização da informação, ao invés de aproximar os pontos de vista, é mais frequentemente um acelerador das divergências de interpretação, simplesmente porque se havia esquecido a heterogeneidade dos receptores" (WOLTON, 2003, p. 22).

Nesse contexto de debates, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram o Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) — conhecido pela sigla GDPR ("General Data Protection Regulation") —, dispondo sobre o direito à proteção de dados pessoais e, assim, tratando sobre a retificação e o apagamento, ponto que interessa aos apontamentos em curso.

3 O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) editado pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia — conhecido pela sigla GDPR ("General Data Protection Regulation") —, "estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados", e, entre outros pontos, dispõe no Capítulo III, Seção 3 sobre a retificação e apagamento dos dados pessoais.

De acordo com esse regulamento, entende-se por Dados Pessoais:

> [...] informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Com efeito, no artigo 16 desse Regulamento, é assegurado ao titular o direito de obter a retificação "dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito" e, quanto ao direito de apagamento, admite-se quando verificados os seguintes motivos:

> a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
>
> b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
>
> c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;
>
> d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

> e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
>
> f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

Veja-se, no entanto, que o apagamento de dados pessoais, de acordo com o disposto no artigo citado, não será efetivado quando se apresentar necessário para preservar o exercício da liberdade de expressão e de informação, por motivos de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou, ainda, quando destinado ao exercício ou a defesa de um direito em um processo judicial. Note-se que o Regulamento não adota a terminologia esquecimento, mas refere-se à retificação e ao apagamento, o que, em linhas gerais, mostra-se acertado considerando-se que esquecimento é um efeito e não o ato, ou seja, é o retificar ou apagar que poderão auxiliar no esquecimento de dados pessoais. A questão é saber se — em termos de Internet, não obstante a terminologia empregada ou ao disposto no regramento positivado —, ocorrerá o esquecimento. A tarefa não é fácil.

Nas considerações 65 e 66 do GDPR, consta que "[...] os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados" ou, ainda, "[...] se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento". Assim, com a finalidade de estabelecer efetividade ao positivado, menciona-se que "[...] o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis [...]". No GDPR, então, uma das medidas previstas para obter-se a condição de esquecido é a atribuição de obrigação ao responsável pelo tratamento dos dados pessoais. É uma boa medida, mas como já fora asseverado, a questão que permanece em aberto diz respeito à efetividade: o responsável poderá apagar e outro poderá recolocar a informação na rede ou, apenas, reativar. Não se podem esquecer as características estruturais da Internet: uma vez na rede, na rede a informação permanecerá, em regra.

A Internet, sob o ponto de vista técnico, é "[...] uma imensa rede que liga elevado números de computadores em todo o planeta" (PAESANI, 2014, p. 12). E, ao se verificar a história da criação dessa tecnologia, identifica-se que fora estabelecida sem hierarquia e para o amplo acesso aos indivíduos, tanto que BARLOW (1996) pronunciou que: "[…] estamos criando um mundo onde qualquer um em qualquer lugar poderá expressar suas opiniões, não importando quão singular, sem temer que seja coagido ao silêncio ou conformidade". O esquecimento não é tarefa fácil na Internet, de modo que a positivação poderá não apresentar resultados efetivos[3]. A partir dos ensinamentos de ERHLICH (1986, p. 55-56), verifica-se que o agir do homem em conformidade ao direito, "acima de tudo", decorre das relações sociais e não apenas da positivação do direito:

> Desta maneira, o homem age de acordo com o direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto! Neste sentido a norma jurídica não se distingue de outras normas. O Estado não é a única associação coativa; há, na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família. As legislações modernas tendem a restringir cada vez mais a interferência judiciária na comunidade conjugal. Mas, mesmo que se abolisse todo o direito familiar felizmente a coação estatal raras vezes é necessária. O operário, o funcionário público, todos eles cumprem seus compromissos contratuais e profissionais, talvez não tanto pelo sentimento do dever, mas pelo fato de desejarem permanecer em seu posto ou porque querem melhorar sua posição. O médico, o advogado, o artesão, o comerciante cumprem à risca seus acordos, a fim de deixar satisfeita sua clientela e assim ampliá-la e também para manter o crédito. A pena ou a exceção judiciária são a última coisa em que pensam. Existem grandes casas comerciais que, por princípio, não recorrem à justiça e procuram evitar que outros recorram contra elas, atendendo, para isso, muitas vezes,

[3] Sobre efetividade, veja-se o exposto por SARLET (2015, p. 248): "Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação".

> a reclamações injustificadas. Não pagamento e reclamações injustas são respondidas através do rompimento das relações comerciais; são tão auto-suficientes em sua posição, que podem desprezar a proteção jurídica. Também pessoas bem posicionadas na sociedade, em geral, não recorrem à justiça em suas disputas com empregados e funcionários; sua influência social e econômica as inibe. As *trade unions* inglesas recusaram durante decênios o reconhecimento pelo Estado, abrindo, de forma consciente, mão da proteção legal; aparentemente não se deram mal.

Com efeito, é inegável que em uma sociedade em rede[4] a efetividade de regramentos positivados torna-se questionável. Na perspectiva de ERHLICH (1986, p. 260) o direito deve estar livre de empacotamentos inúteis e supérfluos: "[...] Criação livre de direito não é, como se crera, uma criação de direito livre da lei, mas uma criação de direito que está livre de empacotamentos inúteis e supérfluos numa abstração ou numa construção". No mesmo sentido, para ERHLICH (1986, p. 288-289), o direito estatal deve pautar-se por um agir reservado, uma vez que é muito difícil dirigir e orientar a massa humana:

> O Estado deve agir de forma muito mais reservada. Dirigir e orientar a massa humana, sob todas as condições, é muito difícil, exige um dom forte e raro; mas é mais difícil ainda, quando deve ser feito com base em regras gerais abstratas. Se os homens entendem que um trabalho é necessário e útil, eles se unirão por si para executá-lo, também a pressão econômica e social muitas vezes os motivará para isto; mas neste caso as instituições surgem diretamente como direito social e os órgãos estatais normalmente não as fomentam, mas só as limitam, restringem e desorientam. Que é impossível impor a um grande número de pessoas, contra sua vontade, a vontade alheia através de órgãos estatais, ficou provado pelas muitas tentativas realizadas no passado de levar trabalhadores grevistas ao trabalho através de gendarmes e policiais; creio que estas tentativas fracassaram todas, sem exceção.

Nessa esteira, a disposição sobre o direito ao esquecimento mediante a realização da retificação ou do apagamento, mostra-se de difícil efetividade. A dificuldade apontada não ocorre apenas pela problemática em controlar a sociedade em rede a partir de uma lei, mas também por conta da própria evolução das pessoas e, no caso em debate, da tecnologia: "As novas tecnologias de comunicação ajudam a superar fronteiras e, com isso, desafiam a soberania estatal" (SCHULZ, 2007, p. 113). Em meados de 1913, ano da primeira publicação da obra Fundamentos da Sociologia do Direito, ERHLICH (1986, p. 300) já lecionava nessa direção:

> [...] Não há dúvida de que em nenhuma época as transformações foram tão rápidas quanto na nossa, nunca a distância entre pai e filho, no que tange a modos de pensar, de sentir e de agir, era tão alarmantemente grande quanto hoje. Tudo isso são novas formas de vida, em parte formas de vida social e econômica radicalmente diferentes – portanto um novo direito.
>
> Aparentemente o Estado não tem nada a ver com isto. O direito muda, porque mudam as pessoas e as coisas. Permitam-me usar uma alegoria já utilizada por Spencer: pode-se amontoar balas de canhão para formar uma pirâmide ou um tetraedro, mas é impossível colocar uma bala de canhão sobre a outra, para formar uma parede; com tijolos duros e quadrados pode-se fazer uma parede, mesmo sem cimento, mas é impossível amontoá-los para formar uma pirâmide; nesse sentido as características de um corpo composto sempre serão determinadas pelas características de suas unidades e as características de uma associação humana pelas características de seus membros.

Ainda, seguindo o raciocínio apresentado, ERHLICH (1986, p. 305-306) afirma que o direito está em fluxo permanente, de modo que as pessoas "o colocam constantemente diante de tarefas novas":

> O direito encontra-se num fluxo permanente pois as pessoas, cujas relações o direito deve regulamentar, o colocam constantemente diante de tarefas novas. [...] Mais uma vez se mostra que as grandes transformações do direito não ocorrem nas prescrições jurídicas, mas nas relações sociais. Quem ainda quererá duvidar de que ainda hoje surgir direito consuetudinário, mesmo sem a permissão expressa do legislador?
>
> Está claro que o rígido e imóvel direito estatal sempre fica defasado em relação a este incessante desenvolvimento do direito societal. O direito, independente de como ele seja, sempre é uma forma de dominação do morto sobre o vivo: assim Spencer traduziu as famosas palavras de Goethe para sua linguagem.

[4] Adota-se a definição de Manuel Castells: Uma sociedade em rede é uma sociedade cuja estrutura social é construída em torno de redes ativadas por tecnologias de comunicação e de informação processadas digitalmente e baseadas na microeletrônica. Considero estruturas sociais como arranjos organizacionais de seres humanos em relações de produção, consumo, reprodução, experiência e poder, expressos em uma comunicação significativa codificada pela cultura (CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 70).

Assim, faz-se relevante destacar que as prescrições jurídicas (ERHLICH, 1986, p. 374), tanto do passado quanto do presente não contemplam todo o direito. E, por se embasar no passado, o direito contemporâneo acaba não contemplando o direito do presente, ou seja, "[...] Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra".

Dessa forma, quanto à retificação e o apagamento de dados pessoais no GDPR, em uma breve verificação, algumas dificuldades poderão se apresentar, considerando, principalmente, as características da Internet e da própria "imposição" do Direito à sociedade em rede.

4 CONCLUSÃO

Nas breves notas apresentadas se objetivou uma apresentação do assunto a fim de possibilitar o conhecimento sobre o direito ao esquecimento, bem como quanto à retificação e o apagamento de dados pessoais disciplinados no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) editado pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, com o fim de contribuir para o debate do tema, uma vez que no Brasil se discute a questão em termos de positivação desse direito.

Portanto, ressalvada a nossa opinião (discordante da positivação do direito ao esquecimento), propugna-se pela ampliação da discussão do tema a fim de se obter soluções adequadas, seja pelo advento de um regramento ou, inclusive, pela mudança de comportamento do indivíduo.

REFEFÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre a globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Tradução por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Davos, 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 04 jan. 2018.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo judicial, proteção de dados e soberania informativa. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, v. 1, 2007. 132 p.

GIACCHETTA, André Zonaro. MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no marco civil da internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

GONZAGA de SOUZA, Draiton; BAVARESCO, Agemir (Org.). **Direito e Filosofia I**. Porto Alegre: Letra & Vida, 2013. 111 p.

GUERRA, Gustavo Rabay. Direito à inviolabilidade e ao sigilo de comunicações privadas armazenadas: um grande salto rumo à proteção judicial da privacidade na rede. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O direito de estar só**: tutela penal de intimidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 95 p.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Globalização e Direito: O impacto da ordem mundial global sobre o direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 442 p.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, a. 5, n. 1153, 2014. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3376>. Acesso em: 24 jan. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 130 p.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 381 p.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. Revista eletrônica Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 1 nov. 2015.

SCHULZ, Markus S. Novas Mídias, mobilização transnacional e as reestruturações das esferas públicas. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v.7, n.2, p. 108-128, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados — Diretiva 95/46/CE — Artigos 2.°, 4.°, 12.° e 14.° — Âmbito de aplicação material e territorial — Motores de busca na Internet — Tratamento de dados contidos em sítios web — Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados — Responsabilidade do operador do motor de busca — Estabelecimento no território de um Estado-Membro — Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 7.° e 8.°. Processo nº C-131/12. Recorrentes: Google Spain SL e Google Inc. Recorridos: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. 23 f. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=269294>. Acesso em: 21 set. 2017.

WOLTON, Dominique. A globalização da informação. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, v.1, n.20, p. 21-25, 2003.

AUTONOMIA, DIREITO À INFORMAÇÃO E EXERCÍCIO DA LIBERDADE NA ESCOLHA DO PARTO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Roxanne Albanus
Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS;
R.albanus@hotmail.com

Resumo: No Brasil, os índices de partos cesarianos alcançam a taxa de 85% na rede particular, muito longe dos 15% recomendados pela OMS. Por outro lado, pesquisas demonstram que a maioria das gestantes prefere o parto normal. Esse trabalho buscou averiguar em que medida, na decisão pela escolha de parto, são respeitadas a liberdade e a autonomia das mulheres. A partir dos estudos analisados, concluiu-se que esses dois institutos não são reconhecidos de forma plena para um grande número de mulheres. A informação passada a elas parece ser deficiente, de forma que sua vontade restaria dirigida por terceiros, seu consentimento maculado ou inexistente e sua liberdade obstaculizada por razões não suficientes, significando um não reconhecimento desses indivíduos como fins em si mesmos ou sujeitos de direito.

Palavras-chave: autonomia, liberdade, direito à informação, parto.

1 Introdução

O número de partos cesarianos vem aumentando nos últimos anos no mundo todo (CARDOSO; BARBOSA, 2011, pg. 36), e o Brasil é o segundo país com o maior percentual desse tipo de procedimento (BRASIL, 2017). O serviço de saúde privada alcança a taxa de 85% (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 05), muito longe dos 15% recomendados pela Organização Mundial de Saúde. Tendo em vista esses dados, o mais lógico seria concluir que esse aumento se dá em virtude da vontade das mulheres; porém, estudos responsáveis por analisar a mulher e suas preferências pela via de parto, como os de Dias et al., Barbosa et al., e Verch, demonstraram que as mulheres gestantes, em sua maioria, preferem o parto normal. Essas pesquisas, para além de constatar esse desencontro entre a vontade inicial da gestante e o parto realizado, mostram que são as mulheres das camadas médias, teoricamente com mais informaç**ões e com maior "poder" de** decisão, que apresentam maior propensão para a ocorrência desse tipo de parto. Tais estudos apontam para existência de uma predisposição médica para a indicação da cesárea (CARDOSO; BARBOSA, 2012, pg. 37 e 45). Indicam que a decisão da mulher nessa escolha não tem a devida orientação e conhecimento, é uma deliberação induzida, que diminui a autonomia da mulher na escolha do tipo de parto (WEIDLE et al., 2014, pg. 53)de caráter exploratório, com abordagem quanti-qualitativa, ocorrida em quatro Unidades Básicas de Saúde (UBSs. Nesse cenário, no qual coloca-se em dúvida a mitigação de princípios tão caros a humanidade, buscou-se averiguar em que medida, na decisão pela escolha de parto, são respeitadas a liberdade e a autonomia dessas mulheres. Para essa averiguação, se utilizou de instrumentos jurídicos-filosóficos envolvidos no processo dessa tomada de decisão com a doutrina de autores modernos; e de dados técnicos/sociais colhidos em plataformas científicas como CAPES, Scielo, LILACS e Google Acadêmico sobre 'cesárea', 'autonomia', 'escolha parto', 'indicações de cesárea', e afins, e em órgãos de relevância como Ministério da Saúde e OMS.

2 Análise jusfilosófica

2.1 Conceito de liberdade

Conforme Berlin, liberdade é um termo com significado muito poroso[1], assim, nesse trabalho, é

[1] O autor diferencia dois de seus sentidos: negativo e positivo. O sentido positivo se relaciona com a resposta de: "qual ou quem é a referência de controle e interferência que pode determinar alguém a fazer ou ser isso ao invés daquilo? " Ou "por quem sou governado? ". É a "liberdade para" (BERLIN, 1969 pg. 03, 08).

referida a liberdade no sentido negativo. Esta tem por razão garantir a autonomia do indivíduo (CASARIN, 2008, pgs. 283 e 284) e se relaciona com a resposta de: "qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ser deixado para fazer ou ser o que ele é capaz de fazer ou ser sem interferência de outras pessoas? ". Trata-se da "liberdade de" (BERLIN, 1969 pg. 03 e 08). Nesse sentido, liberdade negativa, ou política, é a área em que cada um pode agir desobstruído por outros. Caso seja impedido por outras pessoas de fazer algo que eu poderia fazer, o indivíduo não tem liberdade nesse grau, e se, essa área é tida por outra pessoa além de um certo mínimo, posso estar sendo coagido, ou escravizado. A coerção implica na interferência deliberada de outros indivíduos em um âmbito no qual agiria de forma diversa. Há falta de liberdade se somos impedidos por outra pessoa de atingir um objetivo, se ela interfere nas nossas atividades. Se uma pessoa está sendo mantida em desejo num acordo que considera injusto ou desleal, podemos falar de escravidão econômica ou opressão. A opressão é desempenhada pelo outro, direta ou indiretamente, com ou sem intenção, em que meus desejos são frustrados (BERLIN, 1969 pg. 04). Os filósofos políticos quando se referiam a ser livre queriam dizer não sofrer a interferência dos outros: quanto maior o âmbito dessa não interferência, maior a minha liberdade[2] (BERLIN, 1969 pg. 04). Estabeleceu-se que essa área de ação livre deve ser limitada pela lei, e que deve existir uma área mínima de liberdade individual[3], a qual não deve ser violada; se ultrapassada, a pessoa vai se encontrar numa área muito estreita para o mínimo desenvolvimento de suas faculdades naturais (BERLIN, 1969, pg. 04). Não ter a escolha feita por outra pessoa, ser livre para escolher é o que nos faz humanos (BERLIN, 1969 apud ALEXY 2009, pg. 359). Tal princípio coincide com o direito universal do homem, formulado por Kant: dispor na medida mais ampla possível de iguais liberdades de ação subjetivas; e garante espaços de ação pra a defesa de interesses individuais, pois, segundo ele, os espaços de opção de sujeitos que agem livremente devem sofrer o mínimo de restrições por parte de mandamentos ou proibições (HABERMAS, 1997, pg. 136).

2.2 Restrição de liberdades: composição das liberdades

Conforme o direito romano-germânico, durante o século XIX, o direito privado era um campo fechado e autônomo, considerado o "império" da liberdade individual. A partir do século XX, reconhecida a supremacia da constituição, delimitou-se sua atuação (HABERMAS, 1997, pg. 132) (CACHAPUZ, 2006, pg. 100). Com o Estado social, não houve mudança sobre o pensamento da autonomia privada[4], o qual representa o direito a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos; porém, modificou-se os contextos sociais em que se deve realizar harmoniosamente a autonomia privada de cada um. Tais mudanças provocaram uma tomada de consciência que nos fazem interpretar a relação entre autonomia privada e cidadã no âmbito de referências recíprocas, e não mais num contexto de confronto (HABERMAS, 1997, pg. 133 e 137). Privilegiar juridicamente um "domínio intocável de configuração privada" significa apenas que qualquer restrição feita a um caso particular nesse domínio requer razões especialmente importantes (Alexy, 1985 apud HABERMAS, 1997, pg. 137 e 138). Nesse sentido, o que parece ser uma limitação é na verdade outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. A composição das liberdades

[2] Os filósofos políticos discordavam do quão grande deveria ser esse âmbito. Não poderá ser ilimitada, pois nessa situação, os homens poderiam ser limites interferir no âmbito uns dos outros (BERLIN, 1969, pg. 04).

[3] Especialmente por Locke, Mill, Constant e Tocquevilee (BERLIN, 1969, pg. 04).

[4] Nesse contexto, Raiser passou a falar em "esferas" ou domínios de ação, em que o teor público seria inversamente proporcional a intensidade da proteção jurídica individual acordada. Separou uma esfera da vida rigorosamente privada, em que se situa a esfera íntima do domicilio, da família, da vida social, de uma esfera privada em sentido amplo, que se determina por interesses de grupos tipificados (HABERMAS, 1997, pg. 135). Criou também a esfera social, na qual tem-se as estruturas de papel econômico e social, como associações (HABERMAS, 1997, pg. 135). Contudo, tal teoria não parece correta, pois o fundamento para a restrição de liberdades fundamentais clássicas não são princípios jurídicos que busquem a promoção de justiça social, e sim critérios de uma correta distribuição de iguais direitos de liberdade para as diversas pessoas. (CACHAPUZ, 2006, pg. 103). Nesse sentido, Arendt, ao analisar a questão da divisão das esferas pública e privada, parte do ponto de vista da "priatividade", e não do "corpo político" como Raiser (ARENDT, 2007, pg. 82), pois na modernidade, em uma dimensão subjetiva das liberdades individuais, a diferença entre esses dois espaços só pode estar no que deve ser mostrado e o que deve ser ocultado (CACHAPUZ, 2006, pg. 104). Assim, o critério de separação do público e do privado no mundo jurídico só pode ser utilizado caso "se propõe resolver, frente ao caso concreto, a conformação de liberdades subjetivas" (CACHAPUZ, 2006, pg. 104). No espaço público e privado, não existam diferentes critérios para a valoração de um direito de liberdade, pelo contrário: "Em ambos o valor da liberdade pode atingir o mesmo grau de relevância. Mas porque constituem espaços distintos de manifestação da experiência humana, e enquanto tal, exigem experiências de tutela jurídica também distintas" (CACHAPUZ, 2006, pg. 106).

individuais se dá ao identificar a liberdade subjetiva de cada um, permitindo-se pela visualização de uma esfera mais reservada desses (CACHAPUZ, 2006, pg. 104). Ou seja, para restringir liberdades é necessário uma integração das liberdades individuais em sociedade "de forma que os indivíduos possam compartilhar o espaço de convivência publica com equilíbrio, pela possibilidade de manifestação equivalente de direitos fundamentais reconhecido a todos" (CACHAPUZ, 2006, pg. 107). Nesse sentido, sobre a questão kantiana da existência dos homens, Arendt cita que existe o homem enquanto ser moral e um fim em si mesmo; e os homens no plural. Estes "estão no centro de nossas considerações e cujo " fim" verdadeiro [...] é a sociabilidade" (ARENDT, 1993, pg. 37).

2.3 Direito geral de liberdade

A integração de liberdades entre os indivíduos necessita do atendimento de uma concepção do direito geral de liberdade. Tal conceito pressupõe que liberdade e dignidade andem juntas, como "estruturas garantidoras de direitos fundamentais, e não como princípios que possam se opor", ele exige que a liberdade negativa seja condição necessária, ainda que não suficiente, à dignidade humana[5] (CACHAPUZ, 2006, pg. 107). Esse pensamento leva as lições de Kant, que "revelam a própria dignidade como fim na perspectiva de análise do homem" (CACHAPUZ, 2006, pg. 107)Sob a ótica alemã, o direito geral de liberdade significa que toda ação (um fazer ou um não fazer) é permitida, a não ser que seja proibida por meio de uma norma jurídica formal e materialmente compatível com a constituição (ALEXY, 2009, pg. 347). Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, "quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos"(BVerfGE 20, 150 apud ALEXY, 2009, pg. 349). Ou seja, não se inclui a liberdade de ação pura e simples no sopesamento[6], mas a liberdade valorada como elementar (ALEXY, 2009, pg. 350). Para um aumento na intensidade a afetação da liberdade[7] é exigido que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente (ALEXY, 2009, pg. 352). E essa intensidade afetação é analisada com base na fonte jurídico-positiva mais geral de critérios substanciais: norma da dignidade humana. (ALEXY, 2009, pg. 354). Para definir o conteúdo e a extensão do direito geral de liberdade, a luz do Tribunal Constitucional Federal alemão, deve-se levar em conta que a norma da dignidade da pessoa humana é inviolável e exige respeito e proteção perante todos os poderes estatais (ALEXY, 2009, pg. 354).

2.4 Dignidade da pessoa humana e liberdade negativa

Se quer dizer que é não é possível a dignidade humana em sentindo juridicamente relevante sem a liberdade jurídica negativa (ALEXY, 2009, pg. 357), e a dignidade humana está associada a liberdade do vinculado a uma comunidade. A liberdade negativa, como princípio significa que o indivíduo é livre para fazer ou deixa de fazer o que quer, contanto que inexistam razões suficientes, como direitos de terceiros, ou interesses coletivos, que justifiquem uma restrição na liberdade negativa[8]. E por isso, ele permite "considerar em toda sua plenitude a vinculação do indivíduo a comunidade" (ALEXY, 2009, pg. 358). Conforme Alexy: "o

---

[5] A indicação da norma dignidade da pessoa humana não substitui o princípio da liberdade negativa último, ao contrário, há uma complementação desse pelos princípios materiais decorrentes dessa dignidade (ALEXY, 2009, pg. 355).

[6] Como princípio, tudo que afetar negativamente sua realização pode ser objeto de um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2009, pg. 352).

[7] O direito de liberdade é sopesado com o dever de solidariedade social, no sentido de que não podemos conceber o indivíduo como um *homo clausus*, conforme Elias, citado por Morais. Não significa limitar a liberdade individual, e dar mais relevância a solidariedade: o princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana. A medida de ponderação para sua tutela propende ora para a liberdade, ora para solidariedade. A imposição da solidariedade excessiva anula a liberdade, e a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade (MORAIS, 2003, pg. 108).Quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares, "regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade" (MORAIS, 2003, pg. 108).

[8] Conforme o Tribunal: "O indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas [...] com objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência pessoa seja preservada" (BVerfGE 4, 7 (16) apud ALEXY, 2009, pg. 357).

princípio da liberdade negativa pode basear-se, em toda sua amplitude, no princípio da dignidade humana". Ele apenas expressa uma das condições para a garantia da dignidade humana (ALEXY, 2009, pg. 358). E o qual é o conteúdo da norma da dignidade da pessoa humana[9]? Para o Tribunal Constitucional alemão, a norma da dignidade humana está:

> Baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. A constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado" (BVerfGE 45, 187 apud ALEXY, 2009, pg. 356).

Do o princípio da dignidade humana decorrem outros princípios materiais, os quais se referem a "condições substanciais de cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana" (ALEXY, 2009, pg. 359). Entre eles, existem os "que tem como objetivo a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao indivíduo um direito prima facie à sua autorrepresentação em face os outros indivíduos" (ALEXY, 2009, pg. 359). Porém, os aspectos substanciais desses princípios materiais não suplantam o aspecto formal da liberdade negativa; e sim, coexistem, pois a liberdade negativa "é uma razão independente para a proteção de direitos fundamentais porque é um valor em si mesma" (ALEXY, 2009, pg. 359).

2.5 Conceito de autonomia

No direito privado, o status de sujeito livre e autônomo se constitui pelo conjunto dos direitos resultantes da configuração do princípio da liberdade jurídica (HABERMAS, 1997, pg. 137). O conceito de autonomia é mais amplo que um direito geral de liberdade do indivíduo (CACHAPUZ, 2017, pg. 754): liberdade subjetiva é a vontade determinada por máximas da prudência, pelas preferencias ou motivos racionais que um determinado indivíduo tem- assim, algumas pessoas podem gozar de mais liberdades do que outras. Já a autonomia não é compreendida como algo individual, nela, "a vontade de se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização". É um conceito que só se evidencia de modo completo dentro de uma estrutura de intersubjetivista (HABERMAS, 2007, pg. 13). Para que o indivíduo participe do discurso jurídico é necessário não apenas a verificação de pressupostos de liberdade em sociedade pelas decisões tomadas de maneira ampla, mas sim que se reconheça autonomia a ele, pois, pelo menos potencialmente, há o reconhecimento intersubjetivo de que tratamos uns aos outros como fins em si mesmos (CACHAPUZ, 2017, pg. 755). A autonomia privada, no sentido de direito universal a liberdade, implica um direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade[10] do conteúdo do direito (HABERMAS, 1997, pg. 138). Assim, "uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente." (HABERMAS, 2007, pg. 13).

3 Mundo dos fatos

3.1 Indicações para a cesárea e porcentagem esperada pela OMS e MS

Até metade do século XIX, o parto era um evento doméstico praticado exclusivamente por parteiras;

---

[9] Alexy cita que "o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida" (ALEXY, 2009, pg. 355). Sobre tais condições incidirão consenso e dissenso. É plenamente consensual que não se garante a dignidade humana quando uma pessoa é humilhada, e há controvérsias, sobre se o desemprego duradouro de alguém que queria trabalhar viola a dignidade humana. Porém, esses feixes não se diferenciam completamente, "muitos divergem alguns pontos e convergem em outros, e com frequência as diferenças dizem respeito apenas ao peso dado a algumas das condições dentro de um mesmo feixe". E, para além disso, existem fórmulas genéricas que alcançam um amplo consenso, como "o ser humano não pode ser transformado em mero objeto" (ALEXY, 2009, pg. 355).

[10] Conforme Habermas: "se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao status quo ante, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio" (HABERMAS, 1997, pg. 138).

após desenvolvimento da ginecologia e da obstetrícia, passou a ser de âmbito social e de domínio médico[11] (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 09). Nesse cenário, a cesárea é utilizável para salvar a vida da mãe e/ou do bebê nas situações em que houver complicações (CRISTINA; VAZ, 2003, 1612), e como qualquer procedimento cirúrgico, não é isento de riscos[12]: quando comparada ao parto normal, ela está associada a maior mortalidade materna - taxas aproximadamente quatro a cinco vezes maiores (AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010, pg. 460)aproximadamente quatro a cinco vezes maiores que o parto vaginal, está também associado ao aumento da morbidade e mortalidade perinatal. Assim, a decisão para realização de uma cesariana deve ser criteriosa e discutida com a paciente. Realizou-se uma revisão da literatura em busca das melhores evidências disponíveis sobre indicações de cesariana. Foram abordadas algumas indicações, como placenta prévia, descolamento prematuro de placenta, vasa prévia, placenta acreta, infecção por HIV, herpes genital, hepatites e por HPV, condiloma genital, gestação múltipla, prolapso do cordão umbilical, distensão segmentar e ruptura uterina. Observou-se que a cesariana está formalmente indicada em algumas situações particulares, como na placenta prévia total. Em outros casos, pode haver indicação de cesárea intraparto, porém situações como HPV e gemelaridade não representam per se indicações de cesárea. Quando essas são relativas, tanto a mulher como seus familiares devem ser informados, e sua opinião deve ser considerada antes de se decidir pela realização da cesárea. Abstract The increasing rate of unnecessary cesareans is a world preoccupation. Studies demonstrated that fetal benefits by cesarean are small, and the procedure is associated with higher rates of maternal death, 4-5-fold greater in relation with vaginal delivery, and increased perinatal morbidity and mortality. Indeed, the decision for a cesarean delivery should be rigorous and discussed with the patient. A literature review was performed searching the best current evidences evaluable. Indications for cesarean section were analyzed such as placenta praevia, abruptio placentae, vasa praevia, accretism, HIV infection, genital herpes, hepatitis, HPV and condiloma, multiple pregnancy, umbilical cord prolapse, distension and rupture uterine. In special circumstances like total placenta praevia an elective cesarean section is indicated. In other cases, an intrapartum cesarean section should be performed but situations like HPV and multiple pregnancy are not considered indications for cesarean per se. When relative indications for cesarean are present, both women and her family should be informed and their opinion considered when deciding for an operative d…”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Amorim”,”given”:”Melania Maria Ramos”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Souza”,”giv en”:”Alex Sandro Rolland”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”fa mily”:”Porto”,”given”:”Ana Maria Feitosa”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”container-title”:”Femina”,”id”:”ITEM-1”,”issue”:”9”,”issued”:{“date-parts”:[[“2010”]]},”page”:”459-468”,”title”:”Indicações de cesariana baseadas em evidências: parte II”,”type”:”article-journal”,”volume”:”38”},”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=8decbd9b-9839-40c1-8c5b-2bf01b97f530”]}],”mendeley”:{“formattedCitat ion”:”(AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010, e também ao aumento da morbimortalidade materna e infantil[13] (BARBOSA et al., 2003, pg. 1612). Ao analisar as principais indicações de cesáreas[14], Amorim, Souza e Porto concluíram que em nenhuma dessas situações existe indicação absoluta de cesariana e que deve se dar preferência à realização da cesariana, quando indicada, durante o trabalho de parto. Outra revisão do mesmo grupo, para

[11] O nascimento e seus protagonistas foram resinificados: de um acontecimento fisiológico, transformou-se em um evento científico: separou-se o corpo do sujeito e de suas dimensões emocionais, morais, psicológicas, religiosas. O parto foi enquadrado como um fato patológico e perigoso, o que justificou e justifica sua medicalização e tecnologização e da gestação, desde indicações de complexos vitamínicos até o nascimento através da cirurgia (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 09 e 10). Na década de 60, o movimento feminista reconheceu como a “tradução social da função reprodutora como um ponto nevrálgico sobre o qual se assenta a opressão feminina” (CRISTINA; VAZ, 2003, pg. 1613). Nesse sentido, a liberdade para o exercício da sexualidade e reprodução é fundamental para emancipação feminina (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 22) e o parto constitui um espaço de luta de poder entre as mulheres e a ordem médica, essa luta é pelo controle sobre o corpo, a sexualidade e a emoção do evento (BARBOSA et al., 2003, pg. 1613).

[12] Podem decorrer da cesárea: “complicações anestésicas, acidentes operatórios e problemas relacionados à transfusão de sangue” e problemas “com os recém-nascidos, devido à fragilidade física que acarretam, assim como no comprometimento da relação mãe-filho” (MORAES, M. S. & GOLDENBERG apud WEIDLE et al., 2014, pg. 47)de caráter exploratório, com abordagem quanti-qualitativa, ocorrida em quatro Unidades Básicas de Saúde (UBSs.

[13] Também o Ministério da Saúde assevera que ela afeta também outros aspectos, como o futuro reprodutivo da mulher e possíveis repercussões de longo prazo na criança (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 18).

[14] Indicações analisadas no primeiro estudo: distocia ou falha na progressão do parto, desproporção cefalopélvica, má posição fetal nas variedades de posição posteriores e transversas persistentes, apresentação pélvica, de face e córmica, cesárea anterior, frequência cardíaca fetal não-tranquilizadora, presença de mecônio e centralização fetal.

outras indicações recorrentes de cesárea,[15] concluiu que ela é indicada em algumas situações particulares, como na placenta prévia total[16] (AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010a, pg. 421 e 459)aproximadamente quatro a cinco vezes maiores que o parto vaginal, está também associado ao aumento da morbidade e mortalidade perinatal. Assim, a decisão para realização de uma cesariana deve ser criteriosa e discutida com a paciente. Realizou-se uma revisão da literatura em busca das melhores evidências disponíveis sobre indicações de cesariana. Foram abordadas algumas indicações, como placenta prévia, descolamento prematuro de placenta, vasa prévia, placenta acreta, infecção por HIV, herpes genital, hepatites e por HPV, condiloma genital, gestação múltipla, prolapso do cordão umbilical, distensão segmentar e ruptura uterina. Observou-se que a cesariana está formalmente indicada em algumas situações particulares, como na placenta prévia total. Em outros casos, pode haver indicação de cesárea intraparto, porém situações como HPV e gemelaridade não representam per se indicações de cesárea. Quando essas são relativas, tanto a mulher como seus familiares devem ser informados, e sua opinião deve ser considerada antes de se decidir pela realização da cesárea. Abstract The increasing rate of unnecessary cesareans is a world preoccupation. Studies demonstrated that fetal benefits by cesarean are small, and the procedure is associated with higher rates of maternal death, 4-5-fold greater in relation with vaginal delivery, and increased perinatal morbidity and mortality. Indeed, the decision for a cesarean delivery should be rigorous and discussed with the patient. A literature review was performed searching the best current evidences evaluable. Indications for cesarean section were analyzed such as placenta praevia, abruptio placentae, vasa praevia, accretism, HIV infection, genital herpes, hepatitis, HPV and condiloma, multiple pregnancy, umbilical cord prolapse, distension and rupture uterine. In special circumstances like total placenta praevia an elective cesarean section is indicated. In other cases, an intrapartum cesarean section should be performed but situations like HPV and multiple pregnancy are not considered indications for cesarean per se. When relative indications for cesarean are present, both women and her family should be informed and their opinion considered when deciding for an operative d…”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Amorim”,”given”:”Melania Maria Ramos”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Souza”,”given”:”Alex Sandro Rolland”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Porto”,”given”:”Ana Maria Feitosa”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”container-title”:”Femina”,”id”:”ITEM-1”,”issue”:”9”,”issued”:{“date-parts”:[[“2010”]]},”page”:”459-468”,”title”:”Indicações de cesariana baseadas em evidências: parte II”,”type”:”article-journal”,”volume”:”38”},”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=8decbd9b-9839-40c1-8c5b-2bf01b97f530”]}],”mendeley”:

[15] Indicações analisadas no segundo estudo: placenta prévia, descolamento prematuro de placenta, vasa prévia, placenta acreta, infecção por HIV, herpes genital, hepatites e por HPV, condiloma genital, gestação múltipla, prolapso do cordão umbilical, distensão segmentar e ruptura uterina.

[16] Em outros casos, pode haver indicação de cesárea intraparto, porém situações como HPV e gemelaridade não representam per se indicações de cesárea (AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010a, pg. 459)aproximadamente quatro a cinco vezes maiores que o parto vaginal, está também associado ao aumento da morbidade e mortalidade perinatal. Assim, a decisão para realização de uma cesariana deve ser criteriosa e discutida com a paciente. Realizou-se uma revisão da literatura em busca das melhores evidências disponíveis sobre indicações de cesariana. Foram abordadas algumas indicações, como placenta prévia, descolamento prematuro de placenta, vasa prévia, placenta acreta, infecção por HIV, herpes genital, hepatites e por HPV, condiloma genital, gestação múltipla, prolapso do cordão umbilical, distensão segmentar e ruptura uterina. Observou-se que a cesariana está formalmente indicada em algumas situações particulares, como na placenta prévia total. Em outros casos, pode haver indicação de cesárea intraparto, porém situações como HPV e gemelaridade não representam per se indicações de cesárea. Quando essas são relativas, tanto a mulher como seus familiares devem ser informados, e sua opinião deve ser considerada antes de se decidir pela realização da cesárea. Abstract The increasing rate of unnecessary cesareans is a world preoccupation. Studies demonstrated that fetal benefits by cesarean are small, and the procedure is associated with higher rates of maternal death, 4-5-fold greater in relation with vaginal delivery, and increased perinatal morbidity and mortality. Indeed, the decision for a cesarean delivery should be rigorous and discussed with the patient. A literature review was performed searching the best current evidences evaluable. Indications for cesarean section were analyzed such as placenta praevia, abruptio placentae, vasa praevia, accretism, HIV infection, genital herpes, hepatitis, HPV and condiloma, multiple pregnancy, umbilical cord prolapse, distension and rupture uterine. In special circumstances like total placenta praevia an elective cesarean section is indicated. In other cases, an intrapartum cesarean section should be performed but situations like HPV and multiple pregnancy are not considered indications for cesarean per se. When relative indications for cesarean are present, both women and her family should be informed and their opinion considered when deciding for an operative d…”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Amorim”,”given”:”Melania Maria Ramos”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Souza”,”given”:”Alex Sandro Rolland”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Porto”,”given”:”Ana Maria Feitosa”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”container-title”:”Femina”,”id”:”ITEM-1”,”issue”:”9”,”issued”:{“date-parts”:[[“2010”]]},”page”:”459-468”,”title”:”Indicações de cesariana baseadas em evidências: parte II”,”type”:”article-journal”,”volume”:”38”},”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=8decbd9b-9839-40c1-8c5b-2bf01b97f530”]}],”mendeley”:{“formattedCitation”:”(AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010.

{“formattedCitation”:”(AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010. No mesmo sentido, o Ministério da Saúde estabelece apenas duas situações particulares de indicação da cesárea[17]: placenta prévia total ou parcial e o caso de acretismo placentário. O órgão também asseverou que ela é “frequentemente utilizada de forma desnecessária em nosso meio, sem razões médicas que as justifiquem” (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 37 e 17). E Diniz e Duarte citam a existência de indicações discutíveis, em que os médicos superestimam os riscos e indicam a cirurgia[18](DINIZ, SIMONE GRILO PARTO; DUARTE, 2004, pg. 118).

Sobre a porcentagem esperada, desde de 1985, a comunidade internacional considera a taxa ideal de cesariana entre 10% e 15%. Em 2014, a OMS fez uma revisão sistemática sobre a percentual ideal de cesáreas para um país ou população e concluíram que: 1) taxas de cesárea maiores que 10% não estão associadas com redução de mortalidade materna e neonatal; 2) devem se concentrar os esforços em garantir que cesáreas sejam feitas nos casos em que são necessárias, em vez de buscar atingir uma taxa específica (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2015, pg. 01 e 04). Com base neste estudo da OMS, o Ministério da Saúde estimou a taxa de referência para nossa população ao redor de 29%, considerando as características da população obstétrica brasileira, identificada hoje por um elevado número de mulheres com cesáreas prévias[19] (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 17).

3.2 Preferência das mulheres

Ao observar o baixo percentual de cesáreas recomendado pela OMS e MS, o pequeno número de indicações médicas para a cirurgia e as altíssimas taxas brasileiras, seria presumível que a maioria das cesárias são baseadas na vontade das mulheres, de que a grande parte seria formada por cesáreas “a pedido”.

---

[17] Tal qual o estudo de Amorim, Souza e Porto, também apresentam outras situações, como *hepatite C*, que sozinhas não caracterizam uma indicação absoluta (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 17).

[18] Como exemplo citam: circular de cordão, bolsa rota, parto prolongado, falta de dilatação, passou de quarenta semanas, pressão alta, bacia muito estreita, bebê muito grande, cesárea prévia, entre outros (DINIZ, SIMONE GRILO PARTO; DUARTE, 2004, pg. 118).

[19] Deve-se esclarecer: o órgão recomenda o trabalho de parto e parto vaginal em mulheres com cesariana prévia para a maioria das situações, mas as mulheres com três ou mais cesáreas anteriores devem ser esclarecidas de que há aumento do risco de ruptura uterina com o parto vaginal, e esse risco deve ser pesado contra os riscos de se repetir o procedimento cirúrgico. E o trabalho de parto e parto vaginal não é recomendado para mulheres com cicatriz uterina longitudinal de cesariana anterior (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 54). Amorim, Souza e Porto, dizem que esse o parto vaginal nesses casos ainda é questionado pelos obstetras, em virtude do risco de ruptura uterina, porém adverte que a literatura, sugere que deva ser tentado, pois apresenta uma taxa de sucesso de 70% e baixa incidência de ruptura uterina (AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010[a], pg. 421)aproximadamente quatro a cinco vezes maiores que o parto vaginal, está também associado ao aumento da morbidade e mortalidade perinatal. Assim, a decisão para realização de uma cesariana deve ser criteriosa e discutida com a paciente. Realizou-se uma revisão da literatura em busca das melhores evidências disponíveis sobre indicações de cesariana. Foram abordadas algumas indicações, como placenta prévia, descolamento prematuro de placenta, vasa prévia, placenta acreta, infecção por HIV, herpes genital, hepatites e por HPV, condiloma genital, gestação múltipla, prolapso do cordão umbilical, distensão segmentar e ruptura uterina. Observou-se que a cesariana está formalmente indicada em algumas situações particulares, como na placenta prévia total. Em outros casos, pode haver indicação de cesárea intraparto, porém situações como HPV e gemelaridade não representam per se indicações de cesárea. Quando essas são relativas, tanto a mulher como seus familiares devem ser informados, e sua opinião deve ser considerada antes de se decidir pela realização da cesárea. Abstract The increasing rate of unnecessary cesareans is a world preoccupation. Studies demonstrated that fetal benefits by cesarean are small, and the procedure is associated with higher rates of maternal death, 4-5-fold greater in relation with vaginal delivery, and increased perinatal morbidity and mortality. Indeed, the decision for a cesarean delivery should be rigorous and discussed with the patient. A literature review was performed searching the best current evidences evaluable. Indications for cesarean section were analyzed such as placenta praevia, abruptio placentae, vasa praevia, accretism, HIV infection, genital herpes, hepatitis, HPV and condiloma, multiple pregnancy, umbilical cord prolapse, distension and rupture uterine. In special circumstances like total placenta praevia an elective cesarean section is indicated. In other cases, an intrapartum cesarean section should be performed but situations like HPV and multiple pregnancy are not considered indications for cesarean per se. When relative indications for cesarean are present, both women and her family should be informed and their opinion considered when deciding for an operative d…”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Amorim”,”given”:”Melania Maria Ramos”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Souza”,”given”:”Alex Sandro Rolland”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””},{“dropping-particle”:””,”family”:”Porto”,”given”:”Ana Maria Feitosa”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”container-title”:”Femina”,”id”:”ITEM-1”,”issue”:”9”,”issued”:{“date-parts”:[[“2010”]]},”page”:”459-468”,”title”:”Indicações de cesariana baseadas em evidências: parte II”,”type”:”article-journal”,”volume”:”38”},”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=8decbd9b-9839-40c1-8c5b-2bf01b97f530”]}],”mendeley”:{“formattedCitation”:”(AMORIM; SOUZA; PORTO, 2010.

Por isso, passa-se a análise das pesquisas de preferência.

No estudo de Dias et al.,[20] conquanto 70% das entrevistadas no início da gestação não tivesse preferência pela cesárea[21], e 80% das primíparas, 90% a realizaram![22] (DIAS et al., 2008, pg. 1521 e 1530). No final da gestação, cerca de 70%[23] disseram já haver decisão pelo parto cesáreo, e durante a internação de parto, essa concordância se transformou em 90% (DIAS et al., 2008, pg. 1526 e 1532). Do total de partos cesáreo, 37,1% acontecerem em virtude da escolha da mulher, e as demais por indicação médica ou decisão conjunta (DIAS et al., 2008, pg. 1527).

A pesquisa de Barbosa et al.[24] averiguou que 75,6% das mulheres não queriam que seus partos fossem cesáreos. Somente 17% o solicitaram e, dessas, cerca de 75% pediram durante o trabalho de parto. Constatou-se que a maioria absoluta (82,9%) não pediu para fazer cesárea, e que a maioria dos partos cesáreos não foi feito "a pedido". Das que pediram a cesárea, a maioria absoluta (77,8%) solicitou durante o trabalho de parto (BARBOSA et al., 2003, pg. 1611 e 1618).

O estudo de Pesquisa de Verch[25] identificou que, conforme Barbosa et al., Fagúndes et al. e Ferrari, a maioria das gestantes prefere o parto normal[26], de modo a afastar a hipótese muito utilizada por obstetras de que é a vontade feminina o motivo da elevada taxa de parto cesarianos. Afirmou que há indícios de que as gestantes com maior número de consultas pré-natais têm os maiores índices de cesárea[27], independentemente do risco obstétrico das suas gestações, conforme Tedesco et al., Queiroz et al., e Pires et al., e que as altas taxas de cesárea não ocorrem por causa da vontade da parturiente, e nem por causa dos benefícios para sua saúde (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 29, 33 e 45), e sim "por negligências, imposições e coações dos serviços médicos, ou mesmo pela assimetria de saber" (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 46). Concluiu que as usuárias dos planos privados são convencidas pelos seus médicos ao longo das consultas pré-natais a fazer cesarianas em detrimento de sua preferência inicial, e, nesse cenário, como uma forma de "burlar" o desrespeito para com a mulher, outras mulheres retornam ao domicílio para ter seus filhos (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 45).

3.3 Práticas médicas e o mito da cesárea

Conforme Cardoso e Barbosa, estudos apontam justificativas duvidosas para a realização da cesárea e a existência de uma predisposição médica para sua indicação. Motivos como a relação de confiança construída ao longo do pré-natal e o medo da ocorrência do fato negativo favorecem sua aceitação (CARDOSO; BARBOSA, 2011, 45). Nesse estudo, a maioria das entrevistadas relatou saber da dificuldade de encontrar obstetras "vaginalistas" nos planos de saúde[28], e mesmo depois da experiência da cesárea, a maioria disse

[20] Realizado com 437 puérperas, avaliou fatores associados a decisão do parto cesáreo no início, ao longo da gestação e no momento do parto em duas unidades de sistema de saúde suplementar do Estado do Rio de janeiro, nas quais há uma significativa diferença socioeconômica da clientela.

[21] No início da gestação, mais de 36% das mulheres da unidade mais rica, e 32,8% da outra manifestaram preferência pela cesárea; e 44,9% e 52,4% pelo parto normal, e as demais não apresentaram clara preferência (DIAS et al., 2008, pg. 1526).

[22] Nesse sentido, segundo Dias et al., a pesquisa feita por Potter et al constatou-se a preferência em torno de 70/80% pelo parto normal, no serviço público e no privado. Nesse estudo, as usuárias de serviço privado de saúde tiveram mais do que o dobro de PC, principalmente por cirurgias eletivas e/ou deliberadas nas primeiras horas após admissão hospitalar (DIAS et al., 2008, pg. 1521).

[23] O mesmo percentual que no início não tinha preferência pela cesárea.

[24] Estudo realizado com 909 puérperas em duas maternidades do Rio de Janeiro (uma pública e outra conveniada com o SUS).

[25] A pesquisa analisou 53 artigos sobre a assistência à gestação e ao parto e/ou as percepções femininas sobre o atendimento recebido, publicados no banco de dados da ScIELO.

[26] Nesse segmento, a pesquisa feita com 85 gestantes e com 11 médicos obstetras na rede pública de saúde concluiu que 74,1% das gestantes manifestaram preferência pelo parto normal (LEGUIZAMON JUNIOR; STEFFANI; BONAMIGO, 2013, pg. 509 e 510)o respeito à autonomia das gestantes e as indicações mé-dicas parecem ter contribuído para o aumento do número de cesarianas. Neste contexto, o objetivo desta pesquisa foi identificar a expectativa de gestantes e médicos obstetras quanto à via de parto. A maioria das gestantes (74,1%)

[27] Fato estranho: quem realiza o pré-natal de forma correta tende a ter menos riscos e imprevistos no trabalho de parto (VERCH; DIREITOS, 2013, pg. 34).

[28] Muitas mulheres optam por médicos particulares por causa dessa dificuldade, porém essa é uma alternativa muito cara, que

que continuaria com os mesmos obstetras em uma nova gestação, fato que, segundo a pesquisa, parece estar relacionado à convicção de que outros médicos agem da mesma forma. Do ponto de vista dos profissionais, segundo a pesquisa, a cirurgia oferece melhor resultado financeiro, menos tempo gasto, mais produtividade, menor desgaste e eliminação de surpresas (CARDOSO; BARBOSA, 2011, 43, 27 e 39). Para Diniz e Duarte, grande parte dos obstetras são formada por um modelo intervencionista (DINIZ; DUARTE, 2004, pg. 19). Segundo o Ministério da Saúde, as causas do uso excessivo do PC no Brasil incluem a centralização no exercício individual de obstetras, e não no atendimento multidisciplinar e de equipe; as características socioculturais; as características da assistência pré-natal, que normalmente não prepara as mulheres para o parto de forma adequada (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, 2016, pg. 18).

A maioria dessas afirmativas parecem ser corroboradas pelos estudos analisados. Na pesquisa de Dias et al., 91,8% dos partos com registro tiveram indicações inadequadas e apenas 8,2% adequadas – fato dado pela falta do trabalho de parto nos casos de indicações relativas. Sobre o manejo de parto, 64,9% das mulheres tiveram trabalho de parto inadequado, 10,4% parcialmente e nenhum adequado - por causa da baixa utilização das práticas benéficas para a assistência ao trabalho de parto, e o uso das prejudiciais pela OMS. O intervalo de tempo registrado entre a internação e o parto foi muito curto[29]; 92% dos partos cesáreos foram realizadas eletivamente, antes de entrar-se em trabalho de parto, e as principais indicações registradas foram relativas[30], nas quais a informação pode influenciar a decisão (DIAS et al., 2008, pg. 1529, 1527, 1531 e 1532). No estudo de Pires et al., revelou-se a falta de informações adequadas durante o pré-natal e o incentivo da cesárea sem uma indicação clara (PIRES et al., 2010, pg. 194 e 196). Um dos motivos recorrentes nas pesquisas aqui vistas, como a de Barbosa é o medo da dor no parto normal (BARBOSA et al., 2003, pg.1613); porém, os estudos não confirmam que as mulheres tenham menos dor com a cesárea do que com o parto normal, ocorre que na maioria das maternidades brasileiras, sucedem-se diversas práticas condenadas pela OMS, ou a utilização de práticas de maneira inadequada[31] (DINIZ, SIMONE GRILO; DUARTE, 2004, pg. 22 e 36).

4 Análise jurídica

4.1 Autonomia da vontade e boa-fé

Toda relação obrigacional é condicionada a princípios gerais, entre eles, a autonomia da vontade e a boa-fé (SILVA, 2006, pg. 23). Esses dois princípios são completamente inter-relacionados. No mesmo sentido jusfilosófico, a autonomia da vontade é o espaço das vontades dado ao particular, significativo para o mundo jurídico[32], o espaço de atuação do indivíduo que não é rechaçado pelo jurídico, que ficou às pessoas (MIRANDA, 2012, pg. 109). A autonomia é a possibilidade não limitada[33] que os particulares têm para dinamizar sua via em sociedade, e liberdade para concluir um negócio jurídico é a faculdade que cada um tem de decidir se vai realizar e com quem (SILVA, 2006, pg. 24-26). Como a primeira é o exercício da última, a autonomia da vontade deriva do direito fundamental à liberdade, previsto no art. 5º, caput, da CF. E no direito à saúde, especificamente, ela se manifesta por meio da sua autodeterminação, "com o poder de tomar

---

pouquíssimas gestantes tem acesso (CARDOSO; BARBOSA, 2011, 43).

[29] Em relação as cesarianas decididas após a internação, conforme Kalish et al, o perfil do médico assistente é o principal fator para decisão. (DIAS et al., 2008, pg. 1527).

[30] Quando decidido pela mulher, os motivos principais foram desejo de ligar as trompas, não querer sentir a dor e a cesariana anterior; e quando foi exclusiva do médico ou em conjunto, foram indicações relativas (DIAS et al., 2008, pg. 1527).

[31] As práticas assistenciais condenadas ou não indicadas pela OMS, para além de violarem direitos de personalidade das mulheres, explicam o medo da dor do parto normal (DIAS et al., 2008, pg. 1531). Assim, a decisão por esse motivo, um dos grandes motivos citados, se baseia pela prática de atos visivelmente contra sua dignidade humana, integridade física e intimidade. Mudar as práticas assistenciais com a utilização de outros profissionais, como obstetras e doulas é uma solução apresentada (DIAS et al., 2008, pg. 1533). Porém, embora pareça melhorar as condições para a garantia da autonomia, não enfrenta o problema do reconhecimento social da autonomia e do direito de liberdade das mulheres frente aos médicos, ou por si: não considera que o problema mais profundo está de não considerar o ser humano como um fim em si mesmo.

[32] Como explica Pontes, autonomia da vontade é a possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático bastantes para tornar atos humanos (a vontade) jurídico (MIRANDA, 2012, pg. 110).

[33] Eles se vinculam-se a partir da vontade, constituem e determinam o conteúdo do negócio jurídico, mas a atividade individual está sob vigilância do Estado (SILVA, 2006, pg. 24-26).

decisões e exercitar sua liberdade de escolha no que diz respeito às questões que envolvem seu corpo e sua vida" (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 94 e 95).

4.2 Direito à informação e consentimento informado

O princípio da boa-fé é o preceito de "conduta esperada e leal" (MARQUES, 2004, pg. 04), "consideração para com o alter" (SILVA, 2006, pg. 33). Oriundo desse mandamento, está o direito/dever à informação ou de esclarecimento, que obriga as partes desde a fase preliminar a informarem-se mutuamente de todos os aspectos importantes, conforme os padrões de conduta prevalecentes, para realização do negócio jurídico (NORONHA, 2013, pg. 104). Do ponto de vista das obrigações do médico, tal dever desempenha papel fundamental: de acordo com a doutrina alemã citada por Marques[34], espera-se que o médico informe o paciente clara e suficientemente sobre o serviço prestado durante toda a relação jurídica, e na fase prévia, alerte e aconselhe para obtenção do consentimento informado válido e eficaz do paciente (MARQUES, 2004, pg. 05).

Consentimento informado é o processo de comunicação[35] entre médico e paciente no qual se desenvolve o dever de informar, confirmar o esclarecimento e obter consentimento do paciente necessário para qualquer intervenção médica. Conforme João Vaz Rodrigues, citado por Ligiera e Gozzo, tal processo é necessário para que o paciente consiga tomar uma posição racional para que autorize ou tolere o exercício médico[36] (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 105 e 100), e só é eficaz quando o paciente souber a que tratamento ele deu seu consentimento (FABIAN, 2002). Não basta que o paciente simplesmente concorde com a intervenção médica, é necessário para a licitude do procedimento, que ele receba do profissional da saúde todas as informações necessárias para um consentimento válido (LIGIERA, 2012). Sem informação clara e suficiente, há desrespeito a autonomia de vontade do paciente, conduta contrária à boa-fé, inadimplemento de um dever básico do médico e de um direito fundamental do consumidor à informação (MARQUES, 2004, pg. 02).

Ao mesmo tempo que é elemento de formação do contrato e saúde, o consentimento informado é também a própria condição de licitude para a realização do tratamento: "representa o corolário do direito do paciente a fazer respeitar a sua integralidade física e a dispor do seu corpo" (Gonçalo, 2004 apud LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 100). Visa principalmente garantir o respeito ao direito da personalidade do paciente, de modo que proteja a sua liberdade e o respeito a sua intimidade. Protege assim a dignidade humana, pois, Conforme João Vaz Rodrigues, citado por Ligiera e Gozzo, a proteção da esfera físico-psíquica está sob a tutela do direito geral de personalidade: a autonomia, a liberdade e a integralidade (formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade). Por ser um verdadeiro direito da personalidade, somente em circunstâncias excepcionais pode atuar o médico sem o consentimento informado, como o estado de absoluta emergência, no qual o paciente não tenha condições de se expressar. (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 100-103; 109-110).

O paciente deve ter tempo para refletir se aceita ou não o serviço e, em tema tão importante como sua saúde e vida, não deve ser pressionado sem justa causa pelo médico ou hospital. Quando a cirurgia não é de urgência, o cumprimento do dever de boa-fé do médico é ainda mais importante e deve superar qualquer

---

[34] Jauernig, Teichmann, Volkommer, Teubner (MARQUES, 2004, pg. 05).

[35] É o processo que "representa uma atmosfera de abertura e honestidade, alimentada por um diálogo permanente entre médico e paciente, que começa no primeiro encontro e perdura por toda relação. Não se trata de uma breve conversa, que se encerra com a assinatura do paciente em um termo" (APPELBAUM; GUTHEIL, 2007, apud PITHAN, 2009, pg. 23).

[36] Seu conteúdo são os deveres informativos dos médicos, normalmente divididos em de esclarecimento, aconselhamento e advertência quanto aos possíveis riscos (NORONHA, 2013, pg. 107), como também os deveres de esclarecimento e cooperação por parte do paciente (PITHAN, 2009, pg. 13)"author":[{"dropping-particle":"","family":"Pithan","given":"Lívia Haygert","non-dropping-particle":"","parse-na mes":false,"suffix":""}],"id":"ITEM-1","issued":{"date-parts":[["2009"]]},"title":"O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética","type":"article-journal"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=ab21cb57-8ac9-4293-b328-9f2b5bcf0812"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"(PITHAN, 2009. Conforme Ruy Rosado, o dever de informação por parte do médico significa que ele deve dar os esclarecimentos de forma compreensível e explicativa, para que o paciente possa decidir sobre a cirurgia proposta. (AGUIAR JR., 1995, pg. 36). O dever de obter o consentimento informado por parte do médico está no art. 15 do CC. E 22 a 24 do código de ética médica de 2010 (PEREIRA, 2016, pg. 205). No CDC a informação é um dos seus princípios (art. 4.º, III e caput) e direito básico do consumidor (MARQUES, 2004, pg. 05), e aparece como dever do fornecedor em diversas normas, como o art. 6 iii (informação adequada e clara), arts. 9 e 10, §1º (dever de informar a nocividade e periculosidade), arts. 12 e 14 (fornecedor reponde por informações insuficientes ou inadequadas), etc. (NORONHA, 2013, pg. 107).

expectativa do profissional "lucrar" com o paciente ou com uma intervenção perigosa ou desnecessária (MARQUES, 2004, pg. 06 e 08). O médico deve informar as opções possíveis, as vantagens e desvantagens das técnicas a serem empregadas (LOPEZ, 1999, pg. 87). A luz dos estudos de Jean Penneau, Lopez esclarece que a informação defeituosa é muito mais grave nas operações dispensáveis, a falta de informação aparece aqui no nexo de causalidade: por exemplo quando um paciente se tivesse sido melhor informado teria optado por outra solução, a qual não o exporia aos riscos de uma internação (LOPEZ, 1999, pg. 88).

4.3 Danos morais

Para além de outras consequências, a falta do consentimento informado pode invalidar a relação contratual[37] ou inadimplir a obrigação[38] (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 106). O inadimplemento obrigacional resultado da ausência de obtenção do consentimento informado acarreta ao médico indenização por danos morais e até danos materiais (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 108).

Acerca dos danos morais é importante frisar que são também advindos de ofensas aos direitos da personalidade: direitos da pessoa sobre ela mesma, prerrogativas em relação as diversas dimensões de si próprio. Na dimensão física, exercemos os direitos sobre a nossa vida, corpo: temos o direito sobre a integridade física (saúde física, aparência estética); na moral, temos o direito à liberdade, a honra, própria imagem (LOPEZ, 1999, pg. 45-46) (LOPEZ, 1999, pg. 49). O dano moral se divide, entre outros: 1) dano moral objetivo: advindo da ofensa dos direitos da pessoa em seu aspecto privado (seus direitos da personalidade: direito à integridade física, ao corpo, à intimidade), ou no aspecto público (direito à liberdade, à vida); 2) dano moral subjetivo: proveniente da ofensa a pessoa em seus valores íntimos, nas suas afeições, há sofrimento da alma; 3) dano moral à imagem social: resultante da desconfiguração a aparência externa, comprometimento da harmonia das formas, da imagem individual, lesões que originam grandes sofrimentos; 4) dano estético: advindo de qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um "enfeamento" e desgosto (LOPEZ, 1999, pg. 19-25), não necessita ser algo enorme, basta sofrer uma transformação, conforme Carrard referido pela autora, não tendo mais a aparência que tinha (LOPEZ, 1999, pg. 38-39).

Em relação as consequências decorrentes da violação do consentimento informado[39], de acordo com Ligiera e Gozzo, STJ e tribunais[40][41] tem reiteradamente decidido que a falta ou deficiência do consentimento informado do paciente por somente gera responsabilização profissional, inclusive quando técnica é empregada corretamente do ponto de vista científico (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 99). Importante sentença do Tribunal Supremo espanhol é trazida por Martínez-Calcerrada através de Neto, nela, embora fora bem sucedia a operação, ocorreu a condenação da médica por danos morais exclusivamente pela falta de informação, pois a paciente não foi informada de todos os riscos e percalços que a aguardava: "descumpriu a regra negocial da boa-fé, como "standart" de conduta aceitável pela sociedade, surgindo o dever de indenizar os danos causados à paciente". Nele se afirmou que não exclui a culpa da medica a demonstração de que a

---

[37] Se ausente o consentimento, o negócio jurídico não se concretiza, e se viciado, pode ser anulado (art. 171) ou considerado nulo (166) cc. (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 107).

[38] Ao descumprir o dever de obtenção do consentimento, o médico estará inadimplindo as obrigações contraídas no atendimento médico, o que dará ensejo "por si só a pretensão do ofendido em obter um ressarcimento pelos danos que lhe tenham sido causados (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 107).

[39] Conforme Pereira, citado por Ligiera e Gozzo, a fundamentação para a responsabilidade médica pela violação do dever de esclarecimento não depende de negligencia no sentido da intervenção em termos técnicos e do resultado ser positivo ou negativo (LIGIERA; GOZZO, 2012, pg. 106).

[40] Nesse sentido, há o precedente do TJRS, em que embora a cirurgia foi desempenhada de maneira correta, houve a responsabilização por dano moral por ter omitido do paciente sobre o extravio de material biológico para exame laboratorial, "na medida em que contribui pra, no mínimo, a ampliação do estado de ansiedade daquele que aguarda o resultado" (TJRS, 3o Grupo Cível, Rel. Des. Antonio Janyr Dall' Agnol Júnior, j. em 17.02.1997. Embargos Infringentes No 596234443).

[41] Como no precedente REsp 436.827 - SP (2002/0025859-5), em que embora não fora demostrado a deficiência no trabalho realizado, houve falta de informação e a realização de cirurgia desnecessária. Assim, a parte ré foi condenada por danos morais e materiais. Conforme o relator: "despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar nos casos mais graves - negligência no exercício profissional" (pg. 07).

técnica utilizada foi confiável, e o descumprimento do dever de informação dá lugar a indenização (LOPEZ, 1999, pg. 88)(MIGUEL, 1998, pg. 165).

5 Teste prático

Com base nesses estudos, de uma maneira bastante generalizada, podemos afirmar que o consentimento para o parto cesáreo dado por um grande número de mulheres não reflete a sua autonomia. A vontade da mulher parece ser dirigida por razões não médicas, mesmo a das com maior capacidade econômica - teoricamente com mais poder decisão e informação. São razões não suficientes, não baseadas em evidencias científicas, usadas para fundamentar a intervenção no seu corpo e liberdade, que obstaculizam a vivência do parto normal e a capacidade se autodeterminar. Conforme visto nos estudos, os dados[42] apontam que o consentimento dado por essas mulheres resta deficiente ou mesmo inexistente. Parece haver uma intervenção por parte dos profissionais que dirigi a vontade da mulher com base em razões não médicas para escolha do tipo de parto[43]. E essas mulheres, pela assimetria do saber, ou por medo do fato negativo, acreditam ou aceitam as razões dadas, e, assim, sua decisão é tomada de maneira arbitrária. Nesse sentido, importa reafirmar que a falta do cumprimento da boa-fé nos casos em que a cirurgia seria dispensável é ainda é mais grave. As situações aqui apresentadas demonstram ofensas aos direitos de personalidade, à dignidade humana, à liberdade e à autonomia, e, por isso, dão ensejo a reparação civil por danos morais.

Sobre a vontade dirigida, Habermas cita, ao tratar do progresso das ciências biológicas[44], que o modo como desejarão utilizar o alcance da nova margem de decisão dependerá da autocompreensão dos sujeitos, que poderá se dar ou de maneira autônoma, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira arbitrária, em função de suas preferencias subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado. À luz dessa conclusão de Habermas, e com base nos dados analisados, o alcance da decisão por essas mulheres muitas vezes não se dá de maneira autônoma, e sim de maneira arbitraria, satisfeitas pelo mercado, fato que representa um cenário bastante assustador. Nesse mesmo texto, ao discorrer sobre a manipulação genética, o autor cita que quando há a decisão irreversível por uma pessoa no corpo de outrem, sem razões suficientes, não estamos mais diante de uma relação entre dois indivíduos livres e iguais (HABERMAS, 2004, pg. 20).

6 Considerações finais

Por não ser devidamente informadas, muitas mulheres não têm condições de tomar a decisão sobre o tipo de parto com base na sua autonomia. O dever de esclarecimento por parte do profissional - informar de maneira adequada, conforme os dados científicos atuais- não parece ser cumprido. De acordo com os dados colhidos, o princípio da boa-fé e os direitos de personalidade - à integridade física, ao corpo, à intimidade – não são respeitados, e a vontade da mulher é dirigida com base em razões fracas, as quais não

[42] Como a falta de informações sobre as vantagens e desvantagens dos dois tipos de parto; o incentivo à cirurgia sem indicações absolutas; o fato do aumento de consultas pré-natais estar relacionado com a sua ocorrência; a dificuldade de encontrar médicos no plano de saúde dispostos a fazer o parto normal; a ocorrência da maior parte das decisões sobre a cesárea sendo conjunta ou só do médico; o grande aumento da preferência pela cesárea próximo ao parto ou no parto; a realização de cesáreas com base em indicações relativas sem a tentativa do parto normal; o pouco tempo de internação; etc.

[43] Nesse sentido, assusta ainda o dado da pesquisa de Leguizamon, Steffani e Bonamigo, em que 100% dos médicos entrevistados disseram indicar o parto natural a suas esposas, mas foi constatado uma discreta preferência pela cesárea em 63,6 % (LEGUIZAMON JUNIOR; STEFFANI; BONAMIGO, 2013, pg. 512)o respeito à autonomia das gestantes e as indicações mé-dicas parecem ter contribuído para o aumento do número de cesarianas. Neste contexto, o objetivo desta pesquisa foi identificar a expectativa de gestantes e médicos obstetras quanto à via de parto. A maioria das gestantes (74,1%.

[44] Nesse contexto, trata-se de saber "se a implementação dessas conquistas afeta a nossa autocompreensão como seres que agem de forma responsável e, em caso afirmativo, de que modo isso se dá" (HABERMAS, 2004, pg. 18). Na medida em que o organismo humano também é compreendido nesse campo de intervenção, a distinção fenomenológica de Helmuth Plessner entre "ser um corpo vivo" e "ter um corpo" adquire uma atualidade impressionante: a fronteira entre a natureza que "somos" e a disposição orgânica que "damos" a nós mesmos acaba se desvanecendo (HABERMAS, 2004, pg. 17). Por conseguinte, para os sujeitos produtores, surge um novo tipo de autorreferência, que alcança o nível mais profundo do substrato orgânico.

estão de acordo com a técnica. Conforme não se consideram esses indivíduos como autônomos, também, teoricamente, lhes é retirada a capacidade de ser sujeitos de direito. A não configuração autônoma da vida no sentido de ser independente, de fazer suas escolhas, e ter o livre desenvolvimento da sua personalidade, obstaculiza a liberdade ética. Não conseguindo exercer seus desejos sem razões fortes para tal, não lhes é reconhecido o direito universal do homem de Kant: os espaços de suas ações sofrem uma restrição imoderada. É afetado o desenvolvimento em liberdade e a capacidade de se determinar, não se tem a liberdade negativa, e consequentemente, da dignidade humana. A vinculação dessas mulheres na comunidade não trouxe motivos para a restrição da sua liberdade, pois não foi averiguado nas pesquisas cientificas e empíricas razoes suficientes para tal. As gestantes, como qualquer indivíduo deveriam ser livres para fazer ou deixar de fazer o que querem, no caso de não haver direitos de terceiros ou interesses coletivos, o que na maioria dos casos pesquisados não há. São dadas justificativas, ponto essencial para a escolha do tipo e parto, porém, elas não aparentam verificação do ponto de vista cientifico. Assim, parece não se reconhecer de modo pleno princípios fundamentais, como a autonomia, o exercício da liberdade e a dignidade humana.

Referências

AGUIAR JR., R. R. DE. Resposabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, v. 718, 1995.

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros editores LTDA., 2009.

AMORIM, M. M. R.; SOUZA, A. S. R.; PORTO, A. M. F. Indicações de cesariana baseadas em evidências: parte II. Femina, v. 38, n. 9, p. 459–468, 2010.

ARENDT, H. Lições sobre a filosofia política de Kant. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, H. A condição humana.pdf. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARBOSA, G. P. et al. Parto cesáreo : quem o deseja ? Em quais circunstâncias ? Cesarean sections : who wants them and under what circumstances ? v. 19, n. 6, p. 1611–1620, 2003.

BERLIN, I. Dois conceitos de liberdade. Oxford, England: Oxford University Press, 1969.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE CIÊNCIA, T. E I. E. Diretrizes de Aten çã o à Gestante : a opera çã o cesariana. v. único, p. 1–115, 2016.

BRASIL, U. UNICEF chama atenção para a importância do trabalho de parto espontâneo, 2017.

CACHAPUZ, M. C. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alere: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CACHAPUZ, M. C. Racionalidade e discernimento: um debate filosófico-jurídico sobre a alteração de critérios para a a definição da capacidade civil. Revista jurídica luso brasileira, v. 3, p. 747–773, 2017.

CARDOSO, J. E.; BARBOSA, R. H. S. O desencontro entre desejo e realidade: a "indústria" da cesariana entre mulheres de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 22 [1]: 35-52, 2012, 2012.

CASARIN, J. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. Revista de Sociologia Política, v. 16, n. 30, p. 283–295, 2008.

DIAS, M. A. B. et al. Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo: estudo de caso em duas unidades do sistema de saúde suplementar do estado do Rio de Janeiro. Ciência & Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1521–1534, 2008.

DINIZ, S. G.; DUARTE, A. C. Parto normal ou cesárea?: o que toda mulher deve saber (e todo homem também). São Paulo: Editora UNESP, 2004.

FABIAN, C. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Brasileiro, Tempo, 1997.

HABERMAS, J. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? São PauloMartins Fontes, 2004.

HABERMAS, J. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEGUIZAMON JUNIOR, T.; STEFFANI, J. A.; BONAMIGO, E. L. Escolha da via de parto: expectativa de gestantes e obstetras. Rev. bioét. (Impr.), v. 21, n. 3, p. 509–17, 2013.

LIGIERA, W. R. Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. In: GOZZO, D. (Ed.). . São Paulo: Saraiva, 2012.

LIGIERA, W. R.; GOZZO, D. Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, T. A. O dano estético. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, C. L. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. Revista dos Tribunais Online, v. 827, p. 11–38, 2004.

MIGUEL, K. N. Responsabilidade civil do médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, P. DE. Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. Coleção tr ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAIS, C. B. Danos à pessoa humana. Um melhor conviver. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, F. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas. Human Reproduction Programme, p. 1–8, 2015.

PEREIRA, C. M. DA S. Reponsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIRES, D. et al. A influência da assistência profissional em saúde na escolha do tipo de parto : um olhar sócio antropológico na saúde suplementar brasileira The influence of professional health care on the choice of type of childbirth : a socio- anthropological perspecti. Rev. Bras. Saúde Matern. Infant., Recife, v. 10, n. 2, p. 191–197, 2010.

PITHAN, L. H. O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética. 2009.

SILVA, C. DO C. E. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

VERCH, A. G. F. Direitos sexuais e reprodutivos, vias de parto e assistência à gestação. “Vamos fazer cesárea, mamãezinha?” 2013.

WEIDLE, W. G. et al. Escolha da via de parto pela mulher: autonomia ou indução? Cadernos Saúde Coletiva, v. 22, n. 1, p. 46–53, 2014.

Sociology of Law 2018

GT24: IMPACTOS AMBIENTAIS: MÚLTIPLOS OLHARES

NOTAS SOBRE OS IMPACTOS AMBIENTAIS COM A EXTRAÇÃO DE AREIA DO RIO JACUÍ

Marcia Andrea Bühring[1]

RESUMO: O objetivo do artigo é mostrar que a Ação Civil Pública, que discute a extração da areia de forma irregular, tramita desde o ano de 2006 na 9º Vara Federal, processo nº 5026100-41-2013.404.7100, chegou a paralisar por 83 dias a extração da areia em 2013, e que a mesma ainda está em curso até o momento (2018), hoje com 9 réus, sem decisão final. O método utilizado é o dedutivo, pois analisa os impactos ambientais dos últimos anos com a extração da areia, sua natureza é aplicada, no que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica e jurisprudencial. Em termos práticos, conclui-se que em 2015 a FEPAN, publicou norma que eliminou o limite de 10 metros de profundidade para o trabalho realizado pelas dragas no rio Jacuí e em 2018, a FEPAN/SEMA voltou a estabelecer a restrição ao limite de profundidade e tamanho dos canos de acordo com a Portaria Conjunta FEPAM/SEMA n**º 9** de 26/04/2018, que define os critérios transitórios de licenciamento ambiental das dragas que realizam a extração de areia em leito submerso de recursos hídricos fluviais, baseados na ACP e portaria FEPAM nº 9 de 01/02/2018. Muito embora, tenham sido adotadas medidas em relação a fiscalização e a extração predatória, os danos ambientais restaram comprovados, a exemplo do desmoronamento de margens, queda de árvores e ponta da "Ilha Bouquet" que desapareceu.

1 INTRODUÇÃO

Em 2006 foi interposta Ação Civil Pública, processo nº 5026100-41-2013.404.7100, pela Associação de Pesquisas e Técnicas Ambientais (APTA) contra a Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí LTDA (SMARJA), Sociedade Mineradora LTDA (SOMAR) e ARO Mineração LTDA, ainda pendente de julgamento.

Embora houvesse a paralisação da extração da areia por 83 dias em 2013, a ação ainda está em curso hoje (2018), com 9 réus.

O método utilizado é o dedutivo, pois analisa os impactos ambientais dos últimos anos com a extração da areia, sua natureza é aplicada, no que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica e jurisprudencial.

Em 2015 a FEPAN, publicou norma que eliminou o limite de 10 metros de profundidade para o trabalho realizado pelas dragas no rio, Portaria FEPAM nº 93/2015 de 10/08/2015.

Em 2018, outra Portaria FEPAM nº 9 de 01/02/2018, atualizou as definições e os critérios técnicos ambientais para os procedimentos de licenciamento ambiental referentes as atividades de lavra de areia e/ou cascalho no Rio Grande do Sul. Assim como a FEPAN/SEMA voltou a estabelecer a restrição ao limite de profundidade e tamanho dos canos de acordo com a Portaria Conjunta FEPAM/SEMA nº 9 de 26/04/2018, que define os critérios transitórios de licenciamento ambiental das dragas que realizam a extração de areia em leito submerso de recursos hídricos fluviais.

Muitas foram as medidas adotadas em relação a fiscalização e a extração da areia, ainda assim os danos ambientais restaram comprovados, a exemplo do desmoronamento de margens, queda de árvores

[1] Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora da Escola de Direito da PUCRS. Professora da UCS - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: CMC/RCA. Professora da ESMAFE Advogada e Parecerista. Membro do CEJ-Comissão do Ensino Jurídico da OAB-RS. E-mail: mabuhrin@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br.

e ponta da "Ilha Bouquet" que desapareceu, além do lixo (abandono de embarcações) as margens. Assim como, não restam dúvidas da importância econômica que a extração da areia possui no Estado do Rio Grande do Sul, responsável hoje pela totalidade da areia fornecida para a construção civil.

2 SITUAÇÃO FÁTICA[2] - RETROSPECTIVA DOS ACONTECIMENTOS[3]

1º momento: Em 1º de agosto de 2006 a Associação de Pesquisas e Técnicas Ambientais (APTA) ajuizou ação civil pública com pedido de liminar contra a Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí LTDA (SMARJA), Sociedade Mineradora LTDA (SOMAR) e ARO Mineração LTDA. A parte autora realizou, por determinado período, a visita ao Rio Jacuí para verificação de inúmeras queixas e denúncias recebias, relatando danos ambientais. Ao realizar tal averiguação, confirmou o quadro descrito como "atos de mineração criminosa",[4] tais como: mineração junto à costa, agressões às ilhas e destruição da mata ciliar.

2º momento: O Ministério Público do Rio Grande do Sul, relata que a ação "foi ajuizada a fim de tornar sem efeito as Licenças de Operação expedidas pela FEPAM e DNPM para fins da realização da atividade de mineração de areia no Rio Jacuí pelas empresas".[5]

Mencionou a existência de processo administrativo (nº 2192/2005), da existência da Operação Dragão, da menção sobre a atividade de mineração de areia comenta conforme arts. 5º, §2º e 23, V da Instrução Normativa nº 01/2011 do DNPM e arts. 210, §1º e 211 da Lei Estadual nº 11.520/2000 – a qual instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente no Estado do Rio Grande do Sul.[6] E, Sob a documentação apresentada e ainda dos fatos exposto, reformulou pedido de liminar para que fossem suspensas as atividades de mineração praticadas pelas empresas rés.[7]

---

[2] Dados, informações e trechos da: 1 - Petição inicial do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 01; 2 - Petição do Ministério Público do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 02; 3 - Petição da FEPAM do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04; 4 - Petição da SMARJA do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04; 5 - Petição da Valiosa do processo nº5026100-41.2013.404.7100. Evento nº4; 6 - Petição do Ministério Público Estadual do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 05.

[3] Em outra oportunidade em 2014, já havíamos realizado uma retrospectiva, e que agora está sendo atualizada. Ver: BÜHRING, Marcia Andrea; SASSO, Milena Macalós. **Licenciamento Ambiental**: Análise da Casuística da Ação Civil Pública na Extração de Areia do Rio Jacuí. Disponível em: http://www.reajdd.com.br/ed7.html#. Acesso em 20 mai. 2018.

[4] Petição inicial do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 01. "2. Que o quadro atual do local é grave, e incorre em riscos para o equilíbrio ecológico e a vida humana, e o mais preocupante é que, a referida extração estava sendo realizada sem a fiscalização da FEPAM.3. Que houve um falso mapeamento da área onde está ocorrendo extração.4. Que incorreram em omissão, os órgãos públicos fiscalizadores.5. Que ocorreu "fatos e desrespeito à ética profissional". 6. Que impossibilitou a pesca. 7. Que não foi respeitado medidas previstas em lei, de profundidade, distância de encostas, praias e ilhas, e demais demarcações para a extração legal de areia. 8. Que fiscalizadores alegaram que "não dispõe de recursos pessoais e financeiros ou, mesmo, de um barco para realizar a fiscalização". 9. Que a empresa ARO Mineração LTDA "demarcou a área com mais de 200 botijões plásticos com conteúdo tóxico desconhecido", contendo expressões como "perigo – inflamável – não recicláveis – descartável" e, além disto, estão demarcando local de preservação, o qual não poderia haver nenhum tipo de extração, muito menos mineral. 10. Que foram burlados os dados fornecidos pelos geólogos e outros profissionais, os quais integraram estudos sobre o local realizados pela FEPAM. 11. Quanto ao pedido de liminar se manifesta pleiteando para que seja concedida tal medida, "ordenando à FEPAM que suspenda, de imediato, todas as licenças que, até aqui, foram concedidas para mineração na área do Rio Jacuí à todas as empresas que lá mineram, tais como SOMAR, ARO Mineração e SMARJA".

[5] Petição do Ministério Público do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 02. "Para assegurar a possibilidade desta, cita a Lei nº 7.346.85 em seu art. 1º, I, e ainda, para a legitimidade ativa da ONG APTA, o disposto ao art. 5º, II". "Confirma a legitimidade da FEPAM, pois esta possui *"funções de fiscalização, licenciamento, desenvolvimento de estudos e pesquisas e execução de projetos, com vistas a assegurar a proteção e preservação do meio ambiente no Estado do Rio Grande do Sul"*, estando inserido no licenciamento, o estudo de impacto ambiental. Referindo-se ao DNPM, alega esta ser parte legítima, pois, a demanda trata de exploração de bem da União. E em parágrafo único, reúne as empresas SMARJA, SOMAR e ARO Mineração dando como legítima a participação destas ao processo, pois todas realizam ou realizaram exploração mineral de areia de forma irregular conforme documentos apresentados na peça exordial. Requereu que a ONG autora citasse a empresa LVP – Mineração, Comércio e Transporte LTDA para esta compor o polo passivo, visto que também praticou atividade de extração mineral na região".

[6] Petição do Ministério Público do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 02.

[7] Petição do Ministério Público do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 02

3º momento: Peticionou aos autos, a FEPAM, arguindo primeiramente sobre considerações aos questionamentos da requerente. Afirma que o parecer técnico sobre as margens do Rio Jacuí, com ênfase em distanciamento das margens para a extração, foi elaborado por um servidor técnico lotado na Divisão de Controle de Mineração. Tal técnico percorreu a o leito do rio desde a Ponte Barragem de Fandango, em Cachoeira do Sul, até os limites do Delta do Jacuí, na região metropolitana do Estado. A sua análise resultou parecer, do qual a FEPAM destacou que este foi elaborado no decorrer dos anos de 2004 e 2005 sob a observação dos procedimentos adotados para evitar a "destruição das margens baseadas nas extrações de areia por dragas com bombas de recalques e sucção e as dragas de alcatruzes".[8] Relatam que o parecer decorreu de denúncias de danos ambientais na região, tornando-se visível o sumiço das praias e também o tombamento de diversas árvores às margens do rio, sendo que no decorrer do estudo realizado foi verificado além dos ditames das denúncias, o solapamento de cordões marginais que são limitadores de calha do rio.

4º momento: a APTA, responde aos itens, e diz desconhecer o conteúdo do relatório apresentado pela autora, indicando a ausência de localização dos pontos relacionados. Afirma que com frequência é realizado, junto a Polícia Ambiental e órgãos ambientais, operações conjuntas vistoriando o rio e as embarcações, sendo frequentes as apreensões, tendo a expedição de auto de infração. Que a atividade de extração de areia mal realizada evidentemente traz prejuízos ao meio ambiente.[9]

5º momento: Veio aos autos SMARJA, trazendo a condição de interesse nacional e de utilidade da atividade mineraria.[10] Destaca a importância da mineração, e principalmente para a extração da areia, pois esta influencia diretamente no mercado da construção civil, apresentou ainda o dado de que 90% da areia utilizada na região metropolitana do estado é proveniente do Rio Jacuí e que a paralisação resultaria em obrigar o mercado a importar minerais de outros estados, majorando assim o valor do produto, resultando em prejuízos a comunidade local, expostos tais argumentos, relata que presente o *periculum in mora* reverso pois, concedida a liminar, seria questão de tempo para a inviabilização da comercialização do produto e da existência das empresas exploradoras. Requereu, então, que seja "denegado" o pedido da concessão de medida liminar sob os argumentos que expôs.

6º momento: Contestaram Vitoriosa Mineração e Navegação LTDA e Luciana Pohlmann Martins. Alega que os motivos que impulsionaram a autora APTA à interposição da presente lide, com o pedido de liminar, não é a proteção ambiental, mas sim, interesses pessoais, coordenador do projeto S.O.S. RIOS.[11]

7º momento: Ao final, tem-se como integrantes do polo passivo: FEPAM; DNPM; SMARJA; SOMAR; ARO Mineração LTDA; LVP Mineração Comércio e Transporte LTDA; e União Federal.[12]

8º momento: Decidiu a Dra. Juíza Vânia Hack de Almeida, suspender a atividade de extração de areia no Rio Jacuí.

> Neste momento, com a farta prova já colhida aos autos (oitiva de quase todas as testemunhas arroladas pelas partes – com exceção de apenas uma que não foi localizada – e apresentação de Parecer Técnico-Científico preliminar), posteriormente àquela decisão, estou convencida da necessidade de suspensão das atividades para a proteção ambiental. Ressalvo, contudo, que a suspensão ou cancelamento definitivo das licenças é questão que somente poderá ser aferida em sentença, não cabendo a concessão de tutela neste aspecto, pois a prova pericial poderá demonstrar a viabilidade de manutenção da extração de areia com outras condicionantes.
>
> Desta forma, entendo viável determinar apenas a suspensão das atividades das empresas rés, enquanto não se obtém informações que permitam a exploração da atividade com a mínima segurança ambiental.[13]

---

[8] Petição da FEPAM do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04. Disponível em: http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=5026100-41.2013.404.7100&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada. Acesso em: 20 mai. 2018.

[9] Petição da FEPAM do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04.

[10] Petição da SMARJA do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04.

[11] Petição da Valiosa do processo nº5026100-41.2013.404.7100. Evento nº4.

[12] Decisão proferida pelo Dr. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, Juiz Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 05.

[13] Decisão proferida pela Dra. Vânia Hack de Almeida, Juíza Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 24.

Expôs então a Juíza, argumentação necessária, atrelada a doutrina e trecos do laudo pericial, para deferir a medida cautelar, determinando a suspensão da atividade de extração de minério – areia – das empresas requeridas e para somente estas, inclusas no polo passivo da presente lide.

> Diante da constatação da existência de vultosos danos ambientais, bem como dos riscos de danos irreparáveis ou de difícil reparação, com a iminência de agravamento destes danos em razão da prática da atividade de extração de areia, **DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR**, determinando a suspensão da atividade de mineração no rio Jacuí pelas empresas SOMAR – Sociedade Mineradora Ltda.; SMARJA – Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda.; e ARO Mineração Ltda., ao menos enquanto se aguarda o Zoneamento Ecológico Econômico ou a conclusão da fase pericial, momento em que esta decisão poderá ser revista. [14]

Designada audiência para tentativa de acordo, aprazada para o dia 12 de julho de 2013. E nesta foi suspensa a decisão da liminar para que: a) revisão das licenças ambientais em prazo máximo de 30 dias; intensificação das fiscalizações; c) publicização das dragas, devendo ser estas identificadas por cada empresa correspondente atuante na atividade de extração; d) identificação pela AIFA (Ações Integradas de Fiscalização Ambiental) de todas as dragas que estão atuando; e) contratação de 60 técnicos; f) adoção de rol taxativo constante na decisão; g) realização de concurso público para provimento definitivo dos cargos da FEPAM; e a h) a realização do zoneamento ambiental requisitado, o qual deverá ser financiado pela FEPAM.

Em seguida, proferiu:

> (a) a decisão que determinou a suspensão das atividades de mineração no rio Jacuí pelas empresas (evento 24 – Declim40) teve por escopo obstar a continuação do dano ambiental trazido ao conhecimento deste Juízo, bem como prevenir sua majoração por ausência de estudos técnicos que possibilitem saber em que medida ainda é possível prosseguir na prática da atividade sem comprometer sobremaneira os recursos existentes; (…) **(c)** a princípio, e desde que integramente cumpridas essas medidas se revelam adequadas a evitar que danos ambientais continuem sendo perpetrados. Emergencialmente, portanto, os danos estarão sendo obstados pelas medidas de aprimoramento da fiscalização e pelas revisões imediatas das licenças; (…) (g) ressalto que a qualquer momento em que se verifique a ausência de eficácia das medidas propostas pelo Estado, a suspensão das atividades mineradoras, total ou parcialmente, poderá ser restabelecida, como forma de proteção ambiental. [15]

Desde a audiência judicial em 12.07.2013, "onde foram adotadas medidas governamentais, por meio de decisão judicial proferida pela Juíza Federal, esta Instituição vem trabalhando para aprimorar a fiscalização e monitoramento das condições ambientais adotadas, com a finalidade de adequar a extração de areia do Rio Jacuí e evitar a continuidade e majoração dos danos ambientais perpetrados".[16]

Passados 5 anos, novamente vem ao cenário a extração de areia do Jacuí, com denúncias ainda mais graves, no que diz respeito a fiscalização, a não obediências das normas, a alteração de Gps, etc.

Em 1º de fevereiro de 2018, foi publicada uma portaria FEPAN de nº 9 DE 2018, pela qual se volta a regular o tamanho das lanças de sucção no Jacuí, com máximo de 10 metros.

Já em 30 de abril de 2018, foi publicada portaria conjunta FEPAM/SEMA de nº 9 de 26/04/2018,[17] que define os critérios "transitórios de licenciamento ambiental das dragas que realizam a extração de areia em leito submerso de recursos hídricos fluviais". Justamente considerando os critérios técnicos da Ação Civil Pública 5056100-41.2013.4.04.7100/RS, a qual se baseou nas informações contidas na Informação Técnica DMIN/FEPAM Nº 20/2017. Assim como, o disposto na Portaria FEPAM Nº 09/2018, a necessidade de estabelecer dispositivos para o licenciamento, as cotas altimétricas limite das poligonais de extração e o parâmetro "cota altimétrica", o qual deve ser estabelecido relativamente a um referencial de nível. Cujo

[14] Decisão proferida pela Dra. Vânia Hack de Almeida, Juíza Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 24.

[15] Decisão proferida pela Dra. Clarides Rahmeier, Juíza Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 152.

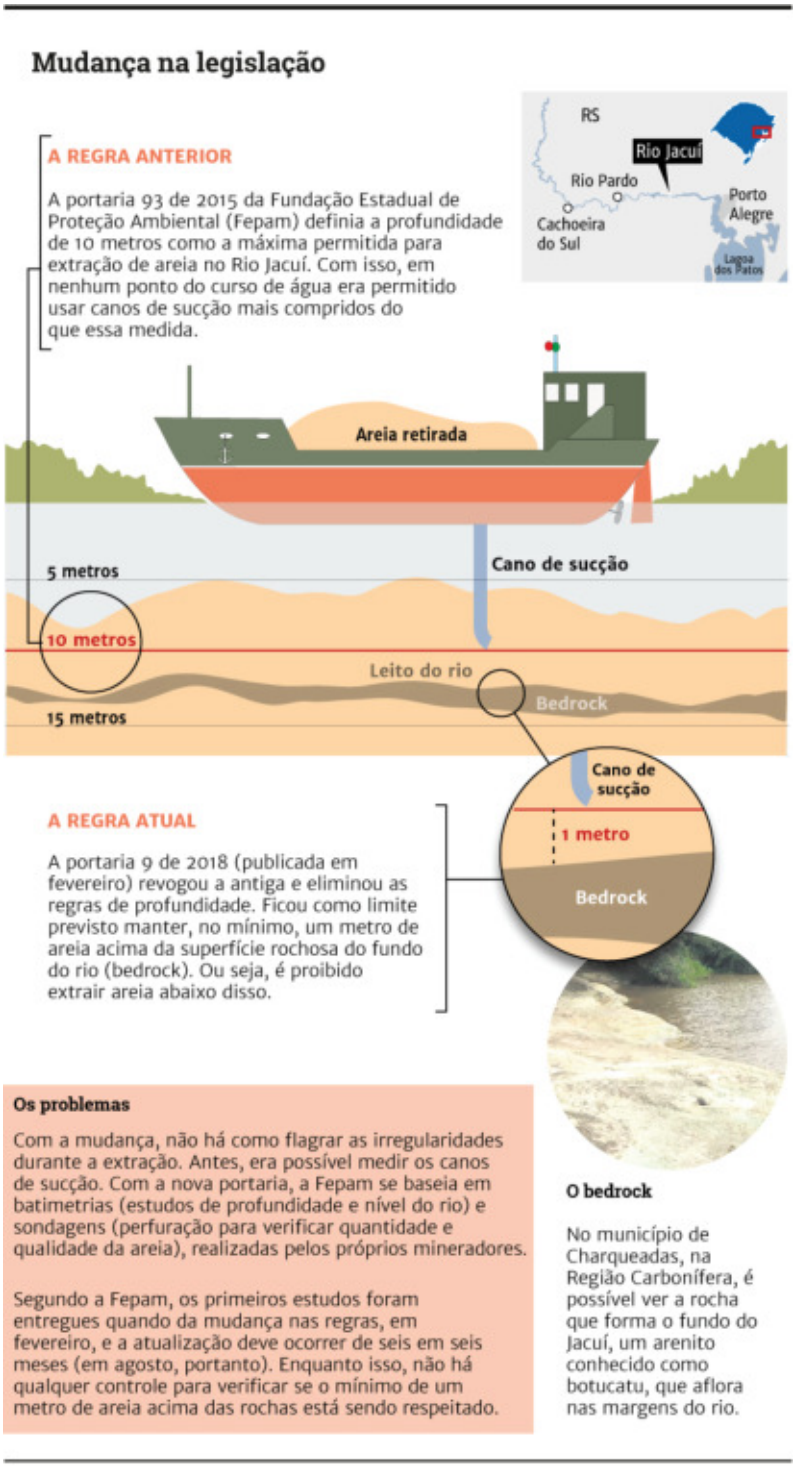
[16] Petição da FEPAM no Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 308.

[17] Portaria conjunta FEPAM/SEMA de nº 9 de 26/04/2018. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=359535. Acesso em 20 mai. 2018.

artigo 3º adverte:

> Art. 3º Nas licenças ambientais das áreas de extração de areia no leito dos recursos hídricos fluviais deverão constar, no mínimo, as seguintes condicionantes de monitoramento: Realização de levantamentos batimétricos SEMESTRAIS Realização de monitoramento da estabilidade das margens através da observação de marcos georreferenciados implantados ao longo da Poligonal Ambiental;[...] Deverá ser realizado monitoramento SEMESTRAL da qualidade das águas em, no mínimo 3 (três) pontos: Deverá ser realizado o monitoramento SEMESTRAL da vegetação ciliar na área de influência da atividade de mineração etc.[18]

O que pode ser visualizado no quadro abaixo:



Fonte: Zero Hora.

Vale a referência, segundo a FEPAN, para necessidade de Licenciamento Ambiental, que significa:

[18] Portaria conjunta FEPAM/SEMA de nº 9 de 26/04/2018. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=359535. Acesso em: 20 mai. 2018.

> O é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, que pode ser federal, estadual ou municipal, licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.[19]

São três as licenças necessárias:

> É a primeira licença ambiental a ser solicitada na fase preliminar ETAPAS do Licenciamento Ambiental de planejamento do projeto que avaliará a viabilidade ambiental do local proposto para a implantação ou ampliação do empreendimento.
>
> É a licença ambiental que permite o início das obras devendo ser solicitada após a emissão da LP, juntamente com a apresentação dos projetos e programas ambientais relativos à atividade ou empreendimento proposto.
>
> É a licença ambiental que deve ser solicitada após o término das obras de instalação do empreendimento, na qual estarão estabelecidas condicionantes ambientais para a sua operação. [20]

Por fim, e adequado para a verificação pontual da extração de areia, o que se entende por impacto ambiental:

> É a consequência ao meio ambiente resultante da implantação de uma atividade ou empreendimento. É a alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causada por qualquer alteração resultante de atividades humanas, que direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais. [21]

É considerado um complexo de etapas, é portanto procedimento administrativo,[22] com fito de controlar atividades impactantes, que venham a causar potenciais impactos ambientais.[23] Como refere Talden Farias:

> É assunto de Direito Ambiental pois diz respeito a instrumento que zela pela preservação do meio ambiente, funcionando como controle prévio de degradação ambiental, e porque é disciplinado por normas de Direito Ambiental, a Lei 6.938/81, o Decreto 99.274/90 e a Resolução do CONAMA 237/97. [24]

O maior dos impactos constatado, foi mesmo o desaparecimento da ponta de uma ilha, chamada "ilha do bouquet", conforme as imagens feitas em 2012 e 2018, pois com a retirada de grandes volumes de areia do leito do rio, o canal acaba se aprofundando, e assim o solo das margens também desce e parte de terrenos desaparecem.

---

[19] FEPAN. Guia Básico do Licenciamento Ambiental. Disponível em: http://www.fepam.rs.gov.br/licenciamento/documentos/Guia_Basico_Lic.pdf . Acesso em: 20 mai. 2018.

[20] FEPAN. Guia Básico do Licenciamento Ambiental. Disponível em: http://www.fepam.rs.gov.br/licenciamento/documentos/Guia_Basico_Lic.pdf . Acesso em: 20 mai. 2018.

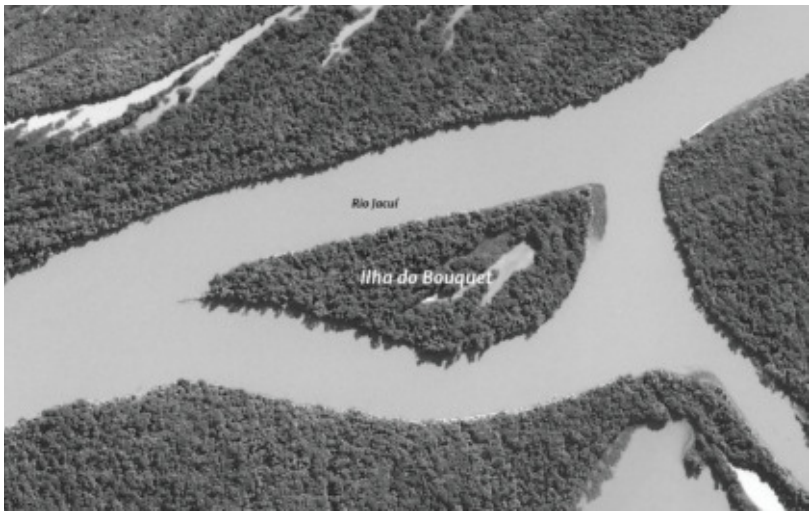
[21] FEPAN. Guia Básico do Licenciamento Ambiental. Disponível em: http://www.fepam.rs.gov.br/licenciamento/documentos/Guia_Basico_Lic.pdf . Acesso em: 20 mai. 2018.

[22] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.65.

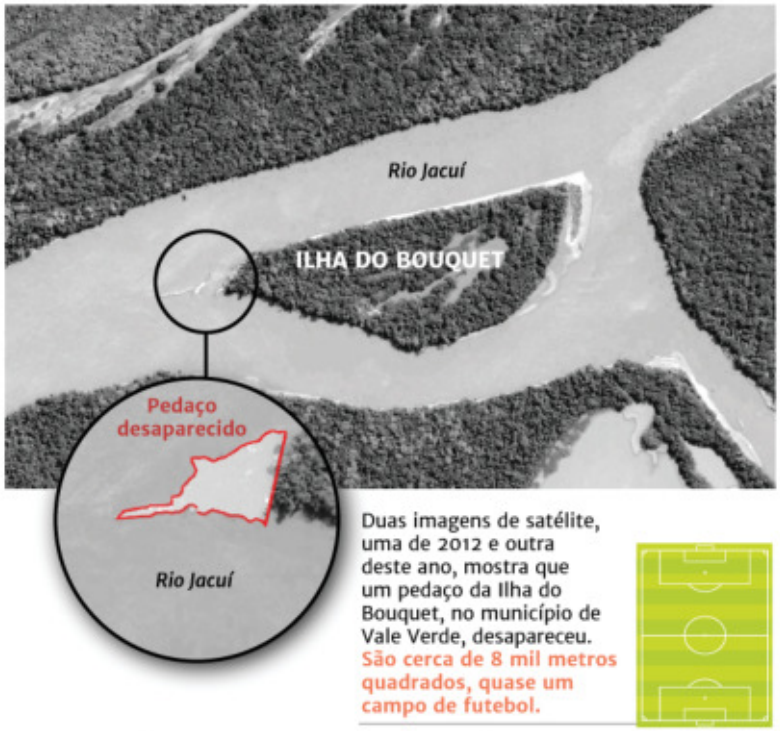
[23] Afirma Talden Farias "**É especialmente por meio da concessão de licenças ambientais que o** licenciamento ambiental tem se destacado como o instrumento mais efetivo da Política Nacional do Meio Ambiente.Trata-se de uma manifestação da função de controlar as atividades potencialmente causadoras de impactos no meio ambiente, que está expressamente estabelecida pelo inciso V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual pra assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incube ao Poder Público "controlara a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". FARIAS, Talden. **Da Licença Ambiental e sua Natureza Jurídica**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/aps>. Acesso em: 24 mar 2014.

[24] FARIAS, Talden. **Da Licença Ambiental e sua Natureza Jurídica**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/aps>. Acesso em: 24 mar 2014.

2012



2018



Conforme o biólogo Jackson Muller, essa situação é conhecida como solapamento. Ao retirar areia no meio do rio, deixando o canal mais profundo, o solo das margens desce para ocupar o espaço e, com isso, partes de ilhas acabam tragadas.

Por outro lado, afirma Mendes, Diretor do Instituto de Pesquisas Hidráulicas da UFRGS, que a extração em grandes profundidades pode ocasionar danos ambientais graves:

> A retirada de toda a areia do fundo do rio, sem nenhum controle e estudo até chegar no bedrock, retira os freios naturais do curso da água e altera a mecânica pluvial do rio. Isso traz, a médio e longo prazos, consequências como destruição de margens e de obras hidráulicas, como pontes. Tudo pode ser levado pelas águas.[25]

Seguem também outros julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,[26] referente a dragagem,

[25] ZERO HORA. Estudo da UFRGS indica danos no fundo do Rio Jacuí. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/grupo-de-investigacao/noticia/2018/04/estudo-da-ufrgs-indica-danos-no-fundo-do-rio-jacui-cjge340qv02yn01qldpbagcjt.html. Acesso em 20 mai. 2018.
[26] Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/ Acesso em 20 mai. 2018.

com extração de areia, cascalho e pedregulhos em áreas de lavra do rio Jacuí, nos quais se observa a suspensão de licença de operações:

> APELAÇÃO CIVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MEIO AMBIENTE. **SUSPENSÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÕES AMBIENTAIS. DRAGAGEM. EXTRAÇÃO DE AREIA, CASCALHO E PEDREGULHOS EM ÁREAS DE LAVRA DO RIO JACUÍ**. VISTORIA "IN LOCO" ANTERIOR AO PRÓPRIO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PERDA DO QUE SERIA O OBJETO DA DEMANDA EM MOMENTO QUE LHE ERA ANTECEDENTE QUE ATRAI JUÍZO DE CARÊNCIA. NÃO FORA ISSO, TER-SE-IA PERDA DE OBJETO POSTERIOR, CONFIGURADA PELO LEVANTAMENTO DA SUSPENSÃO DA LICENÇA HAVIDA ANTES DO EXAME DO PEDIDO DE LIMINAR E DA CITAÇÃO DA DEMANDADA. SOLUCÃO DO FEITO QUE INDICA A SUA AUTORA COMO RESPONSÁVEL PELOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, TODAVIA, QUE VÃO REDUZIDOS, PARA MELHOR ADEQUAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DE QUE SE VIU CERCAR A CAUSA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível Nº 70063665194, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 17/12/2015) Data de Julgamento: 17/12/2015. Publicação: Diário da Justiça do dia 25/01/2016. (grifou-se)

Também a constatação da morosidade excessiva da FEPAN em analisar o pedido o pedido de licença para instalação de empreendimento de extração de areia em leito de rio,

> REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. **PEDIDO DE LICENÇA PARA INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO DE EXTRAÇÃO DE AREIA EM LEITO DE RIO. MOROSIDADE EXCESSIVA DA FEPAM** EM ANALISAR O PEDIDO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PETIÇÃO DA EMPRESA. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NA RESOLUÇÃO Nº 237/97 DA CONAMA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Tendo a impetrante, empresa dedicada ao ramo da mineração, protocolado pedido de licença para extração de areia em área localizada no leito do Rio Jacuí, há mais de um ano, revela-se omissiva a conduta da FEPAM em protelar a análise do pedido. Direito de petição conferido no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988, que acaba por ser violado em razão da demora injustificada da Administração em analisar o pedido de licenciamento, postulado pela parte interessada. Extrapolação do prazo previsto na Resolução nº 237/97 da CONAMA. Precedentes desta Câmara. Segurança concedida na instância originária. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário Nº 70017164740, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 13/12/2006). (grifou-se).

Nesse contexto, ainda, a verificação da responsabilidade objetiva, por danos causados ao meio ambiente, conforme a Lei da Política Nacional nº 6.938/81, e Constituição Federal de 1988 artigo 225 § 3º. Com o descumprimento de licença de Operação concedida para a extração de areia.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MEIO AMBIENTE. **ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE AREIA. DANO AMBIENTAL**. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO QUANTO AOS DANOS NÃO REPARÁVEIS. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. PERÍCIA ADEQUADA PARA APURAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. Agravos retidos: Não merecem provimento os agravos retidos que sustentam a suspeição do perito, por este estar vinculado à FEPAM e a existência de omissão na perícia realizada, que apreciou de forma adequada as circunstâncias necessárias ao deslinde do feito. Mérito: A responsabilidade administrativa por danos causados ao meio ambiente é objetiva, conforme a Lei 6938/81. Verificado e devidamente apurado pela perícia judicial o dano ambiental, e esgotadas as chances de repará-lo, aplicável o princípio do poluidor-pagador. Evidenciado o descumprimento de licença de Operação concedida para a extração de areia. Correta a condenação ao pagamento da quantia equivalente ao proveito econômico que se teve com os materiais retirados da jazida. NEGADO PROVIMENTO AO APELO E AOS AGRAVOS RETIDOS. (Apelação Cível Nº 70057320806, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 12/04/2017) Publicação: Diário da Justiça do dia 25/04/2017. (grifou-se).

Por outro lado, o Sindiareia-RS emitiu uma nota oficial relativa às acusações de irregularidades na extração de areia no Rio Jacuí, e comenta sobre a fiscalização:

> A fiscalização na mineração de areia no RS é certamente a mais rígida do Brasil e uma das mais rígidas do mundo, tanto é que conta com um sistema de rastreamento e monitoramento via satélite, que inclusive está disponível no site da FEPAM. Esse controle é online, público e feito em tempo real, o que demonstra a absoluta transparência das empresas. Todos os órgãos fiscalizadores (Polícia Federal, FEPAM, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Justiça Federal, Justiça Estadual e Patrulha Ambiental) têm acesso a qualquer momento que desejarem ao posicionamento e operação das dragas. Além disso, hoje existe a cerca eletrônica, estipulada por portaria da FEPAM, que no momento que ultrapassa os limites de mineração, ao padrão de distância entre 50 e 60 metros da margem, desliga a bomba da draga automaticamente. [27]

Lembrando que a atividade de mineração é imprescindível no Estado do Rio Grande do Sul, pois acaba abastecendo várias cidades, que utilizam a areia para construção civil. Por isso, fundamental conciliar: o desenvolvimento humano, social e econômico [e acresceria o ambiental].

3 CONCLUSÃO

O que se pôde perceber, desde 2006, com o início da Ação Civil Pública, que discute a extração da areia de forma irregular, processo nº 5026100-41-2013.404.7100, que a atividade, mesmo tendo sido paralisada por 83 dias em 2013, não conseguiu resolver o grave problema dos danos ambientais [silenciosos] que estão sendo causados ao meio ambiente.

Que com a alteração das regras pela FEPAN houve uma maior dificuldade na fiscalização para a extração de areia do Jacuí, pois em 2015 a FEPAN, publicou norma que eliminou o limite de 10 metros de profundidade para o trabalho realizado pelas dragas.

Todavia, a bom tempo, em 2018, a FEPAN/SEMA voltou a estabelecer a restrição ao limite de profundidade e tamanho dos canos de acordo com a Portaria Conjunta FEPAM/SEMA nº 9 de 26/04/2018, que define os critérios transitórios de licenciamento ambiental das dragas que realizam a extração de areia.

Os danos ambientais restam evidentes, a dragagem excessiva causou desmoronamento de margens, queda de árvores e ponta da "Ilha Bouquet" que desapareceu, além do fundo rochoso do rio, que também foi atingido pelas dragas, carcaças velhas abandonadas as margens, gerando lixo.

Por ora, aguarde-se o final do julgamento da Ação Civil Pública e a conclusão do zoneamento que está prevista para final de 2019. Até lá...

REFERÊNCIAS

BÜHRING, Marcia Andrea; SASSO, Milena Macalós. **Licenciamento Ambiental**: Análise da Casuística da Ação Civil Pública na Extração de Areia do Rio Jacuí. Disponível em: http://www.reajdd.com.br/ed7.html#. Acesso em 20 mai. 2018.

Decisão proferida pelo Dr. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, Juiz Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 05.

Decisão proferida pela Dra. Vânia Hack de Almeida, Juíza Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 24.

Decisão proferida pela Dra. Clarides Rahmeier, Juíza Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, atual 9º Vara Federal. Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 152

FARIAS, Talden. **Da Licença Ambiental e sua Natureza Jurídica**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/aps>. Acesso em: 24 mar 2014.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

[27] Sindiareia-RS Disponível em: http://www.portaldenoticias.com.br/noticia/4348/sindiareia-rs-contesta-reportagens-sobre-extracao-de-areia-no-rio-jacui.html. Acesso em 20 mai. 2018.

FEPAN. Guia Básico do Licenciamento Ambiental. Disponível em: http://www.fepam.rs.gov.br/licenciamento/documentos/Guia_Basico_Lic.pdf . Acesso em: 20 mai. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Sidney. **Competência ambiental à luz da Lei Complementar n. 140/2011.** Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/sidney.pdf> Acesso em 01 abr 2014.

MACHADO, Auro de Quadros. **Licenciamento Ambiental: atuação preventiva do Esta à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.** Porto Alegre: do Advogado, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

MELO FILHO, Luiz Gonzaga Pereira de. **Aspectos Gerais do Licenciamento Ambiental**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 jan. 2013. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41849&seo=1>. Acesso em: 24 mar. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental: A Gestão Ambiental em foco**. 7.ed. São Paulo: Afiliada, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 1976. citado por OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

PAIN, Maurício Carneiro**.** Lei Complementar nº 140/11: Primeiras Impressões**.** Disponível em: <http://www.intertox.com.br/index.php/toxicologia-em-machete/312-lei-complementar-n-140-11-primeiras-impressoes>. Acesso em 01 abr 2014.

Petição inicial do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 01

Petição do Ministério Público do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 02.

Petição da FEPAM do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04

Petição da SMARJA do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 04.

Petição da Valiosa do processo nº5026100-41.2013.404.7100. Evento nº4.

Petição do Ministério Público Estadual do processo nº 5026100-41.2013.404.7100. Evento nº 05.

Petição da FEPAM no Processo 5026100-41-2013.404.7100, evento nº 308.

Portaria conjunta FEPAM/SEMA de nº 9 de 26/04/2018. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=359535. Acesso em: 20 mai. 2018.

Sindiareia-RS Disponível em: http://www.portaldenoticias.com.br/noticia/4348/sindiareia-rs-contesta-reportagens-sobre-extracao-de-areia-no-rio-jacui.html. Acesso em 20 mai. 2018.

SILVA, José Affonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

Súmula n° 473. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500. Acesso em 10 maio de 2014.

TJRS. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/ Acesso em 20 mai. 2018.

ZERO HORA. Estudo da UFRGS indica danos no fundo do Rio Jacuí. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/grupo-de-investigacao/noticia/2018/04/estudo-da-ufrgs-indica-danos-no-fundo-do-rio-jacui-cjge340qv02yn01qldpbagcjt.html. Acesso em 20 mai. 2018.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE O MEIO AMBIENTE NO CASO DA NOVA PONTE DO GUAÍBA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Adriana Dornelles Farias[1]

Rodrigo de Medeiros Silva[2]

RESUMO: O estudo analisa a temática da degradação ambiental e a utilização do discurso ambiental instrumentalizado para violar direitos humanos, em especial, o direito à moradia. Traça-se um apanhado acerca dos tratados e normativas internacionais de direito ambiental com ênfase para a proteção de direitos humanos. Após, analisa-se a questão da degradação ambiental no caso da construção da nova ponte do Guaíba, que além de afetar o meio ambiente, atinge a questão da moradia de mil famílias que serão retiradas de suas casas e, até o momento, não sabem para onde serão deslocadas e se serão devidamente e minimamente atendidas. Neste ponto, demonstra-se como o discurso de proteção ambiental no país, por vezes, é utilizado contrário sensu ao que preconiza o Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH, em que o direito ambiental visa a garantia do meio ambiente sustentável. Por fim verifica-se como o SIDH trata da questão da degradação ambiental e questiona-se a possibilidade de denúncia a este Sistema Regional caso constate-se que houve violação aos direitos humanos destas famílias. Utiliza-se do método indutivo, por meio de pesquisa empírica qualitativa, de estudo de caso, apoiado em fontes documentais.

Palavras-chave: Degradação Ambiental. Ponte do Guaíba. Direito à Moradia. Violação de Direitos Humanos. Sistema Interamericanos de Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisa a temática da degradação ambiental e a utilização do discurso ambiental instrumentalizado para violar direitos humanos, em especial, o direito à moradia, mais especificamente, diante da construção da nova Ponte do Guaíba, em Porto Alegre, RS.

Inicialmente, traça-se um apanhado acerca dos tratados e normativas internacionais de direito ambiental com ênfase para a proteção de direitos humanos, ou seja, para a interrelação entre o direito ambiental e os direitos humanos, na ótica da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais de proteção destes direitos, considerando que esta interrelação deve compatibilizar os direitos existentes. Ocorre que, muitas vezes, por má fé, utiliza-se do discurso ambiental para negar direitos à população de baixa renda e, portanto, mais vulnerável, desprotegendo-a e discriminando-a ainda mais.

Num segundo momento, analisa-se a questão da degradação ambiental no caso da construção da nova ponte do Guaíba, que além de afetar o meio ambiente, atinge a moradia de mil famílias que serão retiradas de suas casas e, até o momento, não sabem para onde serão deslocadas e se serão devidamente e minimamente atendidas. Verifica-se, então, a utilização do discurso de proteção e recuperação ambiental para violar direitos humanos, em especial, o direito à moradia. Ao fim, pretende-se discutir se é factível que a proteção ambiental se dê por meio da defesa de direitos humanos, como preceitua o Sistema Interamericano de Direitos Humanos-SIDH.

Questiona-se a possibilidade de denúncia ao SIDH dos casos de degradação do meio ambiente, com base no procedimento conhecido como greening, ou esverdeamento dos direitos humanos. E se, no caso da Ponte do Guaíba, é adequada a inversão com o emprego do discurso ambiental em detrimento da garantia

[1] Mestranda em Direitos Humanas na UniRitter, bolsista CAPES. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS e, em Direito Público pela FADISMA. Graduada pela PUCRS.

[2] Mestrando em Direitos Humanas na UniRitter, bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo IDC. Graduado pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

dos direitos humanos das famílias atingidas por aquele empreendimento. O meio ambiente é necessário à manutenção da vida. Quando a questão ambiental instrumentaliza-se para violar e não efetivar direitos, mais ainda, com a conivência do Estado, o desafio é fazer a diferenciação dos dois usos, a fim de que, os diversos bens jurídicos, como a vida e a moradia, sejam efetivados. A questão social é tão importante quanto a questão ambiental. É preciso compatibiliza-las, sem prejuízo uma da outra.

Para desenvolvimento do tema proposto, utiliza-se do método indutivo, por meio de pesquisa empírica qualitativa, de estudo de caso, apoiado em fontes documentais.

2 O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema global de proteção aos direitos humanos foi estruturado a partir de 1945, com a Carta das Nações Unidas, que fundou uma organização internacional global, cujo objetivo era evitar que os horrores da Segunda Guerra se repetissem. Em seu primeiro artigo, expressa a necessidade de "promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais". Porém, não definiu quais seriam esses "direitos humanos" e quais as "liberdades fundamentais" deveriam ser protegidas (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013), muito menos de que forma.

Foi então preciso elaborar outro instrumento para positivar tais direitos humanos e liberdades fundamentais mínimas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que veio a proteger os direitos civis e políticos (arts. 3º a 21), e os direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 28). Os direitos civis estão ligados à concepção liberal, direitos dos indivíduos frente ao Estado, e os direitos econômicos, sociais e culturais voltam-se a direitos coletivos e difusos, na concepção de um Estado Social. Este foi um passo importante, pois antes, somente se tinha a interpretação da expressão "direitos humanos" presente na Carta da ONU. Não havia a forma como os Estados deveriam garantir esses direitos e não se definia nenhuma fiscalização ou sanção internacional aos Estados que a violassem (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

Já os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são estruturados através de tratados internacionais, que limitam a soberania estatal: o europeu, baseado na Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, e seus protocolos e pela Carta Social Europeia de 1961; o africano, com base na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 1981; e o interamericano, fundado na Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Como visto, até então, o direito ambiental não foi o foco desta construção dos direitos humanos. O direito ambiental não foi retratado nem na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1949, nem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969[3]. Porém, num modelo de sociedade centrada no ser humano, num desenvolvimento referenciado no lucro imediato, foi possível notar que a dignidade humana não estava ameaçada apenas pelo Estado ou por guerras, mas também pela deterioração que o próprio ser humano vinha impondo ao meio ambiente. A caminhada neste sentido é refletida nos artigos 1º e 47 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e nos artigos 1º, 11 e 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, especificamente, quando tratam dos recursos naturais. Enfim, o aumento da poluição e de tragédias ambientais na década de 1960 fez com que a comunidade internacional percebesse que não era mais possível tratar o meio ambiente desvinculando-o de questões sociais e econômicas (ACCIOLY et al, 2014)

Assim, em 1972, nasceu o direito internacional ambiental, com a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Esta Declaração foi o primeiro documento internacional que trata do meio ambiente como bem jurídico. Após, destaca-se como principais instrumentos: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982)[4], a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), a Declaração do Rio (1992)[5], a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), a Convenção-Quadro das

[3] A Convenção Americana é também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

[4] A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar estabeleceu um suporte legal para regulamentar o espaço oceânico, suas utilizações e recursos. Ver: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22403-22405-1-PB.pdf

[5] Também conhecida como ECO 92.

Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), o Protocolo de Kyoto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), a Agenda 21, a Declaração Transformando Nosso Futuro: Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (2015) e, o Acordo de Paris (2015).

Em Estocolmo construiu-se uma ordem internacional onde as políticas ambientais são orientadas pelos seguintes princípios: responsabilidade comum, porém diferenciada; utilização dos recursos compartilhados; justiça ambiental; princípio do poluidor pagador; desenvolvimento sustentável; precaução e prevenção. A Eco 92 (Rio) reafirmou os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos vinculando-os à proteção ambiental, acelerando a adoção e a entrada em vigor de normas internacionais de proteção ao meio ambiente (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

Já a Carta da Terra refletiu o conceito de desenvolvimento sustentável em três pilares: a equidade ambiental, social e econômica. O meio ambiente não é visto como recurso base para o consumo humano ou como um dos três fatores igualmente importantes, mas como a base de toda a vida. (BOSSELMANN, 2015).

Na medida em que a proteção do meio ambiente foi se globalizando, compreender os mecanismos de proteção aos direitos humanos se tornou uma necessidade. Analisando o alcance do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dos trabalhos da Assembleia Geral e da Comissão de Direitos Humanos da ONU[6], verifica-se que ficou consolidado o entendimento de que o direito à vida engloba o exercício pleno dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os indivíduos, povos, etnias, coletividades e grupos humanos. Portanto, o acesso ao meio ambiente sadio se torna uma extensão do direito à vida (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

O desafio posto se dá porque o direito ambiental internacional é estruturado, majoritariamente, por normas de *soft law.* Indicam "obrigações morais" dos Estados, mas não possuem *status* de norma jurídica e, portanto, sem efeito vinculante. Significa que os Estados que descumprem as normativas sobre a proteção do meio ambiente, não possuem sanções previstas no ordenamento criado pela comunidade internacional, ao menos não de forma direta, na maioria dos casos.

A Declaração de Estocolmo produziu ainda efeitos jurídicos no âmbito interno dos Estados, com os vários textos e reformas constitucionais que incluíram a proteção ao meio ambiente no rol de direitos humanos fundamentais (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013). Houve o que Canotilho (2008) denomina de "ecologização da ordem jurídica" das constituições marcada pelo fortalecimento do princípio da solidariedade das gerações, obrigando as sociedades atuais a adotarem medidas visando os interesses das futuras gerações, a fim de garantir à humanidade o acesso a um ambiente sadio.

Não mais se pode admitir, a partir de um prisma ético, o ser humano como um sujeito a parte do meio ambiente natural. As intervenções humanas causam impacto no meio ambiente, que reage e retribui às ações e omissões sofridas. Isto precisa ser levado em conta como uma responsabilidade. Contudo, a histórica visão antropocêntrica fundamenta diversas posturas egoístas em relação às demais formas de vida do planeta.

Já se percorreu uma importante caminhada, ainda que insuficiente, sobre esta interrelação entre direitos humanos e a proteção do meio ambiente. Todavia, há um desvirtuamento, por vezes, deste debate ambiental, fazendo o caminho inverso, utilizando o discurso de proteção do meio ambiente para violar direitos, como é o caso do direito à moradia, a exemplo do caso da construção da nova ponte sobre o Guaíba, em Porto Alegre-RS, em que instituições teriam sido instrumentalizadas, utilizando-se do fundamento da garantia do meio ambiente sustentável para violar o direito social de moradia.

3 A CONSTRUÇÃO DA NOVA PONTE SOBRE O GUAÍBA: A COMPATIBILIDADE NECESSÁRIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE

A obra da nova ponte sobre o rio Guaíba é comemorada por setores econômicos que se interessam

[6] Ver: Resolução 37/189A, de 1982 (Assembleia Geral da ONU); e Resoluções 1982/7, de 1982, e 1983/43, de 1983 (Comissão de Direitos Humanos da ONU).

pela celeridade do escoamento da produção e por quem se utiliza de veículo automotor e necessita se deslocar para as localidades e regiões onde haverá acesso. Contudo, a obra vai remover cerca de mil famílias de forma desnecessária, e a Defensoria Pública da União, acompanhada de entidades e articulações da sociedade civil, está trabalhando para a defesa dos direitos destas famílias[7].

O traçado não discutido com a sociedade e com a população impactada, vai atingir um número enorme de moradias, lugares religiosos e de trabalho e renda. Em contrapartida, preserva grandes propriedades e clubes sociais, o que demonstra a contradição da utilização do meio ambiente para tais remoções, por serem seletivas:

> Além das casas, as toneladas de concreto ocuparão símbolos importantes para a ilha como a capelinha de Nossa Senhora Aparecida e a quadra de futebol da comunidade. O galpão de reciclagem que emprega mais de 20 pessoas e existe desde 1989 é mais um motivo de preocupação[8].

Logo de início, percebe-se a violação de normas, como o necessário Estudo de Impacto de vizinhança, estabelecido pelo Estatuto da Cidade (artigos 4º, VI, 33, V, 3, 37 e 38). Da Convenção Americana dos Direitos Humanos, pode-se citar o direito à propriedade (art. 21), os direitos culturais (art. 26), prejuízo ao culto de determinadas religiosidades (art. 12). Fere ainda o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11.1).

A obra da ponte avançou sem especificar o local onde as famílias serão removidas, o que levará ao aumento de moradias inadequadas, déficit de moradia, bem como aumento da população de rua, contrariando a Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que veda remoções forçadas[9]:

> Reconhecendo que a segurança da posse estimula o exercício do direito à moradia adequada e é importante para o exercício de muitos outros direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, e que todas as pessoas deveriam ter um grau de segurança de posse que garanta proteção legal contra remoções forçadas, assédio e outras ameaças [...]

No caso em tela, ao ignorar o direito humano à moradia, adotando medidas ambientais sem verificar se há possibilidade de compatibilização entre os bens jurídicos conflitantes, efetiva-se violações. Toda área em discussão encontra-se nas vizinhanças do Parque Estadual e da Área de Proteção Ambiental Estadual do Delta do Jacuí [10]. Há uma evidente instrumentalização do direito ambiental para ferir outros direitos humanos.

De antemão, assevera-se que o direito ambiental e o direito à moradia não são incompatíveis. Assim como direitos individuais podem ser melhor realizados respeitando-se os direitos sociais, o direito à moradia também encontra limites nas questões ambientais. Contudo, neste caso específico, percebe-se mau uso do discurso e a utilização da questão ambiental para violar o direito à moradia de forma discriminatória.

Foi realizado estudo de impacto ambiental e as famílias da Ilha das Flores ficaram de fora de qualquer compensação. O Ministério Público Estadual solicitou a inclusão das cerca de vinte famílias da Ilha, dentre as quer tem que ser removidas, como compensação pela obra. Válido dizer que, quando da criação da Área de Proteção Ambiental Estadual do Delta do Jacuí, que engloba o Parque, o traçado deste não atingiu as famílias, restando garantido o seu direito à moradia.

Tal como o traçado da ponte, a compensação ambiental requerida pelo Ministério Público Estadual foi seletiva, preservando grandes propriedades e clubes sociais. Tal conduta pode ser configurada como injustiça ambiental:

> [...] entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, segmentos

[7] Ver: http://www.dpu.def.br/noticias-rio-grande-do-sul/152-noticias-rs-slideshow/30395-comunidade-atingida-por-construcao-de-ponte-sobre-o-guaiba-e-ouvida-pela-dpu

[8] Ver: http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/05/obras-e-vidas-paradas-moradores-da-ilha-dos-marinheiros-seguem-sem-perspectiva-de-futuro-5806426.html.

[9] Trata-se da A/HRC/25/L.18/Rev.1.

[10] Ver: http://www.sema.rs.gov.br/parque-estadual-delta-do-jacui.

> raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania. (ACSERALD et al, 2004, p.10)

Isto é o que ocorre com as famílias impactadas pela nova ponte sobre o Guaíba, não só da Ilha das Flores, mas as mil famílias atingidas. Claramente, um empreendimento como esse impacta o meio ambiente. Todavia, este impacto é sentido de forma diferenciada pelos segmentos mais vulneráveis. A dimensão social deve ser considerada e não, necessariamente, preterida pela dimensão ecológica, muito menos da forma seletiva e discriminatória como se deu:

> A noção de justiça ambiental implica, pois, o direito a um meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos, onde o "meio ambiente" é considerado em sua totalidade, incluindo suas dimensões ecológicas, físicas construídas, sociais, políticas, estéticas e econômicas[...]. Afirma também o direito dos moradores de estarem livres, em suas casas, dos perigos ambientais provenientes das ações físico-químicas das atividades produtivas. (ACSERALD et al, 2009, p. 16 e17)

Este foi o entendimento da Defensoria Pública da União:

> A Defensoria Pública da União já havia iniciado acompanhamento da questão, por provocação da Justiça Federal e da Defensoria Pública Estadual. No último dia 15/08, por uma articulação do Fórum Justiça, deu segmento em colher mais informações sobre a realidade das comunidades impactadas. O interesse público da obra e a preservação do meio ambiente devem ser realizados em consonância com o direito das comunidades, das famílias que são moradoras antigas das ilhas. A Defensoria Pública da União, cumprindo seu papel institucional, fará a defesa das famílias impactadas que necessitarem de sua atuação[11].

Inclusive, a Defensoria Pública da União, para enfrentar tal demanda, chegou a formar um Grupo de Trabalho[12]. E diante da flagrante inadequação de remoção das famílias moradoras da Ilha das Flores, resolveu criar procedimento em separado para as mesmas[13]. Ao final, o Ministério Público Estadual mudou sua posição quanto a exigência de remover tais famílias como compensação ambiental. Mas a vida das pessoas ficou por muito tempo paralisada, sem que se pudesse fazer quaisquer benfeitorias necessárias.

Cada vez mais a administração pública se vale de argumentos minimamente questionáveis, como forma de justificar constantes violações de direitos humanos. O "princípio" da supremacia do interesse público é um deles. Ávila (2010) pondera se o interesse público seria de fato um princípio e se tal supremacia seria absoluta, dada a importância dos direitos fundamentais na Constituição Federal. Há de se incluir o meio ambiente nesta ponderação, para além de entendê-lo como direito humano, aqui, mais ainda, já que a ponte também traz impactos ambientais.

Como visto, neste caso, numa argumentação sofista, carente de franqueza sobre os fatos, instrumentaliza-se o meio ambiente, para violar os direitos humanos. Tal postura não contribui com a construção de uma sociedade mais inclusiva e nem com o disposto no ordenamento jurídico nacional e internacional. Contraria, inclusive, o que preceitua a própria Corte Interamericana em relação a casos de degradação ambiental.

4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS FRENTE À QUESTÕES AMBIENTAIS

No sistema interamericano, a dificuldade está em como levar o problema ambiental à Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando o caso tratar especificamente da proteção do meio ambiente, considerando a Corte o Tribunal guardião da Convenção Americana, que por sua vez, não contempla outros direitos que não os civis ou políticos (MAZZUOLI, 2015). Não há, nenhum dispositivo específico que trate

[11] Ver: http://www.forumjustica.com.br/pb/fj-cidades/defensoria-publica-da-uniao-se-reune-com-comunidades-impactadas-pela-obra-da-ponte-do-guaiba/.

[12] Criado pela Ordem de Serviço 16, de 25 de setembro de 2015. Ver: http://www.dpu.def.br/noticias-rio-grande-do-sul/152-noticias-rs-slideshow/30395-comunidade-atingida-por-construcao-de-ponte-sobre-o-guaiba-e-ouvida-pela-dpu.

[13] Ver Anexo I.

da proteção ambiental com natureza de direito humano, o que impede a Corte de tutelá-la enquanto objeto principal de uma ação (REIS; ARAÚJO, 2016).

Se a proteção do meio ambiente não está contemplada na Convenção Americana, a Corte não pode se manifestar sobre pedido direto de proteção ambiental. Além disso, a Corte não recebe petição de indivíduos ou vítimas de degradação ambiental. Denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte devem ser enviadas à Comissão Interamericana. A solução tem sido o envio de questões ligadas à temática do meio ambiente por via indireta ou reflexa, demonstrando, por exemplo, que a degradação ambiental viola um direito humano de primeira geração, como a vida e a propriedade. Isto é, interpretando-se dispositivos de tratados ou declarações que versam sobre direitos civis, sociais, econômicos ou culturais, procura-se proteger o meio ambiente (REIS; ARAÚJO, 2016).

O Protocolo de San Salvador[14] repara a omissão do texto convencional original, afirmando que todos os indivíduos possuem direito a um meio ambiente sadio (REIS; ARAÚJO, 2016). Tal positivação se deu com os parágrafos 1º e 2º do art. 11 do Protocolo de San Salvador, que estabelece que "Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos" e que "Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente". É primeiro instrumento a reconhecer a proteção ambiental como direito humano, mas, infelizmente, nem todos os Estados ratificaram o Protocolo.

Assim, tanto a Comissão como a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm dado atenção a temas ambientais, por meio do fenômeno chamado de *greening*, ou "esverdeamento" do direito internacional, vinculando-os a dispositivos da Convenção Americana que tratam de garantias judiciais, liberdade de expressão, direito de propriedade, e outros (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

Especificamente contra o Brasil, em 1980, foi interposta perante a Comissão Interamericana uma petição, a qual, os peticionários Tim Coutler (Direitos Executivo da Indian Law Resource Center), Edward J. Lehman (Direitos Executivo da American Anthropological Association), Barbara Bentley (Diretora da Survival International), Shelton H. Davis (Diretr da Anthropology Resource Center), George Krumbhaar (Presidente Interino da Survival International, U.S.A) e outros, alegaram violações de direitos humanos dos índios Yanomamis, com base nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), II (direito de igualdade perante a lei), III (direito de liberdade religiosa e de culto), XI (direito a preservação da saúde e o bem-estar), XII (direito à educação), XVII (direito de reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis), e XXIII (direito de propriedade), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem[15]:

> A Comissão considerou que as violações denunciadas tinha origem na construção da autopista transamazônica BR 230, que atravessa os territórios onde vivem os índios; na falta de criar o Parque Yanomami para a proteção do patrimônio cultural destes indígenas; na autorização de explorar as riquezas do subsolo dos territórios indígenas; por permitir a entrada massiva de pessoas estranhas e transmissoras de diversas enfermidades contagiosas que haviam causado muitas vítimas dentro da comunidade indígena; por não prover a atenção médica indispensável às pessoas afetadas; e finalmente, por proceder o deslocamento dos índios de suas terras ancestrais com todas as consequências negativas para sua cultura, tradição e costumes.
>
> A Comissão declarou existirem antecedentes e evidências suficientes para concluir que, em virtude da omissão do governo brasileiro para adotar medidas oportunas e eficazes, em favor dos índios Yanomami, se produziu como resultado a violação, em prejuízo dos seguintes direitos reconhecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa (art. 1º), II (direito de igualdade perante a lei), III (direito de liberdade

[14] Trata-se do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinado em 17 de novembro de 1988. Dos países que aderiram a Convenção Americana, Barbados, Chile, Haiti, Nicarágua, Republica Dominicana, Trinidad e Tobago ainda não aderiram ao Protocolo.

[15] Trata-se da Resolução nº 12/85 - Caso nº 7615 (Brasil). Ver: https://www.escr-net.org/sites/default/files/CIDH_-_Informe_No_12-85.html. A Corte Interamericana já julgou alguns casos que merecem destaque: Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia (operação Gênesis); Povo Indígena Kichwa de Sarayaki vs. Equador (primeiro caso de visitação *in loco* dos juízes da Corte); Caso do Saramaka vs Suriname (consulta x consentimento); Caso Moiwana vs. Suriname (dano espiritual); Caso Claude Reyes et al vs Chile (direito a informação).

> religiosa e de culto), direito de residência e trânsito (artigo 8º), direito a preservação da saúde e o bem-estar (art. 9º). No entanto, reconheceu as medidas importantes que, nos últimos anos, especialmente desde 1983, o Governo brasileiro adotou para proteger a segurança, a saúde e a integridade dos índios Yanomami.
>
> Recomendou que o Governo brasileiro continuasse adotando medidas sanitárias, de caráter preventivo e curativo, a fim de proteger a vida e a saúde dos índios, expostos a enfermidade infectocontagiosas que, por meio da FUNAI e, de conformidade com sua legislação, procedesse a delimitação e demarcação do Parque Yanomami, tal como a FUNAI propôs ao grupo interministerial de trabalho, em 12 de setembro de 1984.
>
> E ainda que, os programas educacionais de proteção médica e de integração social dos Yanomami fossem levados a cabo na consulta com a população indígena afetada e com a assessoria de pessoa científico, médico e antropológico competentes e que, o Governo brasileiro informasse à Comissão sobre as medidas adotadas para implementar tais recocmendações[16]. (tradução livre).

Outra situação que envolve o Brasil e merece destaque é a Medida Cautelar – MC 382/10, proferida no caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, no Estado do Pará. A CIDH deu início ao trâmite de petição apresentada por organizações não governamentais brasileiras sobre a usina hidrelétrica de Belo Monte. Na petição, apresentada em 2011, as organizações argumentam que estavam ocorrendo violações contra a população que vive na região, onde a usina estava sendo construída. Em abril de 2011, a CIDH concedeu medidas cautelares a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu[17], que alegaram que a vida e a integridade pessoal dos seus membros estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidroelétrica Belo Monte.

A Comissão solicitou ao governo brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da usina de Belo Monte, impedindo a realização de qualquer obra de execução até que fossem realizados processos de consulta prévia, em cumprimento às obrigações internacionais do Brasil, com intuito de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das medidas cautelares.

Ainda, o governo deveria garantir que as comunidades indígenas beneficiárias tivessem acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; além de adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros destes povos indígenas, para prevenir a disseminação de doenças e epidemias em virtude da construção da usina, tanto as doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária.

Em julho de 2011, durante o 142º Período de Sessões, a CIDH avaliou a MC 382/10 com base na informação enviada pelo Estado e pelos peticionários, e modificou o seu objeto, solicitando ao Estado que adotasse medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das respectivas comunidades indígenas, e sua integridade cultural, incluindo a implementação e a execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como a implementação de medidas especificas de mitigação dos efeitos da construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento.

Estabeleceu ainda que o governo adotasse medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades afetadas, incluindo a finalização e a rápida implementação do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da Usina Belo Monte, e a implementação efetiva dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09; e que garantisse a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu pendentes até então, além de adotar medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios face a apropriação ilegítima e ocupação por não indígenas e à exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais.

Adicionalmente, a CIDH decidiu que o debate entre as partes no que se refere a consulta previa e ao

[16] Ver: https://www.escr-net.org/sites/default/files/CIDH_-_Informe_No_12-85.html.

[17] Trata-se das seguintes comunidades: Arara da Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna do "Kilómetro 17"; Xikrin de Trincheira Bacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô e Kayapó da terra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté do Igarapé Ipixuna; Arara da terra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; e as comunidades indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu.

consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte havia transformado em uma discussão sobre o mérito do assunto, o que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares.

Como se vê, o Brasil é reincidente em casos de degradação ambiental e desrespeito aos direitos humanos. A situação da construção da ponte do Guaíba ainda não está solucionada e as famílias continuam desprotegidas. Não seria um caso de evidente violação aos direitos humanos passível de denúncia junto ao SIDH? Seria possível lançar mão do disposto no artigo 41, "d" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e requerer que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicite informações ao Estado brasileiro sobre quais medidas está tomando para a salvaguarda de direitos humanos destas famílias impactadas.

Sabe-se que o acesso a este Sistema regional só é possível depois de esgotados todos os recursos judiciais internos[18]. O resultado deste processo ainda é incerto, mas o que está sendo denunciado pelos moradores, organizações e movimentos sociais é o descaso por parte das autoridades públicas com os direitos humanos, em especial, das pessoas mais vulneráveis.

Todavia, deve-se destacar que a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, continua tentando uma saída a contento, inclusive, realizou visita às comunidades impactadas no último dia 10 de maio de 2018.

Entretanto, na falta de uma solução que atenda as famílias em risco e que atente para as necessidades do meio ambiente, denunciar esta situação ao organismo internacional regional parece ser a única forma de pressionar o governo brasileiro a dar cumprimento às normativas e aos acordos internacionais de direitos humanos, preservando o meio ambiente e o direito à moradia das populações vulneráveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para indiretamente proteger o meio ambiente, baseia suas decisões no *greening*, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com destaque para os arts. 1º, 2º, 4º, 12, 13, 21, 22 e 25, os quais dizem respeito aos direitos à vida, à liberdade de crença/religião, à liberdade de expressão, à propriedade, à circulação/residência e à proteção judicial, e também em normas ambientais criadas em nível universal a título de *soft law.*

A deficiência no plano internacional de encontrar fundamento para a proteção ao meio ambiente, por falta de organismos com força normativa de *hard law*, levou a Corte Interamericana, com postura mais avançada que a europeia, a utilizar-se deste expediente. Pode-se dizer que, para além de utilização, ao fim, o esverdeamento também pode ser entendido como uma integração do meio ambiente aos direitos humanos. Contudo, não se percebe o mesmo cuidado e esforço interno dado pelas instituições brasileiras, em diversos exemplos de grandes empreendimentos públicos e privados.

Muitas vezes, quando o debate ambiental surge em grandes empreendimentos, no âmbito nacional, o discurso acaba sendo utilizado de forma deturpada e /ou seletiva para violar direitos sociais, coletivos e difusos. A obra da nova ponte sobre o Guaíba demonstra tal assertiva. O meio ambiente é instrumentalizado, utilizado de forma seletiva, preservando interesses de poucos e atingindo as populações mais vulneráveis.

O que este artigo pretende alertar, para além do "esverdeamento" dos direitos humanos, entendido como uma estratégia necessária, é que o contrário, quando presente má fé, também existe. Em muitas oportunidades se utiliza de alegações ambientalistas para fazer com que a população mais vulnerável sofra uma maior carga dos passivos ambientais. Caracterizando, assim, o que se denomina por injustiça ambiental.

Em torno de mil famílias estão sendo removidas por causa da nova ponte, ainda sem saber seu destino, enquanto casas e clubes sociais de segmentos mais abastados da sociedade são preservados. Todavia, muito o que se verbaliza e é utilizado para tal remoção é relacionado à proteção do meio ambiente.

Combater este expediente faz-se necessário para a proteção do meio ambiente. O mau uso de suas

[18] Artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

expressões o descredencia diante de parcelas da sociedade e não contribui para o aumento da conscientização de sua proteção. O "esverdeamento" dos direitos humanos age de forma positiva fazendo uma interação do ser humano com o meio ambiente, mesmo ainda não sendo a forma mais adequada. O contrário traz efeitos nefastos, aumentando a desigualdade social e, por conseguinte, também os riscos ao meio ambiente.

Não havendo uma solução adequada, que além de preservar o meio ambiente, proteja-se estas famílias e seu direito humano à moradia, este caso é passível, após esgotarem os recursos internos, de uma denúncia junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como forma de pressionar o governo brasileiro a cumprir com as normativas internacionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E do; CASELA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACSERALD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto [org.]. **Justiça Ambiental e Cidadania.** Rio de Janeiro: Relume DUmará/Fundação Ford, 2004.

_____; Cecília Campello do Amaral; BEZERRA; Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10.0.2018.

BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. DPU. **Comunidade atingida por obra de ponte sobre o Guaíba é ouvida pela DPU.** Disponível em: http://www.dpu.def.br/noticias-rio-grande-do-sul/152-noticias-rs-slideshow/30395-comunidade-atingida-por-construcao-de-ponte-sobre-o-guaiba-e-ouvida-pela-dpu. Acesso em: 10.05.2018.

BRASIL. EBC. **Agência Brasil**. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-01/oea-pede-informacoes-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-em-belo. Acesso em: 10.05.2018.

BRASIL. FUNAI. **Parecer Técnico** nº **21/09**. Disponível em: https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf. Acesso em: 10.05.2018.

BRASIL. **Jornal Folha de São Paulo**. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm. Acesso em: 10.05.2018.

BRASIL. SEMA. **Parque Estadual Delta do Jacuí.** Disponível em: http://www.sema.rs.gov.br/parque-estadual-delta-do-jacui. Acesso em: 10.05.2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, Joaquim José e Leite, José Rubens Morato (orgs.), **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIÁRIO GAÚCHO. **Obras e vidas paradas: moradores da Ilha dos Marinheiros seguem sem perspectiva de futuro.** Disponível em: http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/05/obras-e-vidas-paradas-moradores-da-ilha-dos-marinheiros-seguem-sem-perspectiva-de-futuro-5806426.html. Acesso em: 10.05.2018.

FÓRUM JUSTIÇA. **Defensoria Pública da União se reune com comunidades impactadas pela obra da Ponte do Guaíba.** Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/pb/fj-cidades/defensoria-publica-da-uniao-se-reune-com-comunidades-impactadas-pela-obra-da-ponte-do-guaiba/. Acesso em: 10.05.2018.

_____. **Reunião doo Fórum Justiça-RS do dia 03 setembro.** Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/pb/fj-cidades/relato-reuniao-do-forum-justica-rs-03-de-setembro/ Acesso em: 10.05.2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2015.

_____. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. v. XIII, 2013.

OEA. **Informe nº 12/85**. Disponível em: https://www.escr-net.org/sites/default/files/CIDH_-_Informe_No_12-85.html. Acesso em: 10.05.2018.

OEA. **MC 382/10**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm. Acesso em: 10.05.2018.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; ARAÚJO, Alana Ramos. O Esverdeamento das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos: limites, confluências e contradições. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**. v. 3, n. 2, p. 146-169, mai./ago. 2016. Acesso em: 10.05.2018.

Anexo I

PAJ nº 2015/026-03235

ATA DE REUNIÃO

Aos 2 dias de setembro de 2015, na sede da Defensoria Pública da União estiveram presentes à reunião a Defensora Pública Federal, Fernanda Hahn, Sra. Tatiana Moura Nogueira (Movimento Nacional de Luta pela Moradia), a Sra. Clara Silveira Belato (Movimento Nacional de Luta pela Moradia), o Sr. Marcelo Andrade de Azambuja (Ouvidoria DPE/RS e Acesso – Cidadania e Direitos Humanos), o Sr. Rodrigo de Medeiros Silva (Membro do Fórum Justiça pelo RENAP), o Sr. Cristiano Müller (CDES Direitos Humanos), o Sr. Luis Isaias Pires Bettervide (Líder comunitário da Ilha das Flores), a Sra. Matilde Cecchin (Associação Caminho das Águas), a Sra. Imaculada de Oliveira Gabão (Cooperativa Mista Resgatando Dignidade), o Sr. Gilnei da Silva (Gabinete do Vereador Marcelo Sgarbossa), a Sra. Marcia Pereira Rodrigues Machado, a Sra. Rosalina Vieira da Silva (Moradora da Ilha Grande dos Marinheiros), o Sr. Rogério Alcione Coutro do Nascimento (Morador da Ilha Grande dos Marinheiros), a Sra. Karra Azevedo (CDES Direitos Humanos/ Fórum Estadual Reforma Urbana), o Sr. Julio Alt (Acesso Cidadania e Direitos Humanos), o Sr. Rodrigo Simões (Assessor do Ministério Público Federal – Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão) e a Sra. Lucimar Fátima Siqueira (Associação dos Geógrafos do BR), no intuito de tratar sobre a questão referente a remoção de famílias em razão da construção da Nova Ponte do Guaíba. A Defensora agradeceu a presença dos participantes, e destacou a atribuição da Defensoria Pública da União e o Oficio de Direitos Humanos e Tutela Coletiva, para atuar na demanda em face do DNIT, após foi realizada uma rodada de apresentação entre os participantes. A Defensora Fernanda ainda ressaltou que convidou para participar da reunião o Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Julio Carlos Schwonke de Castro Junior, da Procuradoria dos Direitos do Cidadão, que atua na questão. No entanto, por conta de ter de participar de uma audiência judicial, o Dr. Júlio foi representado pelo seu assessor, Sr. Rodrigo Simões. A Defensora afirmou que o intuito da reunião é tratar da situação das famílias da Ilha Grande dos Marinheiros, que serão atingidos diretamente pela construção da Ponte, e que ainda está em fase de ouvir e entender as demandas, já que o procedimento foi instaurado recentemente, por conta do encaminhamento da Defensoria Pública do Estado, que realizou um mutirão no local, no dia 06-03-2015. Como se trata de uma obra federal, a qual é conduzida pelo DNIT, a Defensoria Pública da União é que tem atribuição para atuar. Inicialmente, a Defensora Fernanda esclareceu que foi aberto outro expediente para a questão das Ilhas das Flores perante a Defensoria, e que a reunião seria para tratar apenas da Ilha Grande dos Marinheiros. Sr. Rodrigo, do MPF, apresentou-se e contextualizou a questão do procedimento instaurado no Inquérito Civil Público instaurado no MPF, e que a questão vem sendo acompanhada desde 2013 pelo órgão. Trouxe aos presentes explicações sobre a questão dos projetos e dos encaminhamentos que chegaram ao conhecimento do MPF. A Defensora Fernanda questiona sobre a representação da Ilha Grande dos Marinheiros. Sra. Tatiana afirma que não existe uma pessoa que represente a comunidade, que existiram reuniões e algumas pessoas se apresentaram como representantes, mas não foi algo que ocorreu de comum acordo. Afirma que é válida a realização de audiência publica, pois os moradores não sabem o que realmente está ocorrendo. Sr. Gilnei, representando o Gabinete do Vereador Scarbossa, informou que o projeto de lei que trata da construção da ponte foi

aprovado em 18 de dezembro de 2014. Propôs que seja chamada uma reunião com a Comissão de Meio Ambiente da Câmara de Vereadores, conjuntamente com a Comissão de Direitos Humanos, e que seria interessante uma audiência pública na Câmara dos Vereadores. A Defensora Fernanda afirmou que a questão da audiência pública já havia sido assinalada na reunião anterior, e entende que, assim como outras representações presentes, a audiência pública deva ocorrer na própria localidade, nada impedindo que as comissões da Câmara realizem em paralelo alguma atividade. Os moradores presentes informam que além das famílias que são atingidas diretamente pela construção da Ponte, outras famílias serão atingidas e muitos se sentem injustiçados. O Sr. Rogério afirma que mora na localidade há cerca de 50 anos, e que sua residência está sendo atingida por outros motivos, que não se relacionam à questão da construção da Ponte. A Sra. Imaculada refere ser também o seu caso, afirmando que mora a mais de 100 metros de onde será feita a Ponte, e que será reassentada. Afirma ainda que o marido é pescador, e que com o reassentamento não terá acesso para os pescadores, nunca tendo sido escutado sobre isso. A Sra. Imaculada em sua fala refere que as famílias não ficaram sabendo da presente reunião, e que a comissão também não tinha conhecimento. A Defensora Fernanda esclareceu que a reunião realizada na Defensoria não é uma reunião oficial da comissão e DNIT, mas sim uma reunião com o intuito de ouvir os moradores, e que a Acesso Cidadania e Direitos Humanos e o Movimento Nacional de Luta pela Moradia haviam ficado responsável na última reunião em chamar os moradores que tivessem representatividade local. Sra. Matilde afirma que acompanha desde o inicio o processo da construção da ponte. Ressaltou a questão sobre a falta de representatividade e de transparência. Sr. Julio ressaltou sobre a importância de trazer maior transparência ao processo. Trouxe a questão sobre as dificuldades que serão enfrentadas quando do reassentamento dos moradores. Sr. Rodrigo Medeiros (Fórum Justiça) afirma que esses momentos de reuniões são essenciais para esclarecer o que é compatível ou não sobre as informações repassadas pelo DNIT. Sra. Tatiana afirma que as três Ilhas que serão atingidas pela construção da ponte e o impacto ambiental têm realidades completamente diferentes. Lembrou da situação da Ilha das Flores, onde os moradores não serão atingidos diretamente pela ponte, mas sim pelo impacto ambiental. Sra. Lucimar afirma que a situação das Ilhas é muito complexa. Afirma que está participando da reunião para acompanhar a questão da moradia e também dos pescadores. Afirma que o DNIT faz o cadastramento seguindo o modelo feito em Canoas, com a remoção da BR 448. Afirma que talvez fosse interessante uma auditoria neste processo para verificar o andamento, diante das informações repassadas pelos moradores. Afirma que deve ser analisada também a questão ambiental, e ainda refere a importância da audiência pública. Sr. Rodrigo Simões (MPF) afirma que MP ambiental está envolvido em razão do licenciamento ambiental das famílias que serão atingidas pela construção da ponte diretamente. Afirmam que todas as moradias nas Ilhas em Porto Alegre são posse, são áreas de preservação ambiental, sendo tolerada a presença das pessoas. A ideia do Ministério Público Federal é ter um empreendimento legalizado na própria Ilha, perto do local onde as pessoas moram. Sra. Clara levantou a questão sobre as peculiaridades de cada Ilha, que não há como colocar todas as famílias em um empreendimento único. Sr. Gilnei deixou aberta a possibilidade de ficar mantida no dia 6/10 uma reunião na comissão de meio ambiente. Mesmo que isso não aconteça, irão chamar uma audiência em dezembro para tratar da questão socioambiental dentro das Ilhas, aproveitando o tema para tratar da questão dos impactos da construção da ponte. Sr. Luis afirmou que o DNIT e a Queiroz Galvão não representam os interesses dos moradores, e ressaltou a questão sobre a falta de legitimidade das pessoas que participam das reuniões com os órgãos responsáveis pela obra. Sr. Rodrigo (MPF) afirma que a licença ambiental para a construção dentro das Ilhas ainda não foi autorizada, portanto pode ocorrer de o novo empreendimento não ser dentro das Ilhas. Os moradores Sra. Marcia Pereira Rodrigues Machado, a Sra. Rosalina Vieira da Silva, o Sr. Rogério Alcione Couto do Nascimento, retiram-se antes do término da reunião. A Defensora Fernanda informou a importância de que aos moradores que queiram deixar registrado as suas insatisfações, compareçam à DPU para o fazê-lo. Foi entregue aos presentes, material da Defensoria para que seja distribuído aos demais moradores. Afirma ainda que precisa da participação de todos para a realização da audiência pública, em razão da falta de estrutura da DPU, já que não dispõe de equipamentos de som e filmagem, assim como por ausência de servidores para organizar o evento. Os moradores referem a preocupação sobre a questão de existirem casas de passagem. A Defensora Fernanda refere que o DNIT em algumas oportunidades já lhe referiu que não está previsto casas de passagens, mas isso será importante que seja esclarecido na própria audiência pública. Sr. Julio, da Acesso, referiu a importância do agendamento de reunião do grupo com o Dr. Júlio Schwonke, Procurador da República, para tratar das questões relacionadas ao Inquérito Civil Público.

Encaminhamentos:

1. Restou estabelecido que a Acesso vai agendar reunião no Ministério Público Federal;
2. Com apoio e intermédio do Sr. Gilnei, os participantes realização reunião com a Comissão de Meio Ambiente da Câmara Municipal de Porto Alegre;
3. Um Grupo de Trabalho será criado para elaborar estratégias e adotar as providências cabíveis acerca da audiência pública;
4. As moradoras Sra. Matilde e Sra. Imaculada (moradoras da Ilha Grande) e a Sra. Tatiana (Movimento Nacional de Luta pela Moradia) comprometeram-se a entregar os panfletos com endereço da Defensoria Pública da União aos moradores que se sentem insatisfeitos com o processo de remoção para desde já poderem comparecer à DPU trazendo relatos, críticas e demais informações relevantes sobre a demanda para instruir o procedimento;
5. Será realizada uma visita à comunidade com a presença dos envolvidos e, para tanto, a comunidade será previamente comunicada e cientificada através das lideranças e demais movimentos relacionados;
6. Após a realização da visita, será realizada uma Audiência Pública para tratar do tema, a princípio, na primeira de semana de novembro de 2015.

O MEIO AMBIENTE E O CONSUMO CONSCIENTE: OS BRECHÓS COMO ALTERNATIVA SUSTENTÁVEL

Fernanda Almeida Silva[1]

RESUMO: Observando o crescimento do capitalismo e a degradação da natureza em virtude do alto consumo, o presente artigo tem por intuito analisar o massivo uso dos recursos naturais pelas indústrias de bens e consumo, se focando a entender os malefícios causados pela indústria têxtil. Nesse cenário os Brechós surgem como uma alternativa para repensar a indústria da moda. Os objetivos serão alcançados por meio da pesquisa qualitativa.

Palavras-Chave: Brechós. Consumo Consciente. Meio Ambiente.

ABSTRACT: Observing the growth of capitalism and the degradation of nature due to high consumption, this article aims to analyze the massive use of natural resources by the industries of goods and consumption, focusing on understanding the harms caused by the textile industry. In this scenario the thrift store appear as an alternative to rethink the fashion industry. The objectives will be achieved through qualitative research.

Keywords: Thrift Store. Conscious Consumption. Environment

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os impactos ambientais e sociais causados pela indústria têxtil no âmbito global. 3. Desaceleração do consumo de produtos novos: os Brechós como um negócio sustentável. 4. Os benefícios sociais, econômicos e ambientais dos 5 R's. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por intuito instigar as discussões que concernem ao uso massivo dos recursos naturais para sua utilização nas indústrias de bens e consumo. De forma mais específica, abordar-se-á como a indústria têxtil é responsável por grande parte da poluição do planeta, principalmente pela tendência do *fast fashion*, marcada, inclusive, pelos preços baixos e por produtos fabricados para durarem pouco. Esses fatos culminam em um maior consumo e depreciam de forma mais rápida o meio ambiente.

É de extrema importância olhar com todo cuidado para o meio ambiente, afinal, dele todos os seres humanos precisam para sobreviver. Tudo o que homem consome, com poucas ressalvas, vêm do meio natural. Sendo assim, estudar e instigar a discussão sobre as formas de proteção da natureza, se faz fundamental. Também é preciso entender a forma de engajamento de todas as nações com o comprometimento ao desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais, para que assim, sejam colocadas em prática de forma efetiva.

O artigo se propõe a analisar o fortalecimento dos brechós como uma alternativa de consumo sustentável em razão dos impactos ambientais e sociais causados pela indústria têxtil no âmbito global. Será feita a análise de obras de cunho histórico e informativo sobre as questões de proteção internacional do meio ambiente e o fortalecimento dos brechós ao longo dos anos. Este levantamento de dados está associado à pesquisa qualitativa, compreendendo e interpretando as ideias de autores e teóricos das referidas áreas.

---

[1] Estudante de Relações Internacionais no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Bolsista em Iniciação Científica com o projeto "A Amazônia na Geopolítica Mundial e seus recursos estratégicos no século XXI" sob a orientação do Prof. Me. Rodrigo Fernando Gallo.

2 OS IMPACTOS AMBIENTAIS E SOCIAIS CAUSADOS PELA INDÚSTRIA TÊXTIL NO ÂMBITO GLOBAL

A temática do meio ambiente envolve todas as áreas da vida humana, porém, este estudo se focará em analisar as consequências da indústria têxtil para a natureza. Dessa forma, a intenção desse artigo será elucidar uma área pouco discutida nas ciências sociais e ambientais: como os brechós podem se tornar uma alternativa sustentável ao consumo da população.

Por conta do desenvolvimento econômico, especialmente após a Revolução Industrial do século XX, o meio ambiente e boa parte da sociedade tiveram de ser sacrificadas, pois novos ideias de consumo e desenvolvimento foram criados. (BERLIM;2012:15)

De acordo com Chiaretto, o termo sustentabilidade vem sendo utilizado nas mais diversas áreas do conhecimento, inclusive na moda. E é importante salientar que a autora ainda complementa dizendo que a moda vai além do consumo em si, mas "consiste em pessoas e organizações envolvidas na criação de significados simbólicos e sua transferência para os produtos culturais, afetando não só o vestuário, mas todos os tipos de fenômenos culturais, incluindo música, arte, arquitetura e design".

Dessa forma, é importante mencionar que a moda vai além da roupa, ela se relaciona com uma busca intrínseca pela identidade, pela forma como cada um se porta na sociedade e se manifesta (BERLIM; 2012, *APUD* FERRAZ;2014:15). Porém, é na moda que muitas questões de degradação ambiental vêm à tona, desde seu ciclo de produção e consumo do vestuário, e desde a produção das fibras até o descarte do produto final. (FERNANDES; 2013:5)

Tratando-se da indústria têxtil, é justamente na produção do material – das roupas em si - que ocorrem os danos mais severos, abrangendo todos os ciclos de produção, que vão desde a colheita das fibras e dos materiais naturais, como o algodão, ou até da produção de fibras sintéticas nas indústrias, passando pelo processo de confecção, até o consumo e o descarte do produto final. (FERNANDES;2013:6)

Além disso, uma das maiores preocupações ambientais na produção têxtil é o uso excessivo da água, recurso natural cada vez mais escasso. Na indústria têxtil, o processo de produção e manejo de fibras requer o uso de muita água, no caso do algodão, por exemplo, sua utilização começa no campo, com a alta irrigação. Também, cabe ressaltar que na maioria dos casos em que as roupas passam por métodos de tingimento, a água utilizada no processo passa a ser imprópria para qualquer tipo de consumo, pois muitas substâncias químicas fazem parte do procedimento.

Segundo Ferraz:

> Os procedimentos de tingimento, branqueamento e alvejamento, estampagem e demais processos utilizados na produção e beneficiamento têxtil são feitos a partir de processos químicos, os quais, normalmente, são finalizados com a lavagem com água. Além do consumo elevado, tem-se ainda os efluentes gerados, com alta concentração de produtos químicos que se não tratados adequadamente comprometem o ecossistema. (FERRAZ, 2014:16)

Há, também, um outro âmbito que deve ter plena atenção ao que se refere à preservação do meio, que é o consumo de energia. Berlim (2009) afirma que:

> O setor contribui para o aquecimento global com a queima de combustível fóssil primeiramente no setor da agricultura, nos maquinários utilizados, posteriormente na geração de energia para esquentar caldeiras de lavagem e de tingimento em geral (assim como na lavagem e passadoria caseira de têxteis), na produção e na manufatura de fibras artificiais e sintéticas, na transformação das fibras em fios (fiação), e fios em tecidos (tecelagem). (BERLIM, 2009, p. 22).

Porém, não é apenas a questão ambiental que é fatídica na tratativa da indústria têxtil. De acordo com Fernandes (2013), a indústria do vestuário emprega um sexto da população mundial. Além da péssima remuneração, com baixos salários, pouca ou nenhuma legislação nos contratos trabalhistas, condições de trabalho sub-humanas e com o adendo da utilização da mão de obra infantil sendo uma das mais utilizadas nesse setor. (FERRAZ, 2014: 17)

Para elucidar de maneira prática os riscos socioambientais presentes nos distintos elos da cadeia têxtil, Uniethos (2013) esquematiza um quadro em que apresenta as maiores consequências dentro de cada âmbito produtivo:

Quadro 1: Elos da cadeia e os riscos socioambientais

ELOS DA CADEIA	RISCOS SOCIOAMBIENTAIS
PRODUÇÃO DE ALGODÃO	Uso excessivo de agroquímicos (pesticidas, fertilizantes, defensivos) - Uso excessivo de água - Condições degradantes do trabalhador rural e trabalho infantil - Riscos à saúde do trabalhador (contaminação com agrotóxicos) - Geração de resíduos tóxicos - Emissões de gases de efeito estufa (GEE) na produção de algodão (uso de tratores, pesticidas, irrigação)
INDÚSTRIA DE FIAÇÃO, TECELAGEM E ACABAMENTO	Uso de materiais tóxicos – Geração de resíduos industriais (aparas de algodão e outros fios) – Consumo de fontes de energia não renováveis nas caldeiras –Geração de efluentes líquidos contaminados (produtos químicos) – Emissões de GEE no uso de petroquímicos (fibras manufaturadas) e no processo de logística e entrega – Uso excessivo de água no processo das lavagens – Uso intensivo de produtos químicos no tingimento – Geração de efluentes líquidos contaminados –Ambiente insalubre para o trabalhador, especialmente na etapa de lavagens e acabamento
CONFECÇÕES, VAREJO E MARCAS	– Condições degradantes de trabalho nas confecções – Estímulo ao consumo excessivo (fast-fashion) no varejo – Geração de resíduos (embalagens, roupas descartadas) – Emissões de GEE no processo de logística e entrega
LAVANDERIAS INDUSTRIAIS	Uso excessivo de água (em várias etapas do processo: lavagens, secagens) – Uso intensivo de produtos químicos (permanganato de potássio, corantes, alvejantes, amaciantes) – Geração de efluentes líquidos contaminados (resíduos tóxicos, resíduos de pedras de argila para desgaste físico do tecido) – Condições degradantes e riscos à saúde dos trabalhadores (reações alérgicas, contaminação, náuseas, queimaduras, calor excessivo, vapores e névoas de produtos químicos)
USO PELO CONSUMIDOR	– Uso excessivo de água (lavagens) – Uso de energia (lavagens, secagem, passagem de roupas) e emissões de GEE (lavagens, secagem) – Geração de resíduos sólidos (embalagens, roupas descartadas)

Fonte: UNIETHOS; 2013:43

Estes são alguns dos impactos gerados pela indústria têxtil ao meio ambiente. O que cabe salientar que as empresas do setor podem tomar ações para diminuir drasticamente a poluição e a degradação ambiental.

De acordo com Santos:

> Deve-se escolher criteriosamente as máquinas e equipamentos utilizados na produção, procurando saber o tipo e nível de consumo de energia necessários para sua operação e a poluição que podem causar. Pode-se procurar investir em equipamentos como filtros para remoção de materiais particulados e gasosos e tanques para tratamento da água. Todo cuidado é pouco na hora de escolher os produtos químicos como corantes, lubrificantes e detergentes. Estes produtos além do mal estar que podem causar devido o forte odor que possuem, poluem consideravelmente as águas.

> Por tanto deve-se utilizar produtos biodegradáveis e não tóxicos, sempre fazendo uso de tratamento da água que foi utilizada na produção. (SANTOS;2000:6)

Por fim, os recursos energéticos devem ser utilizados com a maior cautela possível, de forma racional, e com respeito a todas as formas de vida. Além disso, ao poupar o meio ambiente as empresas ganham além de credibilidade por parte dos consumidores, uma reputação sólida no novo mercado que se forma mundialmente, muito mais consciente e sustentável. Citando Santos:

> Pense se existe alguma vantagem em ter suas necessidades atendidas, ou excelente resultado financeiro de sua produção, se amanhã não existir mais condições de vida na Terra? Tudo o que se fizer para evitar o impacto ambiental, em termos de degradação, causado pelas ações do homem ainda é pouco, pois o ideal seria que o mesmo não existisse. (SANTOS;2000:7)

3 DESACELERAÇÃO DO CONSUMO DE PRODUTOS NOVOS: OS BRECHÓS COMO UM NEGÓCIO SUSTENTÁVEL

A moda se transforma de maneira expressa e sazonal, e é essa transformação que garante o ritmo de produção da indústria têxtil. Como tratamos anteriormente, a sustentabilidade é um dos assuntos mais relevantes e discutidos na sociedade atual. Diante desse cenário e da busca por uma vida em congruência com o meio em que vivemos, a busca de ações menos agressivas para a natureza é ressaltada. Segundo Kotler (1998, p.48), "as empresas devem responder às tendências do mercado e, ao mesmo tempo, assumir responsabilidade pela proteção ambiental".

Nesse cenário, os brechós emergem como um verdadeiro exemplo de negócio sustentável, gerando possibilidade de prolongar o ciclo de vida dos produtos. O surgimento dos brechós não é datado. Porém, as primeiras feiras de roupas e sapatos usados, aconteceram na Europa e se popularizaram devido à crise enfrentada pelos países em decorrência da Primeira Guerra (1914-1918) e da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Além da crise econômica enfrentada na Europa nesse período, a matéria prima era de difícil acesso nos tempos de guerra, dificultando a produção de roupas novas. As feiras aconteciam ao ar livre e sem muita preocupação com a higiene, o que acarretava na proliferação de fungos e também pulgas, por isso, as feiras de roupas usadas ficaram conhecidas como "mercado de pulgas". (DUTRA;MIRANDA; 2013:93)

Nesse momento, além da facilidade em se achar roupas a um preço mais acessível, houve o surgimento de uma sub cultura que revolucionou a moda naquele período, segundo Crane:

> As feiras se tornaram a principal fonte de roupas de segunda mão para os jovens integrantes de subculturas das ruas, estudantes de artes e outros membros de comunidades marginais. Jovens estilistas que não queriam trabalhar para cadeias 95 de lojas tentavam comercializar seus designs nesses ambientes [...] ao alugar peças "resgatáveis" que então reentravam no sistema de moda [...] há uma crença geral de que as maiores etiquetas de moda retrabalhavam os bens já reciclados encontrados no mercado. (CRANE, 2000, p. 323).

Ao que concerne ao Brasil, a primeira loja que vendia artigos usados surgiu na cidade do Rio de Janeiro e foi fundada por um comerciante português chamado Belchior. Originalmente, era assim que eram conhecidas as lojas de roupas e objetos usados e com o tempo, acabou se transformando em Brechó (Houaiss, 2004).

Como não há um documento histórico que evidencia o surgimento do nome Brechó, encontra-se em um conto de Machado de Assis possíveis indícios do início do uso desse nome. Machado de Assis, em seu conto "*Ideias do Canário*", faz referência a um estabelecimento que contém diversos objetos usados, sendo o dono, Belchior, por isso o indício do surgimento do nome "Brechó". A história se passa no Rio de Janeiro: (DUTRA; MIRANDA; 2013:95)

> No princípio do mês passado, — disse ele, — indo por uma rua,sucedeu que um tílburi à disparada,

> quase me atirou ao chão. Escapei saltando para dentro de urna loja de belchior [...].A loja era escura, atulhada das cousas velhas, tortas, rotas, enxovalhadas, enferrujadas que de ordinário se acham em tais casas, tudo naquela meia desordem própria do negócio. Essa mistura, posto que banal, era interessante. Panelas sem tampa, tampas sem panela, botões, sapatos, fechaduras, uma saia preta, chapéus de palha e de pêlo, caixilhos, binóculos, meias casacas, um florete, um cão empalhado, um par de chinelas, luvas, vasos sem nome, dragonas, uma bolsa de veludo, dois cabides, um bodoque, um termômetro, cadeiras, um retrato litografado pelo finado Sisson, um gamão, duas máscaras de arame para o carnaval que há de vir, tudo isso e o mais que não vi ou não me ficou de memória, enchia a loja nas imediações da porta, encostado, pendurado ou exposto em caixas de vidro, igualmente velhas. Lá para dentro, havia outras cousas mais e muitas, 96 e do mesmo aspecto, dominando os objetos grandes, cômodas, cadeiras, camas, uns por cima dos outros, perdidos na escuridão. (ASSIS, 18--).

A imagem do Brechó foi resinificada e deixou de ser um local visto a partir da desordem e da falta de higiene. Os Brechós passaram por mudanças nos últimos anos, a organização do espaço, a limpeza, higienização das roupas e acessórios, a boa apresentação do local e das roupas foram fatores que contribuíram para diminuir a resistência da sociedade em relação a esse tipo de consumo. (RICARDO; 2012:5)

Para a consultora de moda e ativista ambiental Chiara Gadaleta, ser sustentável com estilo é "o processo de transformar resíduos ou produtos inúteis em novos materiais ou produtos de maior valor, uso ou qualidade. E nessa reciclagem fashion, os brechós podem ser uma fonte preciosa de matéria prima". Assim, os brechós unem duas características para o novo mercado que se preocupara com o meio ambiente: a possiblidade de ganhar dinheiro sendo sustentável, reduzindo o descarte e o acúmulo de lixo. (FERRAZ; 2014: 56)

Atualmente, dentro desse novo setor de vendas, diferentes estilos de brechós surgiram, sendo bem diferentes uns dos outros. Há os brechós beneficentes, também conhecidos como bazares, sendo sua principal característica a solidariedade – geralmente são realizados por instituições religiosas ou organizações sem fins lucrativos com o intuito de ajudar o próximo; Há os brechós comerciais, sendo os tipos mais comuns, com o estabelecimento físico, como uma loja, porém para a venda de artigos usados; Os brechós vintage, que se especializam em vendas de roupas e modas antigas; os Brechós de luxo, esse muito procurado pois encontra-se marcas muito caras por um preço mais acessível; e os brechós virtuais, em que roupas são comercializadas online. (DUTRA;MIRANDA; 2013:102)

De acordo com Freitas (2015), desde os anos 2000 os brechós começaram a se tornar mais populares. Antes disso, havia uma resistência cultural no Brasil quanto a utilização de roupas usadas e de segunda mão. Porém, com a crescente consciência da população com o meio ambiente, a ideia de reutilizar e reaproveitar tudo o que for possível, foi muito aceita no mercado. De acordo com Freitas:

> O consumo dos artigos de segunda mão despertam na sociedade o consumo sustentável. Eles influenciam as pessoas a reutilizar suas roupas paradas e sem uso, transformando em dinheiro ou doação através do fornecimento delas. Isso permite desacelerar o consumo de massa e negativo ao meio ambiente. A ação trazida pelos brechós de reutilização de materiais em desuso colabora para a diminuição da produção em massa de novos produtos a cada instante, evitando assim a poluição, descarte de lixo e gerando prevenção quanto à degradação ambiental. Outra vantagem está no valor econômico de suas mercadorias. Normalmente os brechós comercializam roupas seminovas, com marcas e estilos atuais, e com preços baixos e justos, permitindo, assim, o acesso de todas as classes sociais a estes produtos. (FREITAS; 2015:11)

Além de atrair consumidores por ser uma alternativa de consumo sustentável, os brechós são característicos por terem peças únicas, e a exclusividade encontrada é muito buscada pelos consumidores. Atualmente, nem todas as pessoas buscam por seguir tendências, mas sim, procuram maneiras de se diferenciar evitando a massificação imposta pelas modas. Os brechós comercializam peças que, em geral, não estão mais disponíveis para venda em série. Desse modo, adquirir esse produto significa ter uma peça exclusiva, já que a chance de uma outra pessoa ter a mesma é muito pequena. (DUTRA; MIRANDA; 2013:105)

Há de se destacar que além da exclusividade e da preocupação com o meio ambiente, um outro ponto

muito positivo para o mercado do brechó e principalmente para seus consumidores, são os preços pelos quais as mercadorias são comercializadas. Porém, não são para todos os tipos de brechós que este valor mais baixo é aplicado. Como elucidado anteriormente, existem os brechós de luxo, que vendem peças com preços elevados devido a marca da mercadoria. Entretanto, com a grande fama dos brechós nos últimos anos, o preço atrativo e a qualidade das mercadorias – uma vez que apenas peças muito conservadas são aceitas no comércio – são pontos cruciais para quem consume desse mercado. (DUTRA; MIRANDA; 2013:105-106)

Nas palavras de Dutra e Miranda "O consumidor do brechó estima o valor simbólico da memória da roupa, constituindo-se como um personagem de uma determinada subcultura, na qual a valorização do passado se dá a partir do resgate de peças antigas". De uma forma geral, os consumidores dos brechós estão em busca desse resgate histórico. (DUTRA; MIRANDA; 2013:105-106)

De acordo com Hellmann,

> O usuário possui um elevado capital intelectual já que, se não souber mesclar de maneira agradável o passado da roupa com o tempo presente, corre o risco de parecer fantasiado. Nesse sentido, o vintage estimula uma busca de conhecimento, não só de moda, mas sobre a cultura em geral, que permita ao ator jogar, ousar, fazer do seu estilo um estilo único, sem cometer erros crassos. (HELLMANN, 2009: 104).

Os elementos temporais caracterizam uma essência única pois diversas décadas se encontram e têm a chance de compartilhar o mesmo ambiente, seja em relação as prateleiras, com vestidos dos anos 1950 ao lado de jaquetas dos anos 1990, ou então, nas ruas das cidades, em que o contemporâneo divide espaço com o *vintage*.

> Essa busca de características de outros momentos históricos de moda fez com que os brechós se tornassem verdadeiros focos de referência, tanto de pesquisa para criação em série como para o consumo pessoal (BRAGA, 2004: 99 *APUD* DUTRA; MIRANDA; 2013:101*)*.

O papel que a roupa usada possuía diante da sociedade passou por modificações. Nas palavras de Dutra e Miranda:

> Antigamente, a roupa usada era vista como um bem descartável e sem função social, pois perdia seu valor a partir do momento que saía da loja e era inserida em um contexto pessoal. Sua relevância estética e simbólica perdia força através da desvalorização que a peça sofria diante da produção de roupas novas. Dessa forma, o sistema de moda estruturava-se a partir da valorização do novo em detrimento do que era considerado ultrapassado e antigo. Entretanto, à medida que valores modernos e pós-modernos influenciaram a construção do pensamento da sociedade, essa questão foi perdendo força, uma vez que a moda passou a ser constituída por um universo amplo de referências e estéticas. Desse modo, houve uma ruptura do paradigma temporal: a roupa usada passou a adquirir novos significados e relevância estética. Uma vez que a memória coletiva e individual presente na roupa usada passa a ser encarada como um elemento simbólico, a roupa usada adquire relevância social. Assumir uma memória como parte de uma narrativa contemporânea é senão uma forma de conectar-se ao passado. Nesse âmbito, a questão da desvalorização da roupa usada perde seu espaço diante do novo contexto social e, dessa maneira, torna-se parte da expressão individual. Se antes a peça que possuía um certo tempo de uso era tida como uma questão questionável, agora ela se torna como uma manifestação exclusiva na construção da narrativa pessoal. (DUTRA; MIRANDA; 2013:121)

A moda consciente caminha a passos lentos mas ganha força através da conscientização coletiva sobre o cuidado com o meio ambiente. A falsa necessidade de adquirir as novas tendências do momento estimula o consumo desenfreado e alimenta uma indústria que deprecia a natureza e as relações sociais e do trabalho – como vimos no capítulo anterior. Entretanto, novas formas de consumo surgem para ser uma alternativa sustentável. (DE FREITAS; 2015:13)

Novas formas de ações e cenários foram redesenhados e implementados no mercado da moda nos últimos anos. Os intuitos dessas práticas são focados no combate à diversas formas de agressão ao meio ambiente decorrente da indústria têxtil e da promoção do consumo desenfreado. (DE FREITAS; 2015:14-15)

A indústria têxtil teve seu desenvolvimento acelerado e de forma muito depreciativa com o meio natural e social, obrigando reposicionamento na postura das operações dos investimentos na moda. Dessa maneira, reverberaram novos modelos de negócios, mais responsáveis no âmbito socioambiental e nesse contexto, os brechós representam uma nova forma de padrão no mercado. (DE FREITAS; 2015:14-15)

4 OS BENEFÍCIOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E AMBIENTAIS DOS 5 R'S

Apesar de serem antigas, todas as questões ligadas à temática ambiental são cada vez mais presentes na população. Pensando na melhor gestão do meio ambiente, os 5 R's surgem como uma proposta de repensar a natureza com a maior parcimônia possível, tirando dela apenas aquilo que é necessário para sobreviver e sabendo reaproveitar todas as coisas que dela provém. (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:2)

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente (MMA) os cinco R's fazem parte de um processo educativo que tem por objetivo uma mudança de hábitos no cotidiano dos cidadãos. A questão-chave é levar o cidadão a repensar seus valores e práticas, reduzindo o consumo exagerado e o desperdício:

> A política dos cinco R's deve priorizar a redução do consumo e o reaproveitamento dos materiais em relação à sua própria reciclagem, sendo os cinco R's: Reduzir, Repensar, Reaproveitar, Reciclar e Recusar consumir produtos que gerem impactos socioambientais significativo. (MMA)

Dentre muitas vantagens dessas práticas para a preservação ambiental, há de se destacar a extração de recursos naturais, a redução dos resíduos nos aterros e o aumento da sua vida útil, a redução dos gastos do poder público com o tratamento do lixo, a redução do uso de energia nas indústrias e a intensificação da economia local (sucateiros, catadores, dentre outros) (MMA)

A teoria dos 5 R's parte de uma evolução da política dos 3 R's. Assim, Alkmim destaca que:

> O princípio dos 3R's, apresentado na Agenda 21, preconiza assim para a gestão sustentável de resíduos sólidos as seguintes ações e práticas: redução (do uso de matérias primas, energia e desperdício nas fontes geradoras), reutilização direta de produtos e reciclagem de materiais. (ALKMIM;2015:34)

Porém, com a atualidade do tema, os 3R's (Reduzir, Reutilizar e Reciclar) já não eram mais suficientes para explanar todas as formas de cuidado com a natureza, então a política dos 5 R's (Repensar, Recusar, Reduzir, Reutilizar e Reciclar) ganhou força e popularidade na temática ambiental. Dessa forma, para deixar claro o que de fato representam os R's de forma individual, explanar-se-á cada um deles a partir de agora.

Reduzir tem como objetivo diminuir o consumo de bens e serviços, sempre utilizando o necessário e evitar ao máximo o desperdício. (SILVA; PEREIRA; SOUSA; ROCHA;2017:4). De acordo com Abella (2013), a melhor maneira de ajudar o meio ambiente é reduzindo a quantidade de resíduos produzidos. E isso pode ser feito por pequenas atitudes, como: comprando produtos com pouca embalagem plástica ou evitando comprar produtos que demore muito tempo para se decompor, também vale a procura por embalagens ou materiais que não exigem muita energia ou recursos para produzir; sempre que possível e viável, praticar a carona solidária, fazer mais caminhadas em distancias consideradas curtas para se fazer a pé; evitar a impressão de muitas folhas desnecessárias, imprimindo apenas o que precisa. (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:4)

Reutilizar tem como principal vantagem o prolongamento da vida útil dos produtos, reciclando mais e assim, fazendo o que já foi usado uma vez, de volta ao mercado para a comercialização. Cabe destaque para exemplos de reuso a possibilidade de usar para decoração ou para organização caixas que poderiam ser descartadas, latas que podem servir para vasos de plantas, e o reuso de roupas, sapatos e artifícios já usados por uma outra pessoa antes – aqui entra a cultura do brechó. (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:5)

Reciclar começa com o destino dado ao lixo, tanto doméstico quanto empresarial, separando em orgânico e inorgânico. "Todo o processo de transformação desses materiais evita o desperdício e reduz

a poluição, além da emissão de gases de efeito estufa. O processo é sustentável e econômico, pois evita um novo ciclo de produção" (MENEGUELLI, 2016, p.01 *APUD* SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:6).

De acordo com Abella (2013),

> Muitas coisas que usamos todos os dias, como sacos de papel, latas e embalagens de leite, são feitas de materiais que podem ser reciclados. Em algumas cidades é possível deixar os materiais recicláveis em caixas fora das casas e um caminhão virá recolhê-los regularmente. Outras cidades têm centros de reciclagem onde pode-se deixar os materiais coletados. Sacolas de papel e plástico, latas e garrafas de plástico e alumínio podem ser recicladas. Os itens reciclados são colocados em um processo que possibilita a criação de novos produtos a partir daqueles antigos. Alguns materiais como alumínio e vidro, podem ser reciclados indefinidamente, pois o processo não afeta sua estrutura. Outros materiais como papel, exigem uma mistura de resíduos e matérias-primas para fabricar um novo produto. (ABELLA; 2013:9-10; Tradução Nossa) [2]

Repensar: O ponto chave é levar a população a repensar seus valores e suas práticas para com o meio ambiente, dessa forma, reduzir seu consumo exagerado e o desperdício e reaproveitar todos os materiais possíveis de serem reaproveitados. Nas palavras de SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:7:

> ... refletir sobre os processos socioambientais de produção, desde a matéria prima, passando pelas condições de trabalho, distribuição, até o descarte. Repensar a real necessidade de consumo aos nossos hábitos. Significa exercer controle social sobre a cadeia e produção de consumo. Surgem alguns questionamentos nos dias de hoje que podem ser feitos para os consumidores: Será que o que você está comprando é algo de que realmente necessita? Será que algumas vezes você consome por impulso e acaba cometendo desperdício? Você compra um tênis, um computador, uma peça de roupa nova, mas o que você faz com os antigos? Ao invés de comprar algo novo, você não poderia reaproveitar algo que já tem? Você os reaproveita ou joga no lixo comum? Como você descarta o lixo na sua casa? Você separa embalagens, matéria orgânica e óleo de cozinha usado, jogando no lixo apenas o que não for reutilizável ou reciclável?

E por fim**, Recusar**, talvez a mais difícil das tarefas, pois abarca o consumo desnecessário e exagerado, adquirindo aquilo que é apenas essencial. Ao recursar certos tipos de produtos, a contribuição é tanto para a saúde quanto para o meio ambiente, além de ajudar a criar um mundo mais limpo. (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES;2017:7).

Felizmente, no Brasil, a política dos 5 R's (Repensar, Reduzir, Reutilizar, Recusar e Reciclar) vem ocorrendo com mais frequência ao longo dos anos, assim como em outros países também. O governo federal vem abordando a temática ambiental com mais frequência.

Nas palavras de Mota e Alvarez (2012),

> As práticas dos 5 R's vêm ocorrendo no Brasil como educação contínua no fomento da cidadania na conservação e preservação do meio ambiente, por meio de profissionais das áreas da educação pública, direcionadas as crianças, estudantes, pais e para toda a sociedade. Além do desenvolvimento de Campanhas e ações pontuais de mobilização e conscientização das pessoas em relação às coletas seletivas, redução da poluição e dos lixos e resíduos, economia de água e energia, leis e diretrizes presentes na Política Nacional de Resíduos Sólidos. (MOTA;ALVAREZ; *APUD*; (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017;2017:9)

Tratando da legislação das questões ambientais, há uma estrutura para o cumprimento das leis

[2] Many of the things we use every day, like paper bags, soda cans, and milk cartons, are made out of materials that can be recycled. In some towns you can leave your recyclables in bins outside your home, and a truck will come and collect them regularly. Other towns have recycling centers where you can drop off the materials you've collected. Things like paper and plastic grocery bags, and plastic and aluminum cans and bottles can often be brought to the grocery store for recycling. Recycled items are put through a process that makes it possible to create new products out of the materials from the old ones. Some materials such as aluminum and glass can be recycled indefinitely, as the process does not affect their structure. Other materials, such as paper, require a mixture of waste and raw material to manufacture a new product.

com o objetivo que a natureza seja preservada. Nas palavras de Floriano: "No Brasil existe uma estrutura denominada Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), liderada por um órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais ambientais". O Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal atuam como coordenador da Política Nacional do Meio Ambiente. O órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA é o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente e, o órgão executivo, o IBAMA - Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (FLORIANO, 2007, p. 04 e 05).

Em nível estadual, municipal e internacional há órgãos para regulamentação das políticas relativas ao meio ambiente:

> Nos Estados, as Secretarias de Estado de Meio Ambiente fazem a parte de coordenação, os conselhos estaduais de meio ambiente são os órgãos consultivos e deliberativos e os órgãos executivos tem sido criados, geralmente, como fundações ou empresas públicas que prestam serviços à administração direta, a exemplo da FATMA[3] em Santa Catarina, da FEPAM[4] no Rio Grande do Sul e da CETESB[5] em São Paulo; em alguns Estados o órgão executivo é um departamento ligado à Secretaria de Meio Ambiente.
>
> Já, no nível municipal, ainda inexistentes em muitos municípios, são previstos uma secretaria municipal responsável pela coordenação da política municipal ambiental, um conselho de meio ambiente como órgão consultivo e deliberativo e um órgão executivo, sendo que, em muitos casos, este último vem sendo o mesmo órgão estadual, contratado pelos municípios através de convênios firmados entre as Prefeituras e os Estados. Estes convênios se tornam viáveis na medida em que os municípios com menor PIB têm dificuldades, principalmente, pela onerosidade que a criação de um órgão municipal desta natureza representa. (FLORIANO, 2007:5)

Já em nível internacional, três órgãos são de extrema relevância e importância para as questões do meio ambiente, sendo eles: WWF – World Wildlife Fund (fundo mundial para a vida selvagem); ISO – International Organization for Standardization (Organização Internacional para Padronização) e a OMC – Organização Mundial de Comércio. (SILVA; FEREIRA; ROESLER; BORELLA; GELATTI; BOELTER; MENDES:2017:10)

Sendo assim, a importância do uso dos cinco R's (reduzir, reutilizar ou reaproveitar, reciclar, repensar e recusar) geram impactos positivos não só no Brasil, mas em toda comunidade mundial. Essas políticas podem ser colocadas em práticas tanto pelas pessoas físicas quanto pelas jurídicas, e todos os países devem se engajar em sua execução pois o meio ambiente é comum a todos. Dessa forma, é imprescindível o governo estar em plena sincronia com esses ideias e coloca-los em práticas através de órgãos de regulação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma decisiva, trazendo à tona o cenário do modelo capitalista de sociedade, as indústrias de bens e consumo têm uma grande responsabilidade no uso massivo dos recursos naturais. Agem de forma agressiva para com o meio ambiente, como explanado anteriormente.

Este artigo teve o intuito de trazer à tona o crescimento dos Brechós e como estes podem ser salientados como uma alternativa de desacelerar o consumo de massa que tanto prejudica o meio ambiente. Os Brechós geram a possibilidade de prolongar o ciclo dos produtos, e cada vez mais, representam uma nova forma de padrão de mercado, mais consciente e sustentável.

É imprescindível reformular a atual cultura de consumo da maior parte das sociedades, pois geram impactos devastadores na área socioambiental. Diversos âmbitos sociais e econômicos estão sendo repensados para proteger a natureza, e assim, conciliar de forma responsável o desenvolvimento mundial. Tratando-se especificamente do ramo da moda, a pesquisa realizada neste estudo permitiu analisar as perspectivas para o setor com o fortalecimento do mercado dos brechós auxiliando o progresso do desenvolvimento sustentável.

[3] FATMA – Fundação de Tecnologia e Meio Ambiente – SC

[4] FEPAM – Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler - RS

[5] CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - SP

Por fim, há de se elucidar que inúmeros desafios permanecem na temática da construção de um mundo mais sustentável e muitas lutas ainda serão necessárias para a ótica do direito socioambiental. É preciso olhar com cuidado para as populações mais carentes e vulneráveis, que tanto sofrem com as consequências de um mundo insustentável. Este trabalho de forma alguma esgota as discussões, ao contrário, salienta que ainda há muito a se debater e progredir ao que tange ao âmbito da proteção da natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLIM, Lilyan. **Moda e Sustentabilidade, design para mudança.** Iara – Revista de Moda, Cultura e Arte – São Paulo, V. 5, 2012. Disponível em: http://www1.sp.senac.br/hotsites/blogs/revistaiara/wpcontent/uploads/2015/01/08_IARA_vol5_n2_Resenha.pdf Acesso em: 22/02/2018

CRANE, Diana. **A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas.** São Paulo: Ed. SENAC, 2006.

DUTRA; Lucas de Menezes; MIRANDA, Victor Fernandes Duarte. **Comunicação, moda e memória: a roupa de brechó como parte do processo de construção da narrativa do indivíduo.** Brasília, 2013. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/5014. Acesso em: 26/03/2018

FERNANDES, Renata Batista. **Sustentabilidade na moda: de quem é esta responsabilidade?** 9°Colóquio de Moda, 2013, Fortaleza - CE. Disponível em: http://coloquiomoda.com. br/anais/anais/9-ColoquideModa_2013/COMUNICACAO-ORAL/EIXO-8-SUSTENTA BILIDADE_COMUNICACAO-ORAL/Sustentabilidade-na-moda-de-quem-e-essaresponsabilidade.pdf. Acesso em: 23/03/2018

FERRAZ, Angélica Ribeiro. **Moda e Sustentabilidade: relação permeada pelo consumo**, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: www.ufjf.br/posmoda/files/2014/11/Monografia-Angelica-Ribeiro-Ferraz-visto-Javer.pdf. Acesso em 23/03/2018.

FLORIANO, Eduardo Pagel. **Políticas de Gestão Ambiental.** 3ª edição revisada. Santa Maria, 2007. Disponível em: http://coral.ufsm.br/dcfl/seriestecnicas/serie7.pdf. Acesso em: 27/03/2018

HELLMAN, Aline Gazola. **A moda no século XXI: Para além da distinção social?** Porto Alegre, 2009. Disponível em: www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/21459/000736166.pdf. Acesso em: 26/03/201

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing** – 10ª edição, 7ª reimpressão – Tradução Bazán. Tecnologia e Linguistica; revisão técnica Arão Sapiro. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

SANTOS, Simone. **Impacto Ambiental Causado pela Indústria Têxtil, PPGEP** – Centro Tecnológico, 2000. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP1997_T6410.PDF. Acesso em: 24/03/2018

UNIETHOS. **Sustentabilidade e Competitividade na Cadeia da Moda – Série de Estudos setoriais.** São Paulo, 2013. Disponível em: www.abit.org.br/conteudo/links/estudo_sustentabilidade_uniethos.pdf. Acesso em: 26/03/2018

GT25: O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ENTRE OS TRIBUNAIS E A LEGISLATURA: DINÂMICAS, TENSÕES E POSSIBILIDADES

A CRISE DO SISTEMA JURÍDICO-VIGENTE NO BRASIL: A CORRUPÇÃO DA LÓGICA ESTRUTURANTE DO ESTADO MODERNO EM DEFESA DE INTERESSES EXTERNOS AO "CAMPO JURÍDICO"[1]

Álvaro Filipe Oxley da Rocha[2]

Tiago Lorenzini Cunha[3]

RESUMO: A crise do sistema jurídico-vigente no Brasil tem sido analisada, não raras vezes, como uma extensão ou uma consequência de outra problemática, isto é, da corrupção dos agentes estatais, no sentido do desvio dos recursos públicos, motivo pelo qual a flexibilização da normatividade jurídica do Estado moderno seria uma necessidade imprescindível, a fim de construir uma estrutura institucional mais eficaz e punitivista para lidar com esse significado do termo corrupção. Por outro lado, buscamos demonstrar com esse trabalho, que a principal crise do sistema jurídico-vigente é instrumentalizada pelos agentes do Estado através de práticas ativistas, especialmente quando esses praticam uma corrupção ou desestruturação da forma de justificar e crer no Estado moderno, permitindo a intromissão de interesses externos dentro do campo jurídico, tradicionalmente e historicamente instituído. Assim sendo, essa confusão de lógicas dos diferentes campos sociais será analisada por nós, tendo em vista a proposta teórica e metodológica de Bourdieu, estudada através de uma genealogia institucional do Estado moderno, de forma a termos condições de enxergar o que está para além do projeto de esquecimento da gênesis dessa estrutura objetiva e subjetiva da vida social. Por esse motivo, quando não existe um campo jurídico previamente construído como costume social, em um território, o ativismo dos agentes do Estado manifesta-se não apenas como uma desorganização da forma de organizar essa estrutura, mas como uma prática cultural que procura naturalizar a lógica de outros campos (político, mediático, social, etc.) como sendo a própria lógica (*práxis*) oficial do Direito.

Palavras-chave: Crise. Corrupção. Genealogia Institucional. Ativismo. Agentes do Estado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em razão dos níveis alarmantes de corrupção que temos vivenciado no Brasil (FILGUEIRAS, 2009, p. 386-421), a luta a favor da preservação do sistema jurídico-vigente e sua tradição histórica têm sido deixadas em segundo plano, como resposta ao desejo social de que Estado moderno deveria, por meio de seus agentes institucionais (juízes, promotores, etc.), promover uma resposta estatal mais rápida para a sociedade, ainda que em sacrifício da lógica ou normatividade institucional (o Direito ou as leis), no sentido de responsabilizar penalmente os indivíduos que impuseram o maior dos prejuízos à coletividade, isto é, aqueles que desviaram dinheiro público (corrupção patrimonial).

Em contrapartida, essa demanda social pela flexibilização da lógica ou linguagem institucional do Estado moderno, em prol da punição dos ditos "corruptos", não conseguiu ainda perceber que a mais grave

[1] Este trabalho utiliza o conceito de "campo" de Bourdieu, no sentido de expor os limites, as estratégias, os (des)interesses, etc., que estão em constante disputa pelos agentes, dentro desse espaço social (o jurídico), através do resgate da dimensão simbólica e histórica do Estado moderno, condição essa imprescindível para que possamos enxergar a parte invisível das estratégias de poder e dominação social/estatal. Assim sendo, partindo da premissa que todo campo é um espaço de "luta", onde se mede a "força" simbólica dos agentes ali envolvidos, cada campo é capaz de produzir e de reproduzir uma determinada forma de pensar e de agir (um *habitus* específico), na qualidade de característica intrínseca ao "poder simbólico" que é preservado nesse espaço de disputa. Para uma descrição mais detalhada, bem como sobre a complexidade das lutas travadas no "campo jurídico", *ver* Bourdieu (1889, p. 219 e ss.; 2014, p. 166-168; 250 e ss.; 2005, p. 71 e ss.).

[2] Pós-doutorado em Sociologia do Crime e do Controle social pela Kent University - UK (Inglaterra). Doutorado em Direito do Estado (Sociologia do Direito) pela UFPR. Mestrado em Ciência Política pela UFRGS e Graduado em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais) pela PUCRS; oxleyalvaro37@gmail.com.

[3] Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Atualmente bolsista CAPES; tiagolorenzini@hotmail.com.

das crises do Estado moderno não decorre, única e exclusivamente, da subversão de recursos públicos, mas da inobservância da tradição histórica e estatal dessa instituição por parte dos agentes institucionais, ignorando os limites constitutivos desse campo específico (jurídico). Além disso, é importante destacar que não é somente o Estado, enquanto instituição social, que está passando por uma crise de sentido na contemporaneidade, mas sim que outras agências de controle (família, trabalho, etc.) e suas respectivas normas ou racionalidades, segundo Young, estão em declínio, haja vista que as fronteiras objetivas entre o local e global estão imbricadas, caóticas e imersas em um profundo estado de precariedade de identidades e posições sociais, o que dificulta, por sua vez, a refixação do papel dos sujeitos, nessas estruturas objetivas (YOUNG, 2007, p. 2-3; 6; SANTOS, 2000, p. 20 e ss.). Não obstante, a própria noção de Democracia ou, mesmo, o sistema político e democrático (*lato sensu*) tem sido confrontado por uma crise de seus fundamentos teóricos e metodológicos.

Como consequência desse quadro, a ausência de debate sobre esse tema incentiva justamente a atitude pró-ativa ou ativista dos agentes do Estado como *personagens sociais* (*heróis*), nos mais diversos órgãos de poder do setor público, na medida em que esses agentes buscam, por vezes, colocar o interesse social e desorganizado dos indivíduos (setor privado), em sobreposição do interesse público (do Estado).

Essa expectativa da sociedade em transformar os agentes do Estado em protagonistas de seus interesses sociais culmina em uma inversão da lógica estrutural do Estado, pois dissemina a crença de que os agentes podem contrariar a lógica que os legitima (jurídica), em razão dos anseios particulares de determinados segmentos sociais. De forma exemplificada, se a maioria dos setores sociais desejarem uma punição exemplar do dito "criminoso" ou "corrupto" – mesmo quando violada alguma de suas garantias fundamentais pelo Estado –, a sociedade passa então a autorizar e guiar os agentes do Estado a pensar a partir dessa crença (lógica punitivista), relativizando o papel dos agentes de proteção do ordenamento jurídico vigente, em detrimento de paixões vingativas.

Em contrapartida, a priorização da função-lógica extrainstitucional de outros campos sociais como a mídia (BOURDIEU, 1997), a política (BOURDIEU, 1889, p. 167 e ss.), etc. sobre a função-lógica institucional, especialmente do campo jurídico, tem ocasionado confusão e estreitamento dessas lógicas, no sentido de impactar no treinamento que é adquirido pelos agentes do Estado como parte da legitimação e autoafirmação de seu grupo social. Assim sendo, nosso objetivo é justamente analisar esse conflito de lógicas através da proposta teórica e metodológica de Bourdieu, uma vez que é a teoria das práticas sociais que permite expor esses embates entre os diversos campos por meio de uma genealogia das instituições, sendo essa a única forma, segundo o autor, de resgatar a extensão e a qualidade do poder simbólico acumulado pelo Estado, de forma a visibilizar o projeto de "amnésia da gênesis" estatal, em termos de suas estratégias de poder e dominação social, em favor, não raras vezes, dos dominantes econômicos e simbólicos do campo burocrático ou administrativo (BOURDIEU, 2014, p. 250 e ss.; 2005, p. 71 e ss.).[4] Nesse sentido, tanto o sociólogo (BOURDIEU, 2005, p. 71 e ss.) quanto o jurista e o intelectual possuem a mesma tarefa: devem confrontar e resistir a noção de que as coisas "sempre-são-assim", no sentido de terem condições de observar o lado invisível da história e da complexidade dos processos históricos das instituições pelas quais as coisas puderam se "tornar-assim".

Sobre a relevância dessa abordagem científica, a sociologia de Bourdieu é hábil a demonstrar, segundo Wacquant, como é possível um discurso de dominação jurídico-social instaurar um determinado modo de pensamento e de ação, em diversos grupos sociais, ocultando seus "instrumentos de conhecimento

[4] Gostaríamos de ressaltar a importância da descrição do Direito por meio de um sociólogo (sociologia do Direito). Para além de uma possível predileção por este ou outro autor da sociologia (Bourdieu), estamos, em verdade, tratando de um problema muito mais profundo e de ordem reflexiva: a dualidade interpretativa de quem vê um mesmo objeto (sociedade), de forma objetiva (imparcial) ou subjetiva (sujeitada ao eu), isto é, real ou arbitrária. Em outros termos, porque dificilmente algum jurista conseguiria descrever o Direito através de uma linguagem que não fosse puramente jurídica, ou seja, que precisaria ter êxito em sair de fora de seu próprio "campo" para ter uma visão nova e em contato com outra linguagem descritiva (sociológica) e não apenas conformada na repetição de pressupostos jurídicos já conhecidos e assimilados; é que, qualquer sociólogo que se predisponha a conhecer não só o seu campo (sociologia), mas o campo (jurídico) de outros agentes sociais passa a ser um referencial teórico relevante para ambas às áreas de conhecimento. Sobre essa discussão, a ambiguidade da noção de campo como um recorte fiel e objetivo de parte do mundo social e/ou de suas práticas e mecanismos ou, ainda, como uma interpretação arbitrária dessa realidade, *ver* (BOURDIEU, 1989, p. 17 e ss.; ALMEIDA, 2017, p. 126 e ss.).

e construção de realidade", edificados socialmente. Dessa forma, a "antropologia da gênesis do poder" de Bourdieu permite tanto explicar a especificidade quanto a potência do poder simbólico institucionalizado, de modo a conhecer as estratégias de manipulação dos "sistemas de sentido e significação" do mundo social (WACQUANT, 2005, p. 159-160; 162).

Por esse motivo, como limite metodológico de nosso artigo, gostaríamos de salientar que o sentido do termo *corrupção*, como o iremos utilizar, não possui uma conotação apenas patrimonial ou de desvio de bens ou de parcelas do patrimônio público para o setor privado; queremos, pelo contrário, realizar uma crítica a outro sentido dessa expressão, *corrupção*, enquanto *desorganização* ou diminuição do poder estatal que precisa ceder às pressões externas, isto é, de uma lógica que afeta as bordas do Estado, mas que não deveria ser invadido ou trespassado por interesses que são incompatíveis, por excelência (função-lógica extrainstitucional), com a tarefa institucional dos agentes do Estado, de zelarem pela proteção do sistema jurídico-vigente. Assim sendo, o que está em jogo é uma *corrupção ou uma descapitalização praticada pelos próprios agentes (ativismo) quando contrariam o capital (Direito) pelo qual instituições como o Estado utilizam para justificar a sua existência.*

Por outro lado, em virtude da complexidade do termo agente social,[5] cabe destacar que, por agente(s) do Estado, iremos sempre nos referir aos agentes que trabalham diretamente para a instituição Estado (seus funcionários, juízes, promotores, etc.) e não em relação aos agentes para quem o próprio Estado trabalha (sociedade, povo, etc.). Assim, nosso estudo almeja colocar em relevo o seguinte quadro de análise: quais são os impactos para o Estado e para o sistema jurídico-vigente no Brasil, quando os agentes do Estado segue a função-lógica extrainstitucional e não a função-lógica institucional, como modelo de pensamento e de ação (ativismo)?

Finalmente, no tópico intitulado *A ausência de fundamento adequado (institucional) para o combate à corrupção quando utilizada a função-lógica extrainstitucional*, abordaremos os limites normativos que devem restringir a liberdade discricionária dos agentes do Estado; as consequências para o agente do Estado que está vinculado à função-lógica extrainstitucional, ou ainda, à lógica de outros campos sociais, fora do alcance do Estado ou do campo jurídico; a importância do conceito de Estado e Democracia, para Durkheim, em relação aos agentes do Estado (DURKHEIM, 2015, p. 113-114; 120-121; 125); a relação e as consequências de uma elevada distância entre Direito e costume em uma sociedade; e, por fim, a ausência de uma lógica propriamente institucional (jurídica) na história sociocultural brasileira.

Posteriormente, no último tópico, intitulado *Democracia e autogoverno: um mal necessário?*, trataremos da parte invisível das razões pelas quais o Estado faz o que faz (BOURDIEU, 2014, p. 32-34), de modo a refletir para além de sua função democrática e em que medida os seus mecanismos ou "princípios ocultos" modificam a dinâmica interna e externa do seu campo; tanto a nível sociológico quanto a nível filosófico, quais os obstáculos, os *slogans* (DWORKIN, 2014, p. 579 e ss.) ou os limites que dificultam a definição e o funcionamento da categoria Democracia; da ilusão em torno da crença da Democracia enquanto a construção de uma comunidade igual e homogenia, bem como dos motivos de termos uma democracia positivada apenas nos quadros legislados e não, propriamente, naturalizada como costume social; dos ressentimentos na base da ideologia democrática, orientada pelo princípio da igualdade (ANSART, 2005, p. 17; 23; 26-27); e, finalmente, de dois modelos de autogoverno, o sistema majoritarista e o sistema coparticipativo, desenvolvido por Dworkin (2014, p. 585 e ss.; 589).

[5] A dificuldade em tratar do termo *agente social* não é tanto pela classificação de seu "estilo de vida", ou melhor, sobre o *habitus* ou treinamento que ele deve seguir, a fim de legitimar o capital específico de seu campo (jurídico); mas sim, naquilo que afirma Bourdieu, que a razão de ser das instituições e de seus funcionamentos não é simplesmente realizada a partir da vontade do agente, dominado por um campo, porém em face dos interesses conflitantes com outros campos sociais (político, midiático, estatal, etc.) que, somente através da contínua luta, pode fazer prevalecer uma ou outra "visão legítima do mundo social", a partir dos interesses de quem está hierarquicamente acima dele, no grupo social (BOURDIEU, 1989, p. 80; 147; 148-149). Dito de outra forma, é somente quando o agente (se)perde a sua identidade dentro do grupo ao qual pertence (quando abdica de seu interesse pessoal para prevalecer a vontade dos outros agentes dominantes do grupo), que ele encontra, de fato, a sua nova e verdadeira posição social de existência e de resistência.

2 A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO ADEQUADO (INSTITUCIONAL) PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO QUANDO UTILIZADA A FUNÇÃO-LÓGICA EXTRAINSTITUCIONAL

As demarcações de um agir fora dos limites constitucionais, já deveriam ser, por si mesmas, um forte indicativo de ação realizada sem fundamento legítimo na liberdade do agente do Estado. Sem uma justificativa capaz de circunscrever um começo e um fim para a liberdade daqueles sujeitos, que especialmente, estão fadados por um dever institucional, em relação à sua função pública, de zelarem pela manutenção de uma lógica que não está abaixo, mas acima deles. Isto é, parece-nos evidente que, da mesma forma que o indivíduo-cidadão não pode deixar de pagar nenhum tipo de imposto, porque há uma obrigação tributária constitucional, que não o permite escolher se quer ou não realizar essa quitação, tampouco, os agentes do Estado podem se comportar ou ter permissão de escolher – como se estivessem em uma posição superior à lógica do equilíbrio entre liberdade e responsabilidade – se o seu agir teria como fonte principal as direções e limitações constitucionais, ou algum dos critérios provenientes daqueles artificialmente impostos pela lógica extrainstitucional.

Quando um agente do Estado (também na condição de jurista) esquece que a lógica do seu campo (aquela do espaço jurídico) está estruturada por um treinamento de condições (critérios) diferentes daquela proveniente de outro campo (o midiático ou o político, por exemplo), ele perde a legitimidade na posição de permanência em seu campo, o de jurista, para se tornar, um mero justiceiro das demandas sociais. Dessa forma, é compreensível – em algum sentido, pois somos todos seres humanos – que um agente do Estado possa se comover com os discursos punitivistas difundidos pela grande mídia, por exemplo, a noção de solução final do problema complexo que é a violência através de medidas políticas de encarceramento, ou ainda, através de uma falsa função que lhe poderia ser atribuída, o de herói ou responsável maior pela concreção de interesses ou expectativas socais. No entanto, espera-se desse agente (jurista), um mínimo de conhecimento (treinamento prévio) na utilização de critérios que não derivem do senso-comum (da lógica de outro campo social), pois, se esse fosse o caso, qual a finalidade de seu diploma, de seu cargo e da função institucional que esse ocupante do cargo estatal reivindica?

Na tradição histórica do Estado moderno, a modernidade buscou impor um novo modelo social através da substituição do antigo princípio justificador estatal do mundo pré-moderno, a religião, por uma racionalidade impessoal e jurídica, baseada no mérito. O Direito passa então a guiar os indivíduos diante de um novo sistema social, uma vez que, segundo Weber, o "desencantamento" da tradição religiosa e afetiva do tempo pré-moderno era uma condição necessária para a instauração de um novo "capital de salvação" (crença estatal), pois a construção racional do Estado moderno só poderia ser edificada por meio de um Estado burocrático. Assim sendo, na visão de Weber, o Estado só pode existir, enquanto uma "associação que reclama para o si o monopólio do uso legítimo da violência" física, sendo que não há outro modo de validá-lo, senão pelo cumprimento das leis (sua racionalidade jurídica) (WEBER, 2004, p. 30-31; 56; 61; 2010, p. 60-61).

Por esse motivo, como explica Bourdieu ao organizar o pensamento weberiano, o que confirma o uso do monopólio da violência física que tratava Weber decorre justamente dessa violência autorizada ou racional que estrutura o Estado moderno. Em outras palavras, Bourdieu procurou caracterizar a amplitude estratégica dessa violência autorizada ou jurídica, na qual denominou de "simbólica", na medida em que o Estado não seria apenas a concentração da força física (policial, por exemplo) legítima, mas simbólica e, por isso, legítima (BOURDIEU, 2014, p. 30 e ss.). Ademais, sua teoria das práticas sociais buscou demonstrar que essa violência simbólica do Estado (Direito) cumpre também a missão importante de mitigar a violência física entre os indivíduos, de modo que as leis fundamentam não só a estrutura estatal, mas a forma de pensar dos agentes vinculados a essa instituição (BOURDIEU, 2008, p. 107-108). Assim sendo, quando as condutas dos agentes do Estado não estão orientadas por meio da lógica jurídica do Estado moderno, os agentes praticam uma *descapitalização (ativismo)* do próprio campo burocrático, isto é, trabalham para deslegitimar o espaço que os legitima, de forma que não somente a estrutura estatal acaba tendo por deteriorada a crença interna nesse sistema, mas o próprio modelo social proposto pela modernidade irá viver uma verdadeira crise de sentido. Isso porque, caso o sistema jurídico-vigente esteja diante de uma crise epistemológica, em termos da perda de fixidez de seus fundamentos e princípios, os papéis sociais dos sujeitos que fazem parte dessa construção sistêmica também estarão caóticos ou desestruturados em face da desestruturação estatal.

Em contrapartida, tal processo de deterioração institucional ocorre porque os agentes do Estado, por vezes, não estão interessados, primordialmente, no combate à corrupção, mas na "concentração do capital simbólico", como condição de permanência e autoafirmação do cargo que ocupa e de seu grupo social (BOURDIEU, 2008, p. 107 e ss.), assim como estão interessados em investir nas diferentes formas do capital simbólico (jurídico, econômico, físico, cultural, social, etc.), no sentido da busca pelo reconhecimento interno e externo do campo ao qual estão vinculados (o campo jurídico).

Nessa perspectiva, nem sempre o interesse dos agentes do Estado será similar à lógica do campo jurídico (de preservação dos ideais ou conquistas civilizatórias contidas na CF/88), ou ainda, terem a preocupação com a ciência do direito, haja vista a existência de elementos heterogêneos que estão sempre em constantes disputas simbólicas, pelos agentes, para alcançar o controle ou a manipulação do direito positivado. Dessa forma, como adverte Bourdieu, o resultado de se compreender o direito como objeto flexível e maleável, isto é, como uma "ciência jurídica", ao invés de "uma ciência rigorosa do direito", faz com que ele seja instrumentalizado por aqueles que querem construir os elementos formais (internos e externos) do campo, com a intenção de esconder os interesses pessoais desses "intérpretes autorizados" e de dominar o sentido do texto de lei, a partir de um sistema dogmaticamente fechado (BOURDIEU, 1989, p. 212-213; 217-218; 226).

Dito de forma exemplificada, se fosse possível o Estado autorizar os seus agentes a perseguirem qualquer ato de corrupção praticado, sem o preenchimento das condições da ação que legitimam o seu início, ou ainda, se o Estado concedesse o pedido de prisão preventiva requerido pelo agentes do Ministério Público, por exemplo, em virtude desse fato, sem exigir o devido fundamento infraconstitucional, estaria permitindo que os agentes do Estado tomassem partido do lado "x" (sociedade) ou "z" (*reo*) do conflito jurisdicional, pois estando os agentes do Estado mais sensibilizados com "x" do que com "z", atribuiriam um valor maior à liberdade de "x" do que a liberdade de "z". A liberdade de "x" (sociedade) é tão importante quanto aquela derivada de cada membro do mundo social, haja vista a nossa hierarquia constitucional, que conforme aponta o art. 5º, inciso LVII da CF/88, tem no princípio da presunção de inocência, um importante marco de proteção institucional.

Mais ainda, uma Instituição, seja qual for, não pode olhar para si e ver somente indivíduos aleatoriamente organizados socialmente, porque teríamos um sistema institucional controlado por indivíduos, e não um sistema institucional que controla e limita os indivíduos/agentes que compõe. De acordo com Norbert Elias, para evitarmos a visão "banal e evidente" da realidade social, circunscrita no indivíduo que "é parte de um todo maior, que ele forma junto com outros", é preciso perceber uma relação "interdependente" entre indivíduos e sociedade, isto é, o indivíduo na totalidade de suas relações (1994, p. 17 e ss.).

Em contrapartida, no entendimento de Durkheim sobre essa reflexão, a dicotomia Estado e sociedade, a questão da origem ("o problema da gênese") e da validade ("o problema do funcionamento") das regras que irão compor a estrutura social não é apenas um método de análise em sua sociologia, mas constituem, ambos os pontos de discussão, a matéria que afeta a definição, a organização e a sedimentação do próprio conceito de Estado. Em suas palavras:

> [...] Quando o Estado pensa e decide, não se deve dizer que a sociedade é que pensa e decide por ele, mas que ele pensa e decide por ela. Ele não é um simples instrumento de canalizações e concentrações. Em certo sentido, é o centro organizador dos próprios subgrupos (DURKHEIM, 2015, p. 41 e ss.; 83).

De qualquer sorte, a questão fundamental que se coloca, neste momento, é que não se pode combater a corrupção (*lato sensu*), tendo esse agente desprezo ou desatenção pela lógica institucional do Estado, seja através da não submissão do sujeito aos conjuntos de normas incorporadas por vários códigos, ou mesmo pela não observância do arquétipo principiológico contido em um código especial como estrutura fundamental superior, isto é, a própria Constituição. Nesse sentido, os agentes do Estado não podem se render ao populismo político ou punitivista, guiando-se pelo senso-comum social daqueles que não tem a obrigação institucional de conhecer as leis, pelo não compromisso do desenvolvimento de uma ciência crítica ou de uma crítica ao direito; devem, pois, ter presente que, nos tempos atuais, a Constituição-Estado

(democracia) tomou o lugar que era antes do Rei-Estado[6] (autoritarismo), do período feudal. Tal esforço comparativo é também tarefa do intelectual, a de não meramente "refletir as ideias de outras pessoas", mas contextualizá-las, ou seja, ele também "as aperfeiçoa e esclarece", pois é ele que consegue melhor articular "as ideias e as crenças que circulam numa sociedade" (BAUMER, 1990, p. 23).

Finalmente podemos distinguir então a função/lógica institucional da função/lógica extrainstitucional dos agentes do Estado. Nesse sentido, se no primeiro caso, esses agentes são obrigados, por uma limitação institucional, a que seus atos respeitem e preservem a Constituição e todos os direitos nela inseridos como lógica, função de segurança do Estado; já, no segundo caso, os agentes do Estado teriam a prerrogativa ou a liberdade de tomarem as suas decisões conforme a lógica não-estatal, isto é, do setor privado.

Assim sendo, quando um agente do Estado, que em nome da justiça, se deixa guiar mais pela mídia ou pela política do que pelo direito positivado, constitucional e infraconstitucional, desenvolve uma sensibilidade mais aguçada para lidar com problemas morais do que com a interpretação e a aplicação da lei, no caso concreto. Observe-se, entretanto, que se a moral moralizar o direito, não há direito, haverá apenas a moral; pois não?

Sob esse prisma – das condições de treinamento, do *habitus* de cada campo social utilizado por Bourdieu (1983, p. 89-91) –, o campo jurídico possui um *habitus* diverso daquele derivado do campo midiático e do campo político. Dessa forma, se no campo midiático, os políticos precisam da simpatia ou da crença da população construída na ideia de uma "opinião pública", voltada para a lógica eleitoral e para a lógica da troca de interesses; já, no campo jurídico, teoricamente, acontece totalmente o oposto, os juristas não devem se render às pressões externas, porque estas não fazem parte da lógica interna do seu campo, que não se destina a promover a satisfação dos interesses digladiantes da sociedade (OXLEY DA ROCHA, 2010, p. 46-47; 48), mas sim os interesses do Direito que, em outros termos, são aqueles critérios emanados de uma Constituição democrática, como a nossa.

Por esse motivo, é nosso entendimento que o ativismo dos agentes do Estado está eminentemente calcado na persecução dos critérios dessa lógica extrainstitucional, uma função falaciosa que eles não poderiam assumir. Nesse sentido, a função-lógica extrainstitucional, muitas vezes adotada por esses agentes, é incompatível com o Estado Democrático e de Direito, pois tenta fazer prevalecer critérios estranhos e ilegítimos em relação à ordem da própria esfera institucional.

Para além desse quadro, um cenário ainda mais funesto do que o antes descrito, será a falsa ideia "de que o Estado de direito" possa ser salvo, segundo Martins, quando "o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto": "por mais que custe à chamada opinião (pública), o Estado de direito só é salvo" quando um poderoso ou convicto corrupto é "punido no decurso de um devido processo legal", sendo populismo puro, o contrário dessa visão, de acordo com o autor. Para Martins, esse populismo ocorre porque é mais fácil criar uma cultura de oposição à corrupção do que a favor do respeito do devido processo legal (lógica midiática) – o que deveria ser exatamente o oposto, se aqui tratamos exatamente sobre esse tema (MARTINS, 2013, p. 105). Além disso, conforme explica Durkheim, é importante lembrar que é também falsa a concepção da qual se extrai a visão de que em uma democracia, todos têm liberdade para governar; pelo contrário, "se todo mundo governa, na verdade, não há governo", há tão somente sentimentos coletivos e difusos (2015, p. 113).

Não obstante, os símbolos ou as crenças de uma determinada sociedade constituem um traço cultural essencial que explica *como* e *em que* casos a sua dinâmica social está funcionalmente comprometida, em face de exigências internas e externas estruturantes da vida coletiva. Nesse sentido, cada sociedade define os seus totens permitidos e/ou proibidos em sua comunidade, isto é, há totens de afirmação (preservação) e

[6] Sobre essa discussão, *ver* (BOURDIEU, 2014, p. 407 e ss.). No entanto, gostaríamos de ratificar que nosso objetivo não é destruir ou extinguir as teorias legitimadoras do Direito, mas dar lugar às vozes de quem, por estar silenciado pelo próprio campo jurídico, em termos de sua sobrevivência, não pode dizer aquilo que (des)capitalizaria o capital do campo (ao expor os limites desse capital específico) e, portanto, faria com que ele próprio estivesse deslegitimado ou desautorizado a falar em nome desse capital (jurídico). Em outros termos, embora "o que pode ser dito" seja sempre relevante na elaboração dos discursos oficias e visíveis, o que todo o agente social deve realmente aprender, a fim de definir as mais eficazes estratégias de sua manutenção no grupo, é o que ele jamais pode dizer, "o que não pode ser dito no palco" invisível das dinâmicas ocultas do mundo social (BOURDIEU, 1989, p. 53 e ss.).

totens de negação (violação) que justificam a continuidade de um sistema hierarquizado, uma característica imprescindível como forma de conferir identidade aos sujeitos vinculados a essa estrutura. Sobre o tema, segundo Freud, o tabu serve para designar tanto a ordem do sagrado, de afirmação ou do pré-constituído (daquilo aceito socialmente) quanto de ordem negativa ou destrutiva desse conjunto de crenças sociais (daquilo que não se pode questionar, sob pena de deslegitimar o seu próprio espaço). A violação de um totem protegido pelo sistema do totemismo exige, portanto, uma série de sanções punitivas, desde "doenças graves" ou, até mesmo, a "morte" do infrator (FREUD, 2013, p. 13-14; 105-106).

Em outros termos, o sistema do totemismo – o modelo mais antigo da história dos sistemas penais da humanidade, aponta Freud (2013, p. 14) – apresenta-se por meio de uma binariedade entre o permitido e o proibido. Longe de ser uma arquitetura utilizada apenas para simbolizar uma organização social sacralizada (sagrada), o tabu relaciona-se com um modo específico de internalizarmos instituições ou categorias objetivas como crenças sociais; a afirmação de um tabu antecede a sua negação, haja vista que somente negamos o que primeiro naturalizamos como costume social. Por esse motivo, a função ou expectativa social que é atribuída aos agentes do Estado (que devem ser mais solidários com as demandas sociais) apenas pode corresponder a essas causas ou sentimentos (sofrimentos), quando a distância entre Direito e costume não é tão elevada.

De acordo com Durkheim, é natural haver algum nível de diferença entre Direito e costume, pois, uma vez que o Direito consegue refletir uma pequena parte da vida social, pode fornecer somente "dados incompletos para resolver o problema"; ele visualiza somente um dos inúmeros fragmentos ou realidades que afetam o fato social (2016, p. 71 e ss.). A partir desse entendimento, é possível extrair-se duas consequências fundamentais: *a primeira*, que nenhuma teoria pura do Direito[7] alcançará êxito em explicar as dinâmicas sociais através de uma linguagem cientificamente jurídica, já que a complexidade dos processos aos quais estão sujeita a sociedade são amplamente extensos e dinâmicos para serem compreendidos por uma positivação estática da ordem social. Dito de outro modo, dificilmente é possível fazer com que os interesses da sociedade coincidam com as intenções dos juristas (técnicos ou agentes do Estado), haja vista que a linguagem (jurídica) pela qual os agentes utilizam para se comunicarem com o corpo social advém de uma clausura dogmática que antes de reproduzir os sentimentos aleatórios produzidos pela sociedade, essa lógica deve guiar e preservar a manutenção dos interesses do Estado. Isso porque, essas demandas públicas ou agendas estatais nem sempre são compatíveis com as agendas particulares de determinados segmentos sociais.

A *segunda* consequência do distanciamento entre Direito e costume diz respeito a falta de uma lógica propriamente institucional (jurídica) que os agentes do Estado devem seguir no Brasil, pois, histórico e culturalmente, categorias como Estado, soberania, sociedade e Democracia nunca foram internalizadas como costume social, comparado com países mais desenvolvidos, como a França, que tiveram intensas batalhas em prol desses ideais. Dessa forma, nossa experiência democrática é recente, haja vista que fomos colonizados (ensinados) por Portugal acerca do que é uma democracia, em vez de construirmos o nosso próprio significado em torno desse projeto.

Em razão desse quadro de análise, quando as categorias jurídicas são mal introjetadas na cultura social, o caminho inverso entre costume e Direito ocorre, isto é, em vez da chamada "consciência comum ou coletiva" (DURKHEIM, 2016, p. 83-84 e ss.) ter absorvido institutos jurídicos importantes para a sua organização e/ou sua "divisão do trabalho social" e, em decorrência disso, o Direito passaria a positivá-los como costume; é o próprio Direito, no Brasil, que pela via legislativa precisa fornecer algum modelo referencial acerca dessas categorias, ocasionando então uma necessidade de hiperlegislar sobre a realidade social brasileira, a fim de diminuir a sensação de ausência desses marcos teóricos importantes em nossa cultura.

Mais ainda, se existisse uma lógica institucional (jurídica) composta por demarcações claras em nossa sociedade, exigir dos agentes do Estado uma função social não seria uma hipótese inválida ou impensável, haja vista que agir em favor da sociedade seria atuar em prol das categorias (lógica) do Direito que foram anteriormente naturalizadas no pensamento coletivo. No Brasil, a defesa da sociedade é, por vezes, uma demanda contrária à lógica do Direito, porque a falta de tradição em relação à proteção e ao desenvolvimento

[7] Sobre a tentativa de separar a moral do Direito, apontamos essa discussão (KELSEN, 2006, p. 63 e ss.; 67).

de nossas instituições, inviabiliza uma interpretação aceitável que aproxime, minimamente, o interesse social do interesse público ou vice-versa.

3 DEMOCRACIA E AUTOGOVERNO: UM MAL NECESSÁRIO?

Há muitas observações que se pode fazer sobre a relação entre o Estado e os seus agentes, cuja quais as práticas ativistas de parcela dos agentes do Estado, como demonstrado ao longo deste artigo, é somente uma dessas observações. No entanto, o que é sempre mais relevante de ser apontado não é propriamente a parte visível de uma estrutura de poder, mas o dado invisível ou oculto dessa realidade. Em consequência disso, a questão em torno da forma com que iremos analisar a democracia e o Estado e seus agentes, neste tópico – diferente do anterior –, não é tanto afirmar novamente que o Estado necessita ser concretizado ou pensando a partir de uma função ou lógica democrática na modernidade (parte visível), disso já sabemos; porém, precisamos estudá-lo enquanto os mecanismos (democráticos ou não) que não só fazem-no funcionar, mas como esses mecanismos o transformam naquilo que ele é para além de suas finalidades formais ou oficiais (parte invisível). É dizer, que se desejamos conhecer o que esconde ou o que está abaixo (na raiz) do denominado por Streck de "chão linguístico" que nos sustenta (2016, p. 14 e ss.), é imprescindível questionar a razão de aceitarmos a naturalidade das coisas, em vez de apenas as aceitarmos pelo fato delas nos parecem naturais.

Sobre esse entendimento, segundo Bourdieu, para que possamos conhecer as razões pelas quais o Estado faz o que faz, é indispensável observá-lo não por aquilo que ele diz fazer, mas por aquilo que ele realmente faz, isto é, quais são os "princípios ocultos" ou invisíveis do Estado que revelam tanto as suas funções quanto os mecanismos utilizados por ele para dar a impressão de atingir determinados fins. Nesse sentido, diferente de uma perspectiva puramente funcionalista, que legitima o Estado pelas funções (social, jurídica, histórico-cultural, etc.) que ele é obrigado a assumir para impor-se como uma forma legítima de governo e para governar, o que deve ser desenvolvida é a "própria estrutura dos mecanismos que supostamente produzem aquilo que o fundamenta" (BOURDIEU, 2014, p. 32-34).

Por outro lado, essas críticas realizadas ao Estado e aos seus agentes – havendo dúvidas, se é possível criticar a categoria artificial Estado – não têm a intenção de defender a sua inexistência, que ele deve deixar de existir em nome de seus problemas estruturantes ou, ainda, em face de um "humor anti-institucional", como chamou Bourdieu (2014, p. 33). Não, trata-se de algo muito mais problemático, em compreender a crítica em seu contexto, isto é, assim como os obstáculos impostos por um sistema não necessariamente acarretam na sua extinção, mesmo que pareçam insuperáveis (a falta de credibilidade das instituições sociais na modernidade é um desses impasses), tão pouco as denúncias dos limites epistemológicos em torno dos mecanismos utilizados pelos agentes do Estado, advogam pela falência ou inutilidade do direito positivado.

Dito de outro modo, como advertiu Bourdieu, é que "não se aprende nada sobre o mecanismo quando se interroga apenas a respeito das funções", que as finalidades desses mecanismos são capazes somente de dizer ou de expressar aquilo que o Estado deseja que você diga ou expresse dele e sobre ele (2014, p. 33). Por esse motivo, uma questão central merece nossa atenção daqui em diante: o sistema democrático, viabilizado pelos agentes que levam a cargo o projeto estatal, é uma forma ou instrumento necessário (mal) de autogoverno?

Do ponto de vista sociológico, já desmistificamos no item anterior a premissa, bem como tratamos dos perigos, de acreditar que o Estado e a sociedade possam ser confundidos em si mesmos, que possam convergir em uma única esfera ou instância de decisão, haja vista que, uma democracia, assim compreendida, faz com que o Estado seja a mera reprodução momentânea ou duradoura dos interesses ou dos sentimentos desorganizados dos cidadãos, não tendo essa estrutura jurídica nada a contribuir na vida coletiva, senão apresentar o mesmo ponto de vista daqueles que representa. Como descobrir algo "útil" à sociedade, se o Estado não deve ver as coisas, diferentemente dela? Dessa forma, é evidente que a vontade social necessita ser levada em consideração pelo órgão que a governa ou que a julga, porém se essa visão (autogoverno) for a única perspectiva que interessa ao Estado, enquanto um sistema ou uma entidade democrática, estão estaremos descrevendo uma concepção de Estado, que mais se assemelha, como afirmou Durkheim, tanto

aos modelos das denominadas "democracias primitivas" quanto a uma impossibilidade de governo e para governar, pois o Estado democrático passa a ser um refém do desejo obscuro da maioria (DURKHEIM, 2015, p. 113; 120-121).

Todavia, em nível filosófico, há outra explicação para essa tentativa de igualar os sentimentos dos representados (sociedade) com os dos representantes (Estado), na qual Dworkin esforça-se para chamar a atenção para dois aspectos que dificultam e, ao mesmo, facilitam a definição e a continuidade, assim como a manipulação do entendimento de uma democracia como autogoverno. O que mantém a crença de que a democracia é governada por indivíduos, segundo o autor, é uma extensa campanha publicitária, projetada no centro do senso-comum, de que tal sistema precisa ser construído por meio de *slogans,* tais como "somente a democracia pode garantir a dignidade"; deve existir "um governo do povo, pelo povo e para o povo"; o "povo deve governar a si mesmo"; "cada cidadão deve ter uma participação igual e significativa"; "cada pessoa deve ter direito a um voto e não mais que um voto"; e, finalmente, a própria noção de "autodeterminação dos povos", também caminha nesse sentido. Uma vez que a democracia se vê afundada nessas simplificações, reforça-se apenas a difícil tarefa de defini-la, motivo pelo qual ela se torna, essencialmente, um conceito "interpretativo", pois, dependendo do *slogan* escolhido pelo intérprete, o conteúdo material do termo democracia irá variar (DWORKIN, 2014, p. 579 e ss.).

Assim sendo, se a democracia é, por excelência, um *problema interpretativo*, isto é, que seu significado varia de intérprete para intérprete, cada agente do Estado seria suficientemente capaz de constituir, a partir de suas pré-compreensões e/ou subjetividades, o que é ou não tal categoria. Porém, o que acontece quando o significado pessoal desse agente em torno da expressão democracia (discurso de legitimação) é diametralmente oposto à lógica jurídica do Estado (Direito) ou ao próprio sistema jurídico-vigente? De que forma é possível concretizar uma ideologia democrática, formada anteriormente nos quadros legislativos, quando o Direito é, recorrentemente, substituído pela moral no Brasil, através das práticas ativistas dos agentes do Estado?[8]

Outra razão que justifica a crença da sociedade de que os seus interesses serão totalmente refletidos pelos governantes é a ilusão de acreditar na criação de uma comunidade ideal, que a promessa de uma igualdade formal (democracia) pode ser capaz de atingir, também, uma igualmente material. Dito de outro modo, a democracia interpõe, consciente e inscientemente, nas mentes dos sujeitos, um sonho de constituição e de perpetuação de que é viável a construção de uma comunidade ou sociedade ideal para vivermos, de modo que as decisões da vida política cotidiana sejam tomadas apenas por aqueles que "a sociedade" reconhece como "igual". Por outro lado, como podemos desenvolver uma sociedade igualitária, una ou universal (sufrágio), se cada grupo social é composto por características subjetivas e específicas, que os diferem uns dos outros, social e culturalmente?

Sobre essa utopia, da qual as "pessoas querem ser governadas por outras que sejam relativamente parecidas com elas" (DWORKIN, 2014, p. 581), a racionalidade democrática, segundo Gauer, não prepara a sociedade para lidar com o erro ou com a diferença, mas consolida a paranoia de que precisamos nos imunizar contra a impureza, aquele que ameaça a segurança de um determinado grupo social majoritário, sob pena do caos social ser instalado, caso a ameaça do outro não seja eliminada; a "inclusão dos iguais e a exclusão dos diferentes" passa a ser o mantra dos estados nacionais, imersos na igualdade como lógica universal ou totalitária do Direito, a qual lhe legitima (GAUER, 2005, p. 404; 410).

Ao contrário do que pensa a sociedade ocidental, acerca da possibilidade da democracia ser um sistema político mais eficiente, por meio do igualitarismo democrático, para arrancar ou para dissipar dos indivíduos os seus "ressentimentos" (amarguras, ódios, desejos de vingança, etc.) – fazendo deles "seres responsáveis por si próprios e membros ativos de uma sociedade participativa" – tal modelo incrementa os sentimentos hostis que os converte em ressentimentos, haja vista a frustração social em face da concorrência de uma pluralidade de partidos, com diferentes plataformas, na qual o partido eleito com maior número de votos pode muito bem não ser aquele que determinado setor social escolheu como seu representante,

[8] Acerca dos perigos de determinados mecanismos utilizados pelos agentes do Estado de modo arbitrário e voluntarista, em analogia com o trabalho de Dworkin "O Império do Direito" (DWORKIN, 1999), Khaled Jr. realiza uma extensa crítica a essas posturas, no âmbito do processo penal, quando trata de uma verdadeira cultura abrasileirada, voltada ao "império do decisionismo no Direito" (KHALED JR., 2017).

ocasionando ódio nos grupos minoritários que perderam a disputa política por representatividade e que, agora, precisam se conformar com a escolha da maioria; o princípio da igualdade, elevado a uma totalidade universal, mais se assemelha a um regime "totalitário" ou ditatorial (ANSART, 2005, p. 17; 23; 26-27).

Por esse motivo, a democracia apresenta algumas armadilhas e contradições. Além dos entraves já listados ao longo deste trabalho, é necessário ficar claro que não se pode compreender o sistema democrático como um conjunto de leis que devem expressar a vontade da sociedade, haja vista que, caso fosse verdade tal dado: primeiro, haveria uma confusão de papéis ou de posição que deveriam assumir o Estado (e seus agentes) em relação à sociedade e vice-versa; e, em segundo, o próprio projeto democrático não seria nenhum um pouco prático ou perfectível, de modo que, se a lei expressa sempre a totalidade do interesse público, ambos os grupos majoritário e minoritário seriam contemplados por essa ideologia. Nesse sentido, é porque uma pequena parte do pensamento social consegue penetrar na esfera política de decisões do órgão representativo, que a democracia *é um conceito que sempre nos escorre pelos dedos da mão esquerda,* especialmente na cultura indiana, que simboliza a "mão suja" e utilizada para efeitos de higiene corporal.

A mão esquerda da democracia é contraface do discurso oficial e homogênico da mão direita: enquanto essa (direita) promete um autogoverno necessário a subsistência humana, aquela (esquerda) se encarrega de limpar os dejetos ou os indesejáveis do ponto de vista social e em nome do ideal democrático. Com razão, sobre o tema, uma das questões centrais, para Dworkin, é questionar "quem é o povo" e a quem ele serve na democracia como autogoverno (2014, p. 580 e ss.). Assim, se todos devem ter igual respeito para com as leis de uma nação, então elas não só devem limitar as ações de todos os cidadãos, mas também todos eles as quiserem, pois não? (DURKHEIM, 2015, p. 132).[9]

Para ambos os autores, tal entendimento é declaradamente impreciso, pois há sempre na democracia não só grupos minoritários que não desejaram determinadas leis, mas, dependendo do sistema democrático, haverá uma exigência ou não de que ambos os cidadãos e seus representantes estejam sujeitos ou obrigados a obedecer às mesmas leis. Nesse sentido, segundo Dworkin, dada a ambiguidade do termo democracia, a questão sobre qual poderia ser a "melhor forma de governo" torna-se o foco principal de análise, a nível *jusfilosófico,* em vez de se tratar de um problema ainda mais grave, a "finalidade e a essência da democracia". Dessa forma, o autor passa a expor dois modelos de sistema democrático ou de autogoverno, quais sejam, "a democracia coparticipativa" e "a democracia majoritarista" (modelo preferencial de países ditos democráticos) e, sendo que, nesse, quem tem o real poder político fundamental não é o grupo minoritário, mas é o maior número de pessoas que venceram pelo voto a disputa política, devendo fazer com que "as estruturas do governo representativo" sejam idealizadas, a fim de satisfazer os interesses de uma somatória numérica de indivíduos, aleatoriamente organizados;[10] já, naquele (democracia coparticipativa), cada cidadão é parceiro do outro, pois não é um sistema em que um grupo tem, necessariamente, poder sobre o outro, mas que todas as decisões são tomadas coletivamente e corresponsavelmente pela sociedade, uma vez que todos os sujeitos necessitam então aceitar a obrigação de seguir as leis da comunidade em "boa-fé" e baseado em determinados princípios morais (DWORKIN, 2014, p. 585 e ss.; 589).

De acordo com Dworkin, enquanto no caso do sistema majoritarista, o que prevalece é uma descrição puramente "procedimental" da democracia, o benefício em se escolher o sistema coparticipativo seria a adoção de "restrições substantivas" das condições de legitimidade desse ideal (DWORKIN, 2014, p. 587). No entanto, ambas as hipóteses ou formas de governo (ou ainda, autogoverno para alguns) carecem de

[9] Destacamos o alerta do autor para a ambiguidade de que, embora não é razoável esperar que a sociedade deixe de exigir como um dever, que seus representantes governamentais eleitos abdiquem-se de reproduzir os sentimentos da coletividade; se o Estado apenas tem a função democrática de dizer o que eles querem ouvir, passa a esquecer do seu papel enquanto instituição (DURKHEIM, 2015, p. 123 e ss.). Por outro lado, como veremos na sequência, nem sempre todos os grupos desejaram determinadas leis, há sempre determinados setores (minoritários) que, apesar de serem incondicionalmente necessários ao fortalecimento do processo democrático, isso não quer dizer que, de qualquer sorte, eles se sentirão representados no cenário de disputa política.

[10] Apesar de ter advertido Dworkin, que sua concepção de sistema majoritarista não deva ser entendida como um mero "utilitarismo", isto é, que as leis somente serão justas quando produzirem a maior felicidade ou bem-estar à maior soma de indivíduos; não restou claro, para nós, se o autor não incorre justamente nesse problema (DWORKIN, 2015, p. 586), haja vista que qualquer formulação política que sacrifique os interesses de alguns em nome do todo, incorre sempre no risco de ver o *eu* e o *outro* como uma totalidade, como parte de um mesmo universo, o que, não raras vezes, a prática demonstra diferentes realidades que os separam.

um mesmo problema ou obstáculo: tais sistemas só podem funcionar se determinadas categorias jurídicas forem solidificadas, antes e minimamente, nos quadros do pensamento social. *O costume de uma sociedade é um fator que passa despercebido para essas construções ou idealizações,* de modo que de nada adianta uma sociedade com uma cultura "x" (medieval, como é caso do Brasil), em confronto com leis apenas, do ponto vista formal ou ideológico, democráticas, pois resultaria em uma vontade da maioria que é contrária a lógica do Direito. Diante dessa hipótese, as ações dos agentes do Estado, ao ouvirem essa maioria social, ocasionariam uma desestruturação e uma perda ainda mais considerável da função e da essência do Estado social e democrático de Direito.

Assim, a maior vantagem do sistema coparticipativo seria forçar a obediência, por exemplo, dos agentes do Estado ao cumprimento da lógica jurídica, circunscrito em determinados deveres de boa-fé. Todavia, o Direito, como lógica estrutural e estruturante do Estado e de seus agentes, não pode simplesmente confiar que, quando esses sujeitos estiverem imersos em dilemas morais, eles tenham a faculdade de escolher ou não pelo cumprimento da lógica do Direito; se a obediência é uma opção, então não é uma restrição, mas sim liberdade.

Uma vez que a democracia, na visão do senso-comum, teria uma função benéfica de combater a corrupção, é crucial indagarmos em que medida se pode confiar em uma democracia que nem sempre consegue estrutura-se, do ponto de vista histórico-cultural, como costume social, mas somente no âmbito ideal ou legislativo? Assim sendo, cabe destacar, de forma exemplificada, que o possível cenário em que o agente do Estado não era corrupto, mas pode passar a sê-lo, em decorrência do cargo ou da função-lógica extrainstitucional escolhida, é tão falaciosa quanto o cenário de que a corrupção é do sistema, e não das pessoas que o controlam. Isso porque, em ambos os casos, se o agente torna-se corrupto durante a sua estadia no cargo ou quando finalmente atinge uma posição de controle, capaz de optar em seguir ou não a função-lógica institucional ou a função-lógica extrainstitucional; não será, portanto, o sistema que o corrompeu, mas ele já era corrupto antes do preenchimento das condições de sua entrada naquele grupo social. No entanto, se o agente do Estado já era corrupto antes de fazer parte de uma determinada lógica, ele apenas continuará a reproduzi-la, de forma natural, para legitimar os seus interesses pessoais (setor privado), como se fizessem parte, esses interesses arbitrários, da lógica constitutiva do Estado (setor público); pois, de qualquer sorte, ninguém, em sã consciência, criará um sistema corrupto por natureza.

Sobre essa impossibilidade de se criar um sistema perverso, por natureza – com vida própria –, para determinar qual a lógica que esses agentes devem estar legitimados à atuar, é que o tema do ativismo ou da atitude pró-ativa dos agentes do Estado no Brasil não pode ser entregue ao acaso, isto é, não se pode manter atenção apenas na validade e na aplicação das regras ou normas jurídicas da função-lógica institucional, mas, também é importante, refletir sobre a validade e a aplicação das normas ou regras sociais que vinculam a crença dos grupos sociais nos agentes que precisam aderir ao treinamento jurídico, bem como das condições de legitimidade de uma categoria tão importante, quanto a Democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desorganização da estrutura estatal, no sentido de ceder às essas pressões externas de outros campos, contrárias à lógica do campo jurídico, faz com que o acúmulo do poder estatal seja facilmente transferido para determinados agentes que, em vez de agirem sob a lógica da Instituição Pública, atuam para sanar interesses privados, como modo de autoafirmarem as suas posições perante o grupo social ao qual estão vinculados.

Assim, a diferença entre o dever institucional de fundamentar e a fundamentação livre dos atos dos agentes do Estado, irá depender, entre outras causas, dos critérios ou elementos constitutivos (treinamento) de uma determinada lógica adotada por eles. Isso porque, se a função-lógica institucional pressupõe o dever legal e público desses agentes de seguirem a estrutura que está acima deles (ordenamento jurídico-constitucional e/ou infraconstitucional); já, no caso da função-lógica extrainstitucional, a liberdade de motivar os atos dos agentes do Estado tem a finalidade de concretizar um conceito próprio de ciência jurídica, que pouco é capaz de refletir a amplitude e a complexidade do pensamento social.

A inversão de lógicas e interesses público-privadas ou vice-versa permite que a sociedade tenha maior poder sobre o Estado ou, dito de outro modo, propicia a invasão da esfera dos interesses dos sujeitos, da esfera privada, sobre o funcionamento da tarefa da administração pública do controle social, encorajando a violência física, e não, a violência das regras estatais, no âmbito social. Assim sendo, a noção de opinião pública, como uma das principais motivações ilegítimas da atuação ativista dos agentes do Estado, não é um conceito pertencente à função-lógica institucional, mas à função-lógica extrainstitucional, na medida em que essa conversão de falsos interesses sociais com apoio em uma suposta maioria "politizada" – que em realidade apenas representa uma minoria, pois propagada a partir dos interesses de determinados grupos de elites econômicas, que procuram conduzir o mundo social – são frutos de pressões externas, que nada deveriam impactar a construção e o desenvolvimento do Estado democrático constitucional, conservador de direitos democráticos, por conservar direitos que não podem, em nome da lógica privada, serem ignorados ou corrompidos, com a perda da lógica interna do campo jurídico-estatal.

Embora o Estado necessite estar sempre preocupado e vigilante para com as demandas mais gerais da sociedade, isso não significa que o Estado e a sociedade devam formar-se como um único corpo, isto é, que o Estado tem o dever de produzir e de reproduzir a vontade de uma maioria politizada, sem nada a acrescentar em termos de sua organização e legitimidade para governar. Na medida em que as leis distanciam-se ainda mais das práticas sociais, a própria lógica ou linguagem jurídica permanece concretizada somente nos quadros ideários e positivos, advogando a favor de um discurso oficial que ignora as transformações do pensamento social, ao longo de um determinado tempo, bem como agravando a falta de reciprocidade entre o Direito e as dinâmicas (costumes, tensões, expectativas, modo de agir/pensar, etc.) sociais.

Por esse motivo, o autogoverno apresenta-se como uma versão atalhada da Democracia, pois crê que, em face das instituições trabalharem em prol da melhora das condições de subsistência humana (que a sociedade emprega o sistema democrático), logo, é sociedade e não a lógica/linguagem jurídica que determina a qualidade de trabalho dos agentes do Estado; tal hipótese apenas pode ocorrer, em algum sentido, quando falarmos de uma sociedade que teve a lógica do Direito (e suas categorias), naturalizadas na sua cultura como costume social – o que, definitivamente, não é o caso da sociedade brasileira, com uma democracia tão pouco consolidada no território soberano.

A principal e mais danosa crise para o sistema jurídico-vigente é precisamente o esquecimento proposital de uma determinada tradição histórica do Estado moderno, que é comprometida e transformada em ativismos pelos agentes do Estado, quando pouco consegue perceber como e em que medida o Direito é a linguagem e a razão de validade estatal dessa estrutura institucional. Nesse sentido, foi nossa intenção utilizar a abordagem metodológica de Bourdieu para auxiliar exatamente nesse resgate da amplitude, da força e da manipulação estratégica do poder simbólico acumulado pelo Estado por meio de seus agentes oficiais, a fim de termos a possibilidade de desconstruir a noção de que "sempre-foi-assim", isto é, a errônea crença de que as instituições sociais como o Estado são estruturas construídas, de forma automática e autônoma ao pensamento social, e sempre desconectadas de qualquer história do desenvolvimento de seus fundamentos, princípios, lógicas, etc. É dizer então, que é através de um exercício genealógico do Estado moderno, enquanto as práticas institucionais (treinamento) condizentes com a formação de seu capital em um determinado campo social (campo jurídico), que é possível formar e informar nos agentes dessa estrutura estatal ou burocrática, um *habitus* específico (jurídico) de produção e de reprodução de uma linguagem (normativa) que se apresenta como barreira ou limite aos interesses aleatórios ou externos em relação à preservação da lógica interna do campo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico de. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia política das instituições judiciais.** Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017.

ANSART, Pierre. História e memória dos ressentimentos. In: **Sobre a humilhação: sentimentos, gestos, palavras**. Izabel Marson, Márcia Naxara (org.). Uberlândia: EDUFU, 2005, p. 141-164.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento Europeu Moderno**: Volume I, Séculos XVII e XVIII. Tradução de Maria

Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 9 ª ed. São Paulo: Papirus, 2008.

_____. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983.

_____. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

_____. **Sobre a televisão.** Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

_____. El misterio del ministerio. De las voluntades particulares a la voluntad general. In: WACQUANT, Loïc (org.). **El misterio del ministerio:** Pierre Bourdieu y la política democrática. Barcelona, Espanha: Gedisa, 2005.

_____ (1930-2002). **Sobre o Estado:** Cursos no Collège de France (1989-92). Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**: física dos costumes e do direito. Tradução de Cláudia Schilling. São Paulo: EDIPRO, 2015.

_____. **Da divisão do trabalho social.** Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos.** Organizado por Michael Schrõter. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1994.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinhas, vol. 15, nº 2, Novembro, 2009, p. 386-421.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução de Paulo César de Souza. 1 ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Da diferença perigosa ao perigo da igualdade: Reflexões em torno do paradoxo moderno. **Revista Civitas**, Porto Alegre, vol. 5, nº2, jul./dez., p. 399-413, 2005.

KHALED, JR. Salah H. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/> Acesso em: 21 de outubro, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito:** introdução à problemática científica do direito. Tradição de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MARTINS, Rui Cunha**. A hora dos cadáveres adiados:** corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

STRECK, Lenio Luiz**. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

YOUNG, Jock. **The vertigo of late modernity**. London: SAGE, 2007.

WACQUANT, Loïc. Tras las huellas del poder simbólico. La disección de la nobleza de Estado. In: WACQUANT, Loïc (org.). **El misterio del ministerio:** Pierre Bourdieu y la política democrática. Barcelona, Espanha: Gedisa, 2005.

WEBER, Max. **Sociologia das religiões.** Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010.

_____. **Ciência e Política:** Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

O CARÁTER JURISDICIONAL DO INSTITUTO PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA. DESENVOLVIMENTO E ASPECTOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Brenda de Quadros Pereira[1]

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar a importância que instituto Prestação de Contas à Justiça Eleitoral tem para a democracia nacional. De início, descreve sua evolução histórica, com as alterações na legislação pertinente. Após, elenca pontos controvertidos das mudanças de concepção do instituto, notadamente da adoção do caráter jurisdicional, trazendo posicionamentos doutrinários e jurisprudências relevantes. Por fim, defende que por meio deste instrumento é possível criar uma ponte de debate entre governantes e governados, o que, de fato, fortalece a democracia.

Palavras-chave: Prestação de Contas. Eleição. Partidos Políticos. Contabilidade. Jurisdicionalização. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 17, inciso III, atribuiu aos candidatos e partidos políticos o *dever* de manter sua escrituração contábil e a *obrigação* de apresentar seu balanço financeiro, de campanha e anual, à Justiça Eleitoral nos períodos indicados pelas normas eleitorais.

Embora seja encargo constitucional, o processo de prestação de contas eleitorais e partidárias, inicialmente, era concebido como simples procedimento formal e administrativo. A fim de minimizar esse quadro de descaso político e judicial, determinadas reformas políticas legislativas (Leis 11.300/06, 12.034/09 e 13.165/15[2]) promoveram algumas assertivas alterações no instituto, entre elas: o envio de relatórios financeiros durante a campanha, o limite de gastos para campanha, o caráter jurisdicional das contas, a obrigatoriedade de constituição de advogado, e etc.

O presente artigo busca expor a mudança legislativa mais relevante que as prestações de contas eleitorais e partidárias experimentaram, qual seja: a transformação de seu caráter administrativo em jurisdicional. Após descrever como se desenvolveu a alteração da *natureza*[3] administrativa para jurisdicional, apontar-se-á alguns aspectos positivos e negativos decorrentes desse fenômeno.

Ao longo da narrativa, será abordada a questão da ampliação dos atos processuais devido ao caráter jurisdicional e como reage o princípio da celeridade nesta situação. Ainda será analisada a atuação de profissionais para omitir irregularidades no balanço contábil eleitoral ou partidário, como também o uso dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade nas teses defensivas no processo de prestações de contas. Buscar-se-á debater, outrossim, a questão da (des)legitimação democrática na jurisdicionalização das contas.

Ao fim, com este trabalho pretende-se concluir se a atribuição de caráter jurisdicional às prestações de contas de campanha e partidárias acarreta alguma violação ao sistema democrático, à celeridade e economicidade processual, ou se, ao contrário, efetiva a participação política e social por meio da publicidade, da transparência e do devido processo legal.

---

[1] Acadêmica em Direito (Centro Universitário Metodista IPA). E-mail: brenda.qp.bq@gmail.com

[2] Não se inclui na presente análise a minirreforma eleitoral da Lei n. 12.891/2013, pois, embora ela trate de redução de custos das campanhas eleitorais, não atinge diretamente a alteração do caráter da prestação de contas, tema deste trabalho.

[3] Nota de esclarecimento: não usaremos a palavra *natureza* no contexto *natureza jurídica*. Para fins literários e gramaticais, buscando fugir da repetição de palavras, seu uso será destinado como sinônimo de *caráter.*

2 O INSTITUTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA: CONCEITUAÇÃO

Antes de discorrer acerca da natureza do instituto prestação de contas, é necessário conceituá-lo, mesmo que resumidamente. Assim, no caso da prestação de contas em matéria eleitoral, a conceituação se dará pela explicação de suas características de forma, momento e estrutura de apresentação à Justiça Eleitoral.

O instituto prestação de contas, no âmbito da Justiça Eleitoral, é compreendido de duas formas, quais sejam: (i) *prestação de contas de campanha ou eleitorais*, que se trata da apresentação financeira efetuada pelos candidatos[4] e partidos políticos durante e logo após o período de campanha eleitoral, e (ii) *prestação de contas partidária ou anual*, que se refere ao balanço contábil da movimentação anual dos partidos políticos, que deve ser entregue à Justiça Eleitoral até dia 30 de abril do ano seguinte do exercício apurado[5].

A prestação de contas de campanha, com a alteração promovida pela Lei n. 13.165/15, passou a ter dois momentos no período de campanha eleitoral[6]. De início, ela é enviada de forma parcial em setembro[7], apenas pelo espaço eletrônico do Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE), sendo completamente entregue à Justiça Eleitoral cerca de um mês após a data da votação[8], com peças extraídas do sistema[9], recibos eleitorais, comprovantes de gastos – discriminando, notadamente, a destinação dos valores do Fundo Partidário[10] –, sobras de campanha e procuração com constituição de advogado[11].

Registre-se, aqui, que é obrigação dos partidos políticos e candidatos o envio de relatórios discriminando doações financeiras para campanha até 72 horas de seu recebimento. Tanto estes relatórios financeiros, quanto a prestação de contas parcial, serão disponibilizados na internet, em sítio próprio, criado pela Justiça Eleitoral, na forma do art. 28, §4°, inciso II, da Lei n. 9.504/97.

A prestação de contas partidária é apresentada à Justiça Eleitoral em 30 de abril, sendo constituída pelas peças relacionadas na resolução vigente do exercício em que foram apuradas[12]. Sua apresentação ainda é exclusivamente física, mas a partir do Exercício de 2017, com entrega em 2018, será disponibilizado o Sistema de Prestação de Contas Anuais (SPCA), que será de uso obrigatório para todos os partidos políticos, de acordo com o art. 29 da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e art. 29 da Resolução do TSE n. 23.546/2017.

3 DESENVOLVIMENTO DA NATUREZA JURISDICIONAL NO INSTITUTO PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA

Pontuadas as questões conceituais e procedimentais, passa-se à evolução do caráter do instituto prestação de contas em matéria eleitoral.

[4] Após a vigência da Lei n. 13.165/15, conhecida minirreforma política, que alterou os parágrafos 1° e 2° do art. 28 da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), a apresentação das contas de campanha, tanto nas eleições majoritárias, quanto nas proporcionais, caberá ao próprio candidato. Com isto, ficou extinta a figura do comitê financeiro, órgão que possuía a função de prestar as contas pelo candidato ou partido político.

[5] Conforme dispõe o art. 32 da Lei n. 9.096/95: "o partido está obrigado a enviar, anualmente, à Justiça Eleitoral, o balanço contábil do exercício findo, até o dia 30 de abril do ano seguinte".

[6] Anteriormente, tendo em vista que o período de campanha eleitoral era de 90 (noventa) dias, a prestação de contas parcial era enviada à Justiça Eleitoral em duas parcelas, sendo possível, assim, aferir a movimentação de toda campanha.

[7] No caso do último pleito, as Eleições Municipais de 2016, a edição da Resolução n. 23.463/2015 pelo TSE fixou os dias 09 a 14 e setembro de 2016 para envio da prestação de contas parcial, conforme dispõe o § 4° de seu art. 43.

[8] Nas Eleições Municipais de 2016 a entrega ficou estabelecida para o dia 1° de novembro de 2016 para os municípios com apenas um turno e para os candidatos da proporcional, e dia 19 de novembro de 2016 para os municípios com segundo turno.

[9] Nos termos do art. 50, § 2° e art. 59, *caput*, da Resolução do TSE n. 23.463/2015.

[10] A partir da instituição do Fundo Especial de Campanha, criado pela Lei n° 13.487/2017, a prestação de contas de campanha também servirá para fiscalizar sua utilização e devolução de recursos, nos termos do art. 16-C, §11, da Lei n. 9.504/97.

[11] A prestação de contas de campanha, para os candidatos, ainda pode ser prestada de forma simplificada, o que não exclui seu envio parcial, mas possibilita que seja entregue um número menor de peças, considerando que o candidato teve um movimento financeiro menor (R$ 20.000,00) ou que se trata de um município com menos de 50.000 eleitores (Lei n. 9.504/97, art. 28, §§ 9, 10 e 11, incluídos pela Lei n. 13.165/15).

[12] No exercício de 2016 foi a Resolução n. 23.464/2015 do TSE.

Em suas origens, a prestação de contas era um procedimento essencialmente administrativo, com o fim único de compilar e analisar as informações financeiras apresentadas por seus prestadores. Sem desvincular-se destas funções – compilar e analisar informações –, a prestação de contas da área eleitoral passou a ser o mecanismo substancial de divulgação e análise acerca da regularidade de práticas políticas (produção de material de campanha, manutenção de sede, etc.) aos eleitores, principais atores da democracia. Um dos marcos de mudança na concepção da prestação de contas foi a Lei n. 11.300, de 11 de maio de 2006, que criou o limite de gasto para candidatos, a obrigação de envio dos relatórios financeiros durante a campanha eleitoral, dentre outros regramentos. Dessa forma, os princípios da transparência, publicidade, confiança e responsabilidade fiscal ampliaram-se no feito administrativo de prestação de contas. À vista disso, o instituto tornou-se mais um instrumento de legitimação dos governantes, quando estes agem em consonância com a legislação eleitoral. Neste sentido, Edson de Resende Castro (2008, p. 452-453), afirma:

> No Estado Democrático de Direito, em que o poder pertence ao povo, esse poder é exercido quase sempre por meio de representantes eleitos pelo voto direto. Daí que a informação clara e verdadeira ao eleitor se constitui em indispensável à legitimação substancial dessa representação. Se é verdade que a soma de votos em número suficiente à eleição legitima formalmente o eleito para a posse e exercício do mandato, mais certo ainda que a legitimação material só se alcança se o processo eleitoral for capaz de colher dos outorgantes dos mandatos – os eleitores – sua decisão refletida e imaculada sobre as propostas de cada candidato e principalmente sobre o compromisso que ele assume no transcorrer da disputa.

Em outro giro, os destinatários passivos da norma eleitoral, candidatos e partidos políticos, demonstravam não acompanhar a importância que o instituto vinha recebendo, tratando-o como mero formalismo da Justiça Eleitoral. Em 2009, Fausto F. de França Junior, Procurador do Estado de Alagoas à época, foi mais longe em relação à prestação de contas de campanha, ao afirmar que este instrumento de controle financeiro estava sendo desvirtuado, configurando-se como um "faz-de-contas". Nas palavras do referido Procurador do Estado:

> Historicamente, as prestações de contas de campanha, que são justamente o principal instrumento para o controle referido, sempre foram vistas e tratadas como uma mera formalidade, desatrelada da preocupação com a realidade dos gastos, desvirtuando-as em um verdadeiro "faz-de-contas", sem a percepção geral de que o processo de prestação de contas poderia e pode se constituir em mais um importantíssimo instrumento de coibição de ofensas às rulesof games (regras do jogo) do processo eleitoral, de modo a permitir o combate ao abuso de poder econômico e a outras formas indevidas de interferência na vontade popular e a consectária deslegitimação democrática dos eleitos". (FRANÇA JÚNIOR, 2009, on-line).

Essa concepção das prestações de contas como um procedimento meramente formal, e sem relevância para os prestadores, baseava-se na inexistência de sanções efetivas para contas não prestadas ou desaprovadas. Por consequência, uma vez que as impropriedades e irregularidades das movimentações financeiras partidárias e eleitorais não poderiam receber o repúdio devido por parte do Judiciário, o trabalho da unidade técnica responsável pela análise das contas acabava por ser desestimulado.

A inutilização do instituto viabilizava um tratamento displicente por parte do Judiciário, o que prejudicava a plena aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal à prestação de contas. Com o fundamento de que a prestação de contas era procedimento de caráter administrativo, o Tribunal Superior Eleitoral inadmitia a interposição de eventuais recursos em face de acórdãos dos Tribunais Regionais Eleitorais que tratavam da matéria. A título de exemplo, cumpre transcrever a íntegra da emenda do acórdão n. 8990, julgado em 02/06/2008, de relatoria do Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto:

> ELEIÇÕES 2006. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.1. O TSE assentou o não-cabimento de recurso especial ou ordinário contra acórdão de Corte Regional que analisa prestação de contas, haja vista tratar-se de matéria puramente administrativa. Ressalvado ponto de vista contrário. 2. Agravo desprovido.(TSE - AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8990, Acórdão, Relator(a) Min. Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto, Publicação: DJ - Diário de justiça, v. 1, julgado em 09/06/2008)[13].

[13]No mesmo sentido TSE –EMBARGOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8990, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto

Afora a discussão acerca da irrecorribilidade das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais sobre prestação de contas, travava-se outro desentendimento em relação à coisa julgada destes feitos. O posicionamento do TSE era no sentido de que, sendo de natureza administrativa, a decisão da prestação de contas partidária e eleitoral não fazia coisa julgada material. Nesse sentido:

> PRESTAÇÃO DE CONTAS. ELEIÇÕES 2006. ACÓRDÃO. NOVA APRECIAÇÃO. RECIBOS ELEITORAIS. AUSÊNCIA. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS. 1. O Tribunal Superior Eleitoral, de forma assente, entende ter natureza administrativa a decisão relativa à prestação de contas. Por consequência, tal decisão não faz coisa julgada material. Assim, é cabível a juntada de documentos e apreciação das contas mesmo após o julgamento desta Corte, que, por unanimidade, julgou-as não prestadas. 2. A ausência dos recibos eleitorais não utilizados compromete a avaliação da regularidade das contas prestadas. Contas desaprovadas. (TRE-RJ - PREST: 5442 RJ, Relator: JACQUELINE LIMA MONTENEGRO, Data de Julgamento: 25/08/2008, Data de Publicação: DOERJ - Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Volume III, Tomo II, Data 01/09/2008, Página 12).

Sendo assim, grande número de pedidos de reconsideração,[14] com juntada de documentos, eram protocolados. Este evento acabava por obstruir o trabalho dos servidores da Justiça Eleitoral, que ficavam reexaminando as prestações de contas que já estavam julgadas, bem como promovia a anomalia de existir duas ou mais sentenças/acórdãos dentro do mesmo processo.

Nesse cenário de descaso e desordem que se desenvolve a ideia de atribuição de natureza jurisdicional ao instituto da prestação de contas de matéria eleitoral[15]. Com tal alteração, estar-se-ia desconstituindo o caráter eminentemente administrativo do instituto da prestação de contas eleitoral e partidária, o que permitiria a busca pela unicidade do direito e a ampliação da segurança jurídica, por meio da coisa julgada material.

Com efeito, em 29 de setembro de 2009, é promulgada a Lei n. 12.034 que incluiu o § 6° ao artigo 37 da Lei n. 9.096/95, com o seguinte texto: "O exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional". Desse modo, a Justiça Eleitoral passava a atuar no processo de prestação de contas em exercício da jurisdição.[16]

Consequentemente, com o afastamento da natureza administrativa, ampliou-se o exercício do contraditório, da ampla defesa, do livre convencimento do juiz, dentre outros princípios processuais constitucionais, no processo de prestação de contas. Percebe-se também que o § 6° do artigo 37 da Lei dos Partidos Políticos adotou, pela sua literalidade, o caráter jurisdicional somente para a prestação de contas partidárias. No entanto, buscando uma interpretação sistemática e extensiva, a doutrina e jurisprudência aplicam o caráter jurisdicional à prestação de contas eleitorais também:

> Da redação se extrai que a jurisdicionalização se refere aos processos de prestação de contas de partidos, entretanto, como as prestações de contas de campanha dos candidatos nada mais são que uma extensão daquilo que o partido deve ter como recurso para a eleição de maneira geral, outro não pode ser o raciocínio senão pela aplicação do dispositivo, de forma analógica, aos recursos dos candidatos".(RIBEIRO JÚNIOR, 2012, on-line).

Na jurisprudência:

> RECURSO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - ELEIÇÕES 2008 - CANDIDATO A VEREADOR - PEÇA RECURSAL SUBSCRITA PELO PRÓPRIO CANDIDATO - CARÁTER JUDICIAL DO PROCEDIMENTO - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO POR ADVOGADO - RECURSO

Grau, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 27/08/2008, Página 6.

[14] Hoje é possível propor pedido de regularização das contas não prestadas, na forma do art. 59 e seguintes da Resolução n. 23.464/2015 do TSE e art. 59 e seguintes da Resolução n. 23.546/2017 do TSE – para prestação de contas partidárias – e art. 73 da Resolução n. 23.463/2015 – para prestação de contas de campanha das Eleições Municipais de 2016 –. Mas neste caso, o requerimento será autuado sob a classe 'Petição', e não 'Prestação de Contas', desta forma não haverá duas sentenças dentro do mesmo feito.

[15] O principal interesse político para essa alteração legislativa era a necessidade de viabilizar o manejo de recurso para a instância superior, permitindo, em tese, a análise da decisão recorrida por outro órgão integrante da estrutura da Justiça Eleitoral.

[16] Conceitua-se "jurisdição", segundo Fredie Didier Jr. (2015, p. 192) como a "[...] atividade exercida pelos juízes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal."

> NÃO CONHECIDO. - "A Lei n. 12.034, de 29.9.2009, ao acrescer os parágrafos 5º e 6º ao art. 30 da Lei n. 9.504/1997, passou a prever a possibilidade de interposição de recurso às instâncias superiores em face das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais em sede de prestação de contas. Resta superado, portanto, o entendimento anterior do Tribunal Superior Eleitoral de que tais feitos possuiriam caráter administrativo e dispensavam a representação por advogado, passando a ter caráter judicial"(TRESC. Acórdão n. 24.314, de 25.01.2010, Juiz Rafael de Assis Horn, e Acórdão n. 24.202, de 30.11.2009, Juiz Heitor Wensing Júnior) Vale dizer, o caráter jurisdicional do procedimento de prestação de contas torna indispensável que o recurso interposto contra a decisão nele proferida esteja subscrito por advogado.(TRE-SC - RPREST: 999847216 SC, Relator: SÉRGIO TORRES PALADINO, Data de Julgamento: 20/10/2010, Data de Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 196, Data 26/10/2010, Página 4)

> Prestação de contas de campanha. Caráter jurisdicional. Art. 2º da Res. TRE/RS n. 239/2013. Eleições 2012. Não se conhece das contas quando ausente a capacidade postulatória do partido interessado. Prestação desacompanhada do instrumento de mandato a advogado. Suspensão das cotas do Fundo Partidário no patamar mínimo. Contas não prestadas. (TRE-RS - PC: 29274 RS, Relator: INGO WOLFGANG SARLET, Data de Julgamento: 23/09/2014, Data de Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 172, Data 25/09/2014, Página 2)

Percebe-se, portanto, que a natureza jurisdicional emprega-se nas duas formas de prestação de contas de matéria eleitoral, difundindo, assim, a aplicação dos princípios processuais constitucionais.

4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ALTERAÇÃO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO PARA JURISDICIONAL DA PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA

Exposta a transição de caráter administrativo à jurisdicional da prestação de contas partidárias, a partir da vigência da Lei n. 12.034/09, e eleitorais, com a interpretação extensiva e sistemática da doutrina e jurisprudência, a análise, a seguir, buscará identificar alguns aspectos positivos e negativos dessa alteração.

4.1 MAIOR NÚMERO DE ATOS PROCESSUAIS EM FACE DO PRINCÍPIO BASILAR DA CELERIDADE NO PROCESSO ELEITORAL. AMPLIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E, CONSEQUENTEMENTE, GARANTIA DA DEMOCRACIA

O princípio da celeridade no processo eleitoral indica que as decisões eleitorais – considerando a propositura da ação, a tramitação, até a decisão terminativa – devem ocorrer de maneira ágil. Segundo Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (2012, p. 66), "o princípio da celeridade é muito utilizado no âmbito do Direito Eleitoral. Diferentemente do que estamos acostumados a lidar na Justiça Comum, na Justiça Eleitoral as ações são mais céleres e 'econômicas' processualmente falando". Tal preceito é extraído do artigo 257 do Código Eleitoral, para os processos que não correm em período de campanha, e artigo 94 da Lei n. 9.504/97, para os feitos que correm no período eleitoral.

Todavia, alteração da natureza do instituto prestação de contas possibilitou um número maior de atos processuais durante a tramitação do processo, estendendo o tempo de vida do feito. Por exemplo, pela Resolução n. 21.841/2004 do TSE, a qual exprimia o caráter essencialmente administrativo da fiscalização das contas, havia dois momentos de manifestação dos órgãos partidários, sendo o primeiro o relatório para expedição de diligências e o segundo o parecer conclusivo. Entretanto, pelas Resoluções n. 23.432/2014, 23.464/2015 e 23.546/2017, editadas após a Lei n. 12.034/2009, depreendem-se três momentos: o exame preliminar, o exame das contas e o parecer conclusivo. Além destes atos, também é possível apresentação de defesa no caso de impugnação pendente de análise ou irregularidade constatada no parecer conclusivo[17].

No que tange à prestação de contas da campanha, além dos procedimentos técnicos de análise

[17] Irregularidades constatadas tanto o parecer emitido pela Unidade Técnica, quanto o parecer do Ministério Público Eleitoral, nos termos do art. 38 da Resolução do TSE n.s. 23.432/2014, 23.464/2015 e 23.546/2017.

preliminar e parecer conclusivo, é possível a concessão de mais uma oportunidade de manifestação, no prazo de 72 horas, para o caso de novas irregularidades e/ou impropriedades, na forma do art. 66 da Resolução TSE n. 23.463/2015[18]. Vale lembrar, ainda, que nas Eleições Municipais de 2016, o TSE disponibilizou um sistema que verificava indícios de irregularidade ocorridos durante a campanha eleitoral (Instrução Normativa do TSE n. 18, de 16.8.2016). O sistema comparava as informações apresentadas pelos candidatos por meio de seus relatórios financeiros com quase todas as bases de dados no país (Receita Federal, CAGED – Cadastro Geral de Pessoas Empregadas e Desempregadas, e outros). Com isso, concedeu-se a oportunidade aos candidatos, doadores e fornecedores de esclarecerem as possíveis irregularidades em procedimento exclusivo, antes da efetiva apresentação das contas.

Como corolário, o número de manifestações no processo de prestação de contas, de fato, teve um considerável acréscimo. Ademais, a pluralidade de possibilidades de manifestações da parte no processo é a maior expressão do princípio processual constitucional do contraditório, exposto no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se, por oportuno, que o princípio do contraditório, como bem observa Vanessa Kerpel Chincoli Mitidiero (2012, p. 477), no Estado Constitucional assumiu uma importância fundamental, pois, ao passo que garante a participação no processo, assegura a democracia processual. Da mesma forma, defendendo que o contraditório é a efetivação da democracia, Fredie Didier Jr. (2015, p. 78) afirma:

> O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

Destarte, se por um lado esse acréscimo de atos pode lesionar o princípio da celeridade - pois aumenta as diligências para os interessados e, por decorrência, provoca uma extensão temporal e física no processo -, por outro aspecto, amplia o contraditório[19]. Desta forma, o caráter jurisdicional está garantindo a democracia por meio da participação processual efetiva e capaz[20].

4.2 AUXÍLIO DE PROFISSIONAIS PARA OMITIR IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS

A elaboração técnica das contas é uma tarefa conferida ao profissional de contabilidade regularmente registrado no Conselho Federal de Contabilidade, de acordo com o art. 41, § 4, da Resolução do TSE n. 23.463/2015, art. 3°, inciso IV, e 29, inciso XXI, da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e art. 4°, inciso IV, e 29, inciso XXI, da Resolução do TSE n. 23.546/2017. Em que pese seja essencial o auxílio técnico contábil para elaborar as contas anuais ou de campanha, Edson Resende Castro (2008, p. 449) avalia que tal suporte pode ajudar a omitir fontes ilícitas e gastos proibidos da movimentação financeira eleitoral ou partidária.

Compreendendo desse modo, a atividade de um advogado seria mais um meio de encobrir irregularidades, burlando a apresentação das contas. Os profissionais da advocacia poderiam usar de "artimanhas", agindo de má-fé, para livrarem os partidos e candidatos de eventuais sanções devido a fraudes contábeis. Mas, isso não pode ser visto como um problema que macule o caráter jurisdicional da prestação de contas eleitoral e partidária, afinal, as relações processuais são embasadas na boa-fé objetiva, além do que

[18] Tal hipótese aplica-se para as prestações de contas de rito ordinário, de acordo com os artigos 63 e 64 da Resolução do TSE n. 23.463/2015. Para o rito simplificado das contas procede-se a análise simplificada da movimentação financeira (art. 60 da resolução mencionada), e o prazo para manifestação será concedido apenas quando for constatada irregularidade, conforme dispõe o art. 59, §3°, da Resolução do TSE n. 23.463/2015.

[19] Pela obrigatoriedade de constituição de advogado, as intimações são efetuadas pelos diários oficiais da Justiça Eleitoral. Isto é, o Diário da Justiça Eletrônico do TSE e de alguns TREs, o Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul (DEJERS), bem como o Mural Eletrônico instituído durante a campanha eleitoral, nos termos do art. 94, §5°, da Lei 9.504/97. O TRE/RS instituiu esta última plataforma pela Portaria P 259/2016 nas Eleições Municipais de 2016. Vale lembrar que, anteriormente, os cartórios dependiam da disponibilidade e interesse dos diligentes partidários e candidatos para proceder as intimações, o que, em verdade, dificultava o andamento processual.

[20] A capacidade postulatória é necessária para apresentação das contas, de acordo com art. 41, §6°, da Resolução TSE n. 23.463/2015, art. 43 da Resolução TSE n. 23.464/2015 e art. 43 da Resolução TSE n. 23.546/2017.

os advogados que porventura cometam ilícitos no exercício da profissão, respondem por seus atos[21]. Logo, o exercício da advocacia na prestação de contas não é prejudicial à análise das contas, até porque se assim for, é possível tomar diligências para punir o prestador e seus auxiliares[22].

Cumpre destacar que, pelo § 13 do artigo 37 da Lei n. 9.096/85, incluído pela Lei n. 13.165/2015, os dirigentes partidários responderão civil e criminalmente pela desaprovação das contas partidárias e pelos ilícitos atribuídos aos partidos políticos, quando dolosos. Além disso, desde a Resolução do TSE n. 23.432/2014[23], os dirigentes partidários são litisconsortes necessários dos partidos políticos no processo da prestação de contas anuais, podendo, em determinados casos, sofrerem sanções pela não apresentação das contas ou sua desaprovação[24].

Ademais, como observa Resende Castro (2008, p. 449), é possível detectar as irregularidades nas prestações de contas a partir de diligências a serem requeridas pelo Ministério Público Eleitoral ou determinadas pelo Magistrado. Assim sendo, havendo mais oportunidade de exames pela Unidade Técnica, conforme prevê as normas eleitorais que estão em consonância com o atual caráter jurisdicional, será ainda mais viável apontar as irregularidades nas contas, isto é, verificar a existência de *caixa dois*, *fontes vedadas*[25] e *fontes de origem não identificada*[26] nas contas em análise.

Saliente-se, ainda, que eventuais erros materiais ou impropriedades de pequena relevância poderão ser melhor esclarecidos pelo advogado, haja vista que não é raro existir candidatos e/ou dirigentes partidários sem conhecimento na matéria e que não conseguem transformar suas alegações em textos formais. À vista disto, a obrigatoriedade de constituição de advogado[27] é um elemento positivo, pois todos os partidos e candidatos são assistidos da mesma forma, o que promove a isonomia nos feitos eleitorais.

4.3 O USO DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NAS TESES DEFENSIVAS NO PROCESSO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

Para a boa compreensão dos postulados da proporcionalidade[28] e da razoabilidade[29] é de grande

[21] Art. 6º, Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Resolução n. 02/2015): *"é defeso ao advogado expor os fatos em Juízo ou na via administrativa falseando deliberadamente a verdade e utilizando de má-fé"*.

[22] Art. 34, incisos VI e XVII, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94); art. 41, §2º, da Resolução TSE n. 23.463/2015; art. 28, §3º, II, art. 51, da Resolução TSE n. 23.464/2015 e art. 51, da Resolução TSE n. 23.546/2017; art. 15-A e art. 37, §13, da Lei n. 9.096/95; e art. 21 da Lei n. 9.504/97.

[23] A Resolução do TSE n. 23.464/2015 manteve o litisconsórcio necessário entre dirigentes e partidos políticos, mas restringiu o rol de sanções que os dirigentes partidários estavam sujeitos na resolução anterior.

[24] Conforme arts. 47 a 51 da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e da Resolução do TSE n. 23.546/2017.

[25] Fontes vedadas são recursos recebidos de pessoas (físicas ou jurídicas) que, por vedação legal, não podem efetuar doações a partidos políticos ou candidatos. Considera-se fontes vedadas, na prestação de contas partidária, as doações efetuadas de origem estrangeira, pessoa jurídica, pessoa física que exerça atividade comercial decorrente de concessão ou permissão, ou autoridades públicas, nos termos do art. 12 da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e art. 12 da Resolução do TSE n. 23.546/2017. Para prestação de contas eleitoral é vedadas as receitas procedentes de pessoas jurídicas, origem estrangeira e pessoa física que exerça atividade comercial decorrente de concessão ou permissão, com base no art. 25 da Resolução TSE n. 23.463/2015.

[26] Fonte de origem não identificada é o recurso que não é possível conhecer a origem por falta de dados ou informações equivocadas apresentadas pelo prestador, impossibilitando a verificação da regularidade da doação. Nas prestações de contas partidárias são fontes não identificadas as situações expostas no art. 13 da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e art. 13 da Resolução do TSE n. 23.546/2017. E nas prestações de contas de campanha, as hipóteses estão descritas no art. 26 da Resolução do TSE n. 23.463/2015.

[27] Extrai-se a obrigatoriedade de representação processual pelo art. 41, §6º da Resolução do TSE n. 23.463/2015, art. 29, inciso XX, §1º, e art. 44 da Resolução do TSE n. 23.464/2015 e art. 29, inciso XX, §1º, e art. 44 da Resolução do TSE n. 23.546/2017.

[28] A utilização do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade depende do estabelecimento de uma relação de meio e fim, após a verificação das normas em colisão. Estabelecido o meio e o fim, deve se passar por três fases, sendo estas a adequação (o meio escolhido atinge o fim almejado?), a necessidade (existem outros meios menos gravosos para atingir o fim?) e a proporcionalidade em sentido estrito (o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?) (ÁVILA, 2006, p. 160).

[29] O postulado normativo aplicativo da razoabilidade pode ser utilizado de três formas. A primeira é a razoabilidade como equidade que requer uma harmonização da norma geral com o caso individual. Segunda, é a razoabilidade como congruência que estabelece uma relação entre a regra e as condições fáticas. Última é a razoabilidade como equivalência exige uma relação entre a

valia a teoria de Humberto Ávila. Segundo o autor, a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados normativos aplicativos que estruturam a aplicação de regras, princípios e atos administrativos:

> As normas de segundo graus, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas (ÁVILA, 2006, p. 124-125).

Nas razões de defesa nas oportunidades de manifestação no processo de prestação de contas, os advogados vêm utilizando os postulados para justificar vícios e irregularidades pela má apresentação das contas. Geralmente, associando a proporcionalidade e a razoabilidade ao princípio da insignificância, as partes passivas do processo eleitoral requerem a reapreciação das contas, na busca pela justiça da decisão, isto é, almejando uma aprovação, mesmo que com ressalvas.

Por tais razões, a jurisprudência, quando adere à aplicação dos postulados e do princípio da insignificância na prestação de contas, termina por criar uma margem de "bagatela" para gastos e receitas ilícitas. Nesse sentido:

> ELEIÇÕES 2012. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CANDIDATO. VEREADOR. IRREGULARIDADES. VALOR ABSOLUTO DIMINUTO. APROVAÇÃO COM RESSALVAS. POSSIBILIDADE. 1. Voto da minoria no sentido de aplicar ao caso as súmulas 211 e 7 do STJ e 282 do STF. 2. Maioria formada no sentido de que os valores absolutos das irregularidades registradas no acórdão regional, R$ 50,00, R$ 51,10 e R$ 225,00 permitem a análise do recurso especial e justificam, no caso, a aprovação das contas, com ressalvas, em face da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que têm sido admitidos pelo Tribunal Superior Eleitoral nos processos de prestação de contas. (TSE-Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1026-63. 2012.6.26.0201, Itapecerica da Serra/SP, Relatora originária: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Redator para o acórdão: Ministro Henrique Neves da Silva, julgamento em 29/09/2015 e publicação no DJE/TSE 216 em 16/11/2015, págs. 126/127)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. VALOR IRRISÓRIO. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. PRÍNCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. APROVAÇÃO DAS CONTAS COM RESSALVA. DESPROVIMENTO. 1. Se as falhas, em seu conjunto não comprometem a análise da regularidade da prestação de contas e atingem percentual diminuto (1,25 %) em relação aos recursos movimentados na campanha, é possível a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a ensejar a aprovação das contas com ressalva. 2. Agravo regimental desprovido. (TSE - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 6159-63.2010.6.05.0000, Salvador/BA, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 5.12.2013, publicado no DJE 029, em 11.2.2014, pág. 38).

A criação de margens interpretativas acaba por banalizar as regras de finanças partidárias e de campanha, deslegitimando sua aplicação. Em outras linhas, banaliza-se o direito quando se encontra meios de sucumbi-lo.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), já estabeleceu critérios para aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade: (i) falhas que não comprometem a lisura do balanço contábil; (ii) irrelevância do percentual dos valores envolvidos em relação ao total arrecadado; e (iii) ausência de comprovada má-fé.[30]

Nessa perspectiva, a natureza jurisdicional do instituto prestação de contas viabiliza a aplicação desses flexíveis conceitos sobre os postulados, bem como oportuniza o elenco destas jurisprudências desde o primeiro grau, devido à técnica profissional da argumentação jurídica. Com efeito, o aproveitamento dos postulados e da insignificância nas teses defensivas é exercício do direito de manifestação e do direito de ver seus argumentos considerados, o que, em maior dimensão, trata-seda efetivação dos direitos à ampla defesa

medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2006, p. 160).

[30] Nesse sentido: TSE - AgR-AI: 54039 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 14/05/2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 30/09/2015, p. 7.

e ao contraditório[31].

Em suma, é uma linha tênue a aplicação dos postulados cumulada com a natureza jurisdicional, considerando o risco de banalização da legislação eleitoral. Por outro lado, o elenco de argumentos destinados à defesa, buscando o convencimento do juiz, é um direito da parte constitucionalmente previsto[32]. Portanto, cada caso deve ser exposto a uma avaliação criteriosa do magistrado, para se obter o equilíbrio da balança, sem lesionar a legislação eleitoral e garantindo o direito fundamental à defesa.

4.4 A DESLEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E O CARÁTER JURISDICIONAL DA PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAL E PARTIDÁRIA

Democracia, nas suas origens gregas, significa "governo do povo". Abraham Lincoln, no discurso Gettysburg,em 1863, conclui este conceito com a famosa frase: "*governo do povo, pelo povo, e para o povo*" (LINCOLN, 1863). Partindo dessa ideia, Antonio José Miguel Feu Rosa, (1998, p. 523) elenca como princípios da democracia a liberdade, o respeito à vontade da maioria e o direito de manifestação conferido à minoria.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana da soberania popular, que o exerce por meio do voto em seus representantes e da participação popular. As pessoas que exercem a soberania popular são os cidadãos. Então, são os eleitores, expressando sua vontade pelo voto, que legitimam os eleitos. Logo, qualquer meio de inviabilizar o exercício do mandato, é deslegitimar o poder consentido pelos governados ao governante, lesando a democracia.

A deslegitimação da democracia, nesse passo, desenvolve-se quando eventuais adversários políticos usam atos praticados em campanha (antes ou até após) por outros candidatos, para ajuizarem ações que têm como resultado a cassação do registro de candidatura, da diplomação ou do mandato. Retirando do poder quem, pela soberania popular, foi escolhido para exercê-lo. Por esse viés, não há falar em deslegitimação democrática na prestação de contas, notadamente porque o caráter jurisdicional das contas instrumentalizou as manifestações defensivas, possibilitando uma maior análise e ponderação do julgador.

Ademais, uma efetiva participação no processo é a garantia da democracia processual, o que, pelo âmbito jurisdicional, fortalece o Estado Democrático de Direito. A esse respeito, a lição de Gisele Mazzoni Welsch (2016, p. 84):

> Não existe Estado constitucional, que é o Estado de Direito caracterizado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, sem segurança jurídica e sem equidade diante do Direito, e também não existe Estado constitucional, que é Estado Democrático sem direito à participação no processo.

Cumpre ressaltar, outrossim, que o voto, que legitima os governantes, deve ser depositado de forma livre e consciente pelos eleitores. Quando um candidato se utiliza de ilicitudes para promover sua campanha, está, na verdade, enganando o eleitor. Por certo, pessoas enganadas não têm consciência plena sob seus atos, assim não podem legitimar ninguém quando estão incorrendo em erro. No ponto, Edson de Resende Castro (2008, p. 453) ensina que:

> De fato, o voto depositado nas urnas, quando sem a indispensável informação e consciência, não é manifestação livre da vontade a compor os governos. Não é sem razão que o ordenamento jurídico eleitoral abomina, e até tipifica como crime, condutas que tendem a retirar do eleitor a sua liberdade de escolha.

Dessa forma, haverá vício no contrato celebrado entre o povo e os governantes, merecendo sua anulação por meio da negação ou cassação do diploma outorgado (art. 30-A, §2º, da Lei n. 9.504/97). Logo, não existe deslegitimação democrática no processo de prestação de contas devido ao caráter jurisdicional, pois o candidato que pratica condutas ilícitas não é legítimo, tendo em vista que lesionou a consciência do

[31] Sobre o direito de manifestação e de ver seus argumentos considerados derivarem do direito à ampla defesa e ao contraditório, conferir MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 546-547.

[32] Art. 5º, inciso LV, CF/88: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

eleitor. E, de mais a mais, a natureza jurisdicional da prestação contas vem a fortalecer a democracia, pois possibilita uma participação efetiva e capaz dos entes passivos (candidatos e partidos políticos) no processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho é possível perceber que a alteração da natureza do instituto prestação de contas promoveu sua transição de mero processo formal e administrativo, para procedimento indispensável à regularidade das eleições e da administração partidária.

A atribuição de caráter jurisdicional, dentre as alterações promovidas pelas reformas eleitorais, recebeu holofotes porque impulsionou uma série de outras transformações nas prestações de contas eleitorais e partidárias. Por efeito da jurisdicionalização das contas tem-se a ampliação de princípios constitucionais e a difusão do instituto à ciência da sociedade, afinal, nada mais comum que ver candidatos e partidos políticos usando como argumento de defesa a aprovação das contas junto à Justiça Eleitoral e, por outro lado, a população questionando a regularidade das movimentações financeiras apuradas.

Por todo exposto, conclui-se que não há desletigimação democrática na natureza jurisdicional das contas partidárias e eleitorais, bem como o trâmite processual não sofre graves prejuízos nos quesitos celeridade e economia, uma vez que discutir e analisar os gastos e as receitas partidárias e eleitorais é debater com os governados e governantes a democracia. Em outras linhas, quando se expõe as finanças partidárias e de campanha às questões e etapas jurisdicionais, coloca-se a democracia em destaque.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 5ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 4ª Ed., ver., atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito & CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *D***ireito eleitoral esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. Dos princípios norteadores das prestações de contas eleitorais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14,n. 2371, 28 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14084 >. Acesso em: 1 fev. 2017.

LINCOLN, Abraham. **Discurso da cerimónia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, de 19 de Novembro de 1863**. [on-line] Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em 11 fev. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2ª Ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Vanessa KerpelChincoli.O direito fundamental ao contraditório no processo civil. Conceito e possíveis aplicações.In: MITIDIERO, Daniel (Coord.). **O processo civil no Estado Constitucional.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

RIBEIRO JÚNIOR, Orlando de Carvalho. **A responsabilidade solidária entre partidos e candidatos nas prestações de contas de eleição**. 2012. [on-line] Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11284>. Acesso em: 2 fev. 2017.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DESAFIOS AOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL: O PAPEL DO STF NA RELAÇÃO ENTRE PODERES

Isadora Ferreira Neves[1]

Ziel Ferreira Lopes[2]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo debater, a partir democracia deliberativa proposta por Roberto Gargarella, a justiça dialógica e as suas consequências para demandas enfrentadas por outros modelos políticos. O trabalho objetiva abordar também a invocação de teorias dialógicas no Brasil e o seu crescimento nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, vale considerar as críticas em torno do decisionismo político em sua base e as questões que envolvem o extrapolar dos limites interpretativos na questão jurídica central, deixando-se questões derivadas para a atuação dos demais Poderes, o que desafia um aprofundamento tático do modelo, reclamando mecanismos institucionais que estruturem o diálogo.

Palavras-chave: Diálogos Institucionais. Democracia Deliberativa. Agonismo. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper aims to discuss, from deliberative democracy proposed by Roberto Gargarella, to dialogic justice and its consequences for demands faced by other political models. This paper also propose the invoking of dialogical theories in Brazil and the use of this theory in brazilian Supreme Court. In this way, it's worth considering the critics around political decisionism and the problems that envolve the interpretive limits in central legal questions, leavind the side questions to the other ramifications of the state power, claiming institutional mechanisms that promote the dialogue.

Keywords: Institutional Dialogues. Deliberative Democracy. Agonism. "Supremo Tribunal Federal".

SUMÁRIO: Introdução; 1. Democracia deliberativa e justiça dialógica em Roberto Gargarella; 2. O desafio agonista: acirramento dos conflitos políticos em choque com a racionalidade jurídica; 3. O Supremo Tribunal Federal na relação entre Poderes 4. Abandono ou aprofundamento tático de um modelo? Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No debate jurídico brasileiro, tornou-se frequente falar em "Diálogos Institucionais". Contudo, a popularidade da expressão nem sempre tem implicado em compromisso com um conjunto de ideias bem determinadas. Diálogos Institucionais são tudo e são nada. Por um lado, são inflacionados como o grande ideal necessário nas relações entre Poderes. Por outro, são desacreditados como método ingênuo, até impossível, alheio ao contexto empírico das democracias contemporâneas[3]. Perdem, então, sua função transformadora de modelo contrafático e assumem a função de fantasia, em que se idealiza algo, justamente

[1] Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - Unisinos. Pós - Graduada em Direito Público pela Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. E-mail: isadoraneves@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6778278829147343.

[2] Doutorando (bolsista CNPq-BR) e Mestre (bolsista CAPES/PROEX) em Direito pela UNISINOS. Bacharel em Direito pela UNEB. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). E-mail: zf.lopes@hotmail.com

[3] Nem "necessários", nem "impossíveis", os Diálogos Institucionais são uma opção jurídico-política na relação entre os Poderes, cuja realização exige tantas outras opções menores.

para mantê-lo à distância.

O termo "Diálogos Institucionais" surgiu no debate jurídico a partir do contexto canadense[4]. De modo geral, é usada para se referir a interações entre os Poderes nas quais o Judiciário não detém a "última palavra". Em formulações mais ambiciosas, prescrevem uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições. O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial.

Com o passar do tempo, vem se associando com várias outras técnicas decisórias. O enriquecimento (e a confusão) no contato com outras experiências cria todo um campo de teorias dialógicas da justiça a ser descrito, historiado e classificado.

Contudo, a preocupação que nos move nesse artigo é tomar parte na discussão sobre o que o direito *deve ser* quando se fala em um "*modelo de justiça dialógica*", articulando o debate da teoria normativa com seu uso na prática jurídica brasileira, em que a expressão pode estar sendo invocada retoricamente para servir a outros modelos não declarados de jurisdição e democracia.

Por isso, justifica-se um estudo que fixe os contornos desse modelo e o situe minimamente na disputa teórica e prática. Por quê uma justiça dialógica? Quais os outros modelos de Jurisdição com que concorrem? E quais os modelos de democracia que cada um deles pressupõe?

O modelo deliberativo de democracia, em que se encaixam os Diálogos Institucionais, tem passado por duras provações. O acirramento dos conflitos políticos tem se chocado com a racionalidade jurídica, ameaçando a vida pública baseada na troca de argumentos. Ganham espaço os modelos agonísticos, que assumem a conflituosidade irredutível, a lógica adversarial e disputa franca de poder. Assim, esperam desenhar as instituições para ao menos domesticar os conflitos, impedir que eles se degenerem na lógica amigo/inimigo.

Mantendo à vista estes modelos rivais de democracia (e talvez de jurisdição), o objetivo deste artigo é explorar alguns desafios aos Diálogos Institucionais no Brasil, a partir do papel desempenhado pelo STF na relação entre os Poderes.

Para tanto, procederemos da seguinte maneira: 1) reconstruiremos os modelos de democracia e seus correspondentes modelos de jurisdição, na obra de Roberto Gargerella, enfatizando o democracia deliberativa e a justiça dialógica; 2) como desafio, apresentamos algumas críticas feitas por Chantal Mouffe ao modelo deliberativo de democracia, que evidenciam o acirramento dos conflitos políticos em choque com a racionalidade jurídica; 3) a partir dos referenciais montados, passamos a discutir o papel que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando na relação entre Poderes; e 4) por fim, aproveitamos a experiência brasileira para repensar o modelo teórico deliberativo, questionando a necessidade de seu abandono (pelo agonismo) ou de seu aprofundamento tático.

[4] HOGG,Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or PerhapsThe Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal,** v. 35, 1997. p. 75-124. Esse tipo de relação entre os poderes foi fomentada pela Carta de Direitos e Liberdades, de 1982, e o caso R v. Oakes (1986). Os autores ressalvam que: "*The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process*" (p. 81). Assim, trabalham com seguinte conceito: "*Accordingly, the 'dialogue' to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body. In all of these cases, there must have been consideration of the judicial decision by government, and a decision must have been made as to how to react to it. This may also have occurred in cases where a decision was not followed by any action by the competent legislative body. However, we have not essayed the difficult task of documenting all of the occasions when Charter cases were discussed within government but were not followed by legislative action*" (p. 82).

2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E JUSTIÇA DIALÓGICA EM ROBERTO GARGARELLA

Roberto Gargarella[5] propõe um questionamento central, que diz respeito ao significado da defesa de uma concepção deliberativa de democracia no tocante à concretização de direitos, especialmente os direitos sociais tendo em vista demandarem uma atuação positiva do poder público.

Essa proposta do autor surge diante da constatação de que o modelo que defende, qual seja o modelo de democracia deliberativa, não foi propriamente incorporado à prática jurisdicional. Isso pode ser demonstrado pelo fato de que não é raro que juízes que argumentam com base em diferentes modelos democráticos, como os modelos pluralista e populista, cheguem ao mesmo resultado: a negativa da concretização de direitos que imponham prestações estatais positivas[6].

Assume grande relevância, portanto, o estudo dos modelos democráticos e das suas consequências quanto às posturas jurisdicionais. Nesse sentido, o autor concentra o seu debate nos modelos de democracia pluralista, participativa e deliberativa.

O perfil democrático pluralista tem como marca característica a valorização da vontade do povo, de modo que essa vontade do povo se aloca na Constituição, que é tida como a sede principal e exclusiva da vontade popular. A intervenção jurisdicional nesse modelo acaba então por se condicionar à decisão popular de incorporar direitos à Constituição, o que será fator determinante para a consequência de colocá-los em prática[7].

Isso não implica, contudo, supor uma superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, e sim que a vontade popular é superior à especificação das funções governamentais. Uma vez que essa vontade popular é consolidada na Constituição, está vincula inclusive a produção da legislação infraconstitucional (que se origina na vontade do legislador). Esse raciocínio conduz inclusive à possibilidade de controle de constitucionalidade, tendo como elemento fundador o caso *Marbury vs. Madison* que desagua na consolidação da doutrina do *judicial review* e na ideia de supremacia judicial[8].

O objetivo do sistema constitucional para o modelo democrático pluralista é reduzir, e não estender ou promover, a influência de grupos de interesse na tomada de decisões. A Constituição, nessa perspectiva, busca prevenir as opressões de uns cidadãos sobre outros, uma vez que vivemos em um mundo caracterizado pela presença de grupos de interesse[9].

Nessa linha é possível afirmar que a democracia pluralista concebe a cidadania como um conjunto de pessoas motivadas principalmente por impulsos egoístas, o que as impede de tomar decisões racionais de acordo com os interesses da totalidade, o que leva à defesa de um modelo tecnocrático de tomada de decisões. Há, portanto, um baixo nível de participação cívico-política e a priorização da estabilidade política, associada a uma teoria originalista da interpretação[10].

Essa postura interpretativa originalista acaba associando-se, para Gargarella, à defesa do individualismo e de um Estado mínimo que anule as leis direcionadas à intervenção econômica, o que, no

---

[5] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 10.

[6] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 10.

[7] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 11.

[8] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 12. A respeito da relação entre *judicial review* e supremacia judicial, com aprofundamento das suas consequências para o contexto brasileiro, ver: TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016.

[9] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 12.

[10] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 13.

tocante à prática jurisdicional, acaba desaguando na justificativa da omissão judicial quanto à concretização de direitos, especialmente os direitos sociais[11].

O modelo democrático participativo, por sua vez, concentra-se na vontade democrática do povo. O *locus* da vontade do povo, para esta concepção, reside fora da constituição, no "aqui e agora". Por tal motivo, esse modelo democrático está atrelado à ideia de que os juízes não deveriam se envolver em assuntos políticos[12].

Para a concepção democrática participativa assume grande relevância assegurar o valor da participação política, o que requer necessariamente precondições (sociais e econômicas) e uma comunidade autogovernada, baseada em cidadãos ativos e virtuosos. Na sua forma ideal, esta sociedade autogovernada é composta por cidadãos que se identificam com sua comunidade e que têm fortes laços solidários com seus pares.

Esse autogoverno participativo está fortemente condicionado, portanto, a uma sociedade igualitária e composta por indivíduos situados em posições sociais similares. Isso acaba refletindo posturas jurisdicionais que delegam às instâncias do poder político, e não do poder judicial, a garantia do bem-estar geral[13].

Em suma, o modelo participativo está assentado na participação pública na política e num processo genuinamente coletivo de tomada de decisões que pressupõem a existência e operatividade de certos direitos básicos.

Não obstante os elementos conceituais abordados nesse tópico a respeito dos modelos democráticos pluralista e participativo, o modelo de democracia protagonizado por Gargarella é o modelo de democracia deliberativa que, segundo o autor, se caracteriza pela perspectiva de que a democracia requer a aprovação de decisões públicas tomadas em um amplo processo de discussão coletiva[14].

Esse processo deliberativo supõe a intervenção de todos aqueles que se vejam potencialmente afetados pelas decisões em jogo – no que Gargarella adere ao "princípio D" de Jürgen Habermas[15] -- , tendo como condição primária e necessária uma base consensual ampla, formada com a participação de todos os setores da sociedade.

Denota-se que o modelo democrático participativo apresenta um caráter intrinsecamente majoritarista, conforme anteriormente explicitado, em contraposição à democracia deliberativa. Também é possível perceber, pelos elementos expostos, que tanto o modelo democrático pluralista quanto o populista não viabilizam a intervenção judicial em sede de concretização de direitos

Em sua perspectiva democrática (deliberativa), Gargarella defende um sistema deliberativo bem organizado e que requer a existência de mecanismos institucionais que possibilitem essa formulação. Como consequência, a teoria democrática deliberativa posiciona-se institucionalmente e propõe um ambiente em que os juízes têm grandes probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo[16].

Gargarella estabelece então o juízo crítico a respeito dos caminhos que levam às decisões judiciais que partem de uma teoria democrática, assumindo que os juízes que se recusam a aplicar direitos sociais deveriam explicar por que utilizam as teorias interpretativas que utilizam, em detrimento de outras teorias

[11] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 13.

[12] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 14.

[13] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 17.

[14] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 19.

[15] "São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais". HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 142.

[16] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 21

que poderiam sustentar resultados diferentes daqueles apontados em suas decisões[17].

Os apontamentos a respeito dos modelos democráticos e as contribuições de Gargarella revelam-se especialmente importante para o presente trabalho no sentido de relacionar democracia e diálogos institucionais, que aparecem como um aprofundamento dos mecanismos institucionais que propiciam o sistema deliberativo. Desta forma, é importante estabelecer que não se trata da defesa de que o judiciário ocupe o lugar do legislador nem que decida qual a política pública específica que deve ser aprovada. Trata-se da busca por soluções alternativas dialogadas inclusive com o próprio legislativo, deixando ao último a decisão final[18]

3 O DESAFIO AGONISTA: ACIRRAMENTO DOS CONFLITOS POLÍTICOS EM CHOQUE COM A RACIONALIDADE JURÍDICA

Um ataque poderoso ao modelo deliberativo de democracia é feito por Chantal Mouffe[19]. Segundo a pensadora belga, a crise que esse modelo vem enfrentando se deve à sua incapacidade de captar a própria natureza da democracia.

Os deliberativistas, como Ralws e Habermas, seriam demasiadamente idealistas, universalistas, racionalistas e até mesmo antipolíticos. Em suma: "eles identificam a esfera pública democrática com a redenção discursiva de pretensões normativas de validade [tradução livre][20]". Assim, apostam demasiadamente na troca de argumentos e na formação de consensos como base da vida institucional, convertendo a política em justiça. Pretendem deixar fora desse processo a dimensão existencial, a ética encarnada na vida das pessoas. Mas isso desconsideraria uma parte fundamental da convivência democrática, a retórica e a paixão dos conflitos humanos como verdadeira gramática da política. De igual modo, desconsideraria formas de produzir resultados úteis nesse contexto, como a negociação de interesses.

No modelo deliberativo, concebe-se o conflito como um obstáculo empírico[21]. Para Mouffe, isso é constitutivo da política. Melhor dizendo: um modelo de democracia deveria tomar o conflito como ponto central. O mais importante é ter em conta que sua contestação ao modelo deliberativo não é apenas empírica ou epistêmica, mas, sobretudo, ontológica:

> De fato, os impedimentos a uma deliberação pública livre e não constrangida por todas as questões de preocupação comum é uma impossibilidade conceitual, sem a qual aqueles chamados impedimentos, nenhuma comunicação, nenhuma deliberação poderia jamais ter lugar[22][tradução livre].

Para sugerir um modelo alternativo, a autora parte do diagnóstico radical feito por Carl Schimmitt, para tentar "domesticá-lo". Admite a política como disputa de poder e a lei como resultado de uma hegemonia. O que ela recusa é se render totalmente a isso, a abraçar, como Schimmitt, o *antagonismo* que degenera na lógica *amigo/inimigo*. As instituições deveriam ser capazes de canalizar essas hostilidades numa forma civilizada de convivência, um pluralismo radical, *agonista*, em que nos reconhecemos como *adversários* com o mesmo direito a estar disputando dentro de uma dada estrutura.

---

[17] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 17.

[18] GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 22.

[19] MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? **Social Research**, Vol. 66, No. 3, Prospects for democracy (fall 1999). p. 745-758 .

[20] "[…] *they identify the democratic public sphere with the discursive redemption of normative validity claims.*" MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? **Social Research**, Vol. 66, No. 3, Prospects for democracy (fall 1999). p. 746..

[21] MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? **Social Research**, Vol. 66, No. 3, Prospects for democracy (fall 1999). p. 748.

[22] *"Indeed, the impediments to the free and unconstrained public deliberation of all on matters of common concern is a conceptual impossibility because, without those so-called impediments, no communication, no deliberation could ever take place"*. MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? **Social Research**, Vol. 66, No. 3, Prospects for democracy (fall 1999). p. 751.

Diante dessas críticas, é possível prever alguns tipos de reação: 1) aceitar as críticas de Mouffe e abandonar o modelo deliberativo em prol do agonismo; 2) argumentar que Mouffe faz uma caricatura do modelo deliberativo, que não seria ingênuo como ela o representa, portanto suas críticas não se aplicariam a ele; 3) aceitar a maneira como Mouffe representa o modelo deliberativo, mas rejeitar suas críticas, argumentando que levariam a um decisionismo político perigoso; e 4) argumentar que, bem entendidos os dois modelos, há entre eles mais uma complementariedade do que uma contradição insanável.

Nesse momento, não pretendemos resolver uma disputa entre visões tão abstratas e gerais. Deixemos essas possibilidades em aberto, como hipóteses iniciais, para ao menos refiná-las conforme avancemos na análise de questões mais concretas e específicas.

Por fim, antes de encerrar este tópico sobre o desafio agonista, devemos nos perguntar por seu efeito sobre o modelo de jurisdição. Até aqui, vimos um ataque à democracia deliberativa, minando a base de um justiça dialógica. Mas qual seria o modelo de jurisdição ajustado ao agonismo? A resposta a essa pergunta é prejudicada pela recusa do agonismo a se estabelecer como um modelo propriamente dito. Como observa Luis Felipe Miguel:

> Um crítico simpático a Mouffe julga que o principal problema do modelo agonístico é não se estabelecer efetivamente como modelo, permanecendo na desconstrução do deliberacionismo e não avançando no entendimento de como uma democracia agonística pode lidar com o problema da exclusão e, simultaneamente, manter a função de domar o conflito antagônico (cf. Mendonça, 2010). Creio que é um problema insuperável, nos marcos da distinção antagonismo/agonismo, que limita o alcance da crítica às vertentes hoje hegemônicas da teoria democrática[23].

Não entraremos em maiores explorações sobre esse ponto, que merece trabalhos à parte. Contudo, devemos adiantar que o ataque agonista à racionalidade no campo dos valores parece profundo demais para ser isolado a apenas uma área da vida institucional. Assim, uma investida tão violenta contra a política e a moral também tende a atingir parte do Direito como o conhecemos.

Ocorre que o Direito hoje depende muito do recurso a princípios, os quais, como sabemos, são altamente passíveis de manipulação pelos juízes e advogados. Confiar neles exige que se aposte alto na capacidade de controle dessas questões pela via interpretativa-argumentativa, o que parece difícil de se pedir a um descrente na democracia deliberativa.

Mais difícil ainda seria pedir-lhe para confiar numa justiça dialógica, isto é, numa colaboração entre autoridades com competências sobrepostas, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outros atores têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outros atores.

Sob essa luz, a dificuldade de encaixar o código do Direito com o da política se torna mais explícita. Parte do que estamos acostumados a falar na linguagem da justiça talvez passasse para outra gramática.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RELAÇÃO ENTRE PODERES

A partir das cargas teóricas levantadas até aqui, é interessante trazer à discussão alguns exemplos da prática jurídica brasileira. A finalidade metodológica desses exemplos não é "testar" de maneira tosca qual modelo se ajusta melhor à nossa realidade[24], mas apenas situar nossa análise nas disputas concretas que inspiraram os modelos, permitindo uma circulação entre teoria e prática.

Pois bem. Nos últimos anos, têm se observado no país ao menos dois fenômenos dignos de nota relacionados à nossa temática: de um lado, uma frequente invocação da teoria dos Diálogos Institucionais e de outras técnicas decisórias correlatas pelas decisões e votos dos ministros do STF; e, de outro lado,

[23] MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do "agonismo". **Lua Nova**, São Paulo , n. 92, p. 32. Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mai 2018.

[24] Até porque, parte desse debate não depende de premissas empíricas, mas de premissas valorativas e da coerência entre argumentos.

um acirramento dos conflitos políticos, frequentemente protagonizados pelo STF, o que tem gerado sérios impasses entre os Poderes. A compreensão de como se chegou a esse desse paradoxo pede um breve contexto histórico.

Os anos de redemocratização do Brasil foram marcados por uma corrida ao Judiciário. As demandas sociais reprimidas no regime ditatorial, combinadas às promessas trazidas pela Constituição de 1988, e ao destaque dado ao Judiciário no novo desenho institucional gerou o que se pode chamar, com Clarissa Tassinari, de judicialização da política.

Segundo Tassinari: judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos distintos. O primeiro é contingencial, fruto de um contexto caracterizado pela necessária implementação de direitos, por um déficit na atuação dos demais Poderes. O segundo, por sua vez, está relacionado a um problema hermenêutico, isto é, à pergunta sobre como se decide. O ativismo judicial consiste numa postura do Judiciário, extrapolando os limites constitucionais de sua atuação[25].

Por outro lado, as novas doutrinas jurídicas (neoconstitucionalismo), as omissões legislativas e o personalismo que marca o exercício do Poder público no país formaram um imaginário ativista, somando o motivo e a chance para a captura do protagonismo político pelo Judiciário. Nesses termos, o ativismo judicial[26] vale-se de interpretações criativas da Constituição — até mesmo contrárias à redação de cláusulas pétreas[27] — para entrar no jogo político, extrapolando as restrições impostas pela racionalidade jurídica.

Na era do "ativismo judicial" tornou-se comum a invocação de sofisticados recursos teóricos-metodológicos do pensamento jurídico contemporâneo nos votos e decisões do STF, como os princípios, a ponderação etc. Contudo, várias pesquisas embasadas nesses referenciais que se dedicaram a analisar as decisões do STF convergem no sentido de se tratar de mera apropriação retórica[28]. Além disso, José Rodrigo Rodriguez chama atenção para a manutenção de uma lógica decisional própria no STF, estruturada no argumento de autoridade[29].

Após uma série de decisões do STF de grande repercussão política, o Legislativo ensaiou uma retaliação disfarçada de diálogo com a PEC 33/2011. Segundo sua ementa, propunha-se:

> Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição[30].

Contudo, a radicalidade da proposta e uma relativa calmaria política fariam com que a medida não vingasse.

A tensão entre os Poderes voltou a escalar na última década, com a formação de uma crise política que se radicalizou a partir de 2016. O estouro de escândalos de corrupção levou várias figuras da vida política nacional à destituição dos cargos e à prisão, mudando a correlação de forças no Executivo e Legislativo. Assim, a presença do Judiciário na vida política tornou-se cotidiana. Em vários momentos, houve dúvidas sobre se as decisões do STF seriam cumpridas por autoridades dos outros Poderes. Criou-se um complexo xadrez jurídico-político a cada movimento de um ator institucional.

---

[25] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[26] Também discutindo essas tensões, veja-se: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>. Acesso em: 08 Mai. 2018.

[27] Caso do famoso HC 126.292/SP julgado pelo STF em 2016. Nele autorizou-se a execução provisória da sentença condenatória penal após confirmação por tribunal de segundo grau de jurisdição, contrariando a redação do art. 5º LVII da CF.

[28] Sobre a ponderação, veja-se: NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação alexyana na doutrina brasileira**: por uma reinterpretação à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

[29] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes ?** Para Uma Crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

[30] BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição n. 33, de 2011**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 08 mai 2018.

Paralelamente a isso tudo, veio aparecendo no STF a menção às teorias e técnicas dialógicas de decisão, em casos emblemáticos, como o da demarcação das reservas Raposa/Serra do Sol[31], da crise no sistema carcerário[32] etc. Nesses casos, se atualizou o modo de compreender o papel do Judiciário diante de omissões administrativas (concretas), mas extrapolando de modo bastante polêmico os limites de sua atuação. Passou então a circular no contexto jurídico, de maneira difusa, a expressão "ativismo dialógico".

As reações negativas que essas decisões provocaram em vários juristas que se dedicam a discutir o ativismo judicial n Brasil[33] levantam a necessidade de investigar o quão dialógicas elas realmente têm sido. Dito de outra maneira: de que vale dialogar nos detalhes de uma decisão quando já se está extrapolando a interpretação na questão central? Isso poderia levar a uma invocação dos Diálogos Institucionais para acobertar um ativismo judicial.

O grande artífice dos Diálogos Institucionais no STF talvez venha sendo o Ministro Luís Roberto Barroso, quem mais os citou em seus votos e entrevistas. Contudo, é preciso observar a peculiaridade do seu modelo: concebe-se o STF como uma "vanguarda iluminista da nação", que deve "empurrar a história" diante das omissões políticas[34]. Na sua própria formulação, o componente elitista antecede o dialógico. Com Habermas, é possível falar aí numa colonização judicial do mundo da vida. Com Chantal Mouffe, em tintas mais cruentas, falaríamos num ato de poder, um decisionismo político seguido de uma retórica jurídica para cooptar os críticos.

Afinal, o modelo dialógico de jurisdição não pode ser pensado como um remédio para o ativismo judicial, considerando que podem se somar a ele, abrindo detalhes da decisão para a colaboração de outros atores, mas sem redimir o decisionismo político na base da decisão. Em casos extremos, as teorias e técnicas diálogicas podem ser capturadas para um uso perverso em um contexto de grande acirramento dos conflitos políticos.

5 ABANDONO OU APROFUNDAMENTO TÁTICO DE UM MODELO?

Voltemos às hipóteses sobre deliberação e agonismo. Sabendo das apropriações do papel argumentativo do Judiciário por agendas políticas (como a tese da vanguarda iluminista de Barroso), Mouffe parece ter algum sentido em suas reivindicaões. Contudo, seria o caso de abraçar a conflituosidade irredutível, o irracionalismo, o jogo de interesses, e desenhar as instituições a partir daí, numa estratégia pessimista? E o que isso significaria, na prática? Menos mecanismos deliberativos racionais e mais poder (puramente político, volitivo, irracional) freando o poder? Ou, ainda, devemos continuar investindo pesado em diálogos, na força construtiva da razão pública, e nos sentidos compartilháveis como base da Jurisdição democrática?

Para responder essas questões, devemos registrar as duras críticas que Gargarella levanta contra a caracterização ingênua que Mouffe faz dos democratas deliberativos. Menciona o contexto político difícil em que essas teorias como a de Habermas e Ralws foram concebidas, sua longa e profunda justificação teórica para dar conta dos conflitos, sua aplicação em vários casos práticos na defesa de oprimidos e o valor histórico da razão pública para se controlar o exercício arbitrário do poder estatal[35].

---

[31] PET 3388.

[32] ADPF 347.

[33] Por todos, veja-se obra (no prelo) de Lenio Luiz Streck analisando as 30 decisões mais marcantes do STF desde a promulgação da Constituição de 1988.

[34] BARROSO, Luís Roberto. **A Razão Sem Voto**: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2915571. Acesso em: 08 Mai. 2018.

[35] GARGARELLA, Roberto. **Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal**. [S. I.]. 05 Set. 2010. Disponível em: http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2010/09/consensoconflicto.html. Acesso em: 08 Mai. 2018. Blog: Seminario de teoría constitucional y filosofía política. Sem citá-la expressamente, veja-se também: GARGARELLA, Roberto; MONTERO, Julio. Por qué fracasa la lógica del antagonismo permanente. **Clarín**. Buenos Aires, 27 fev. 2014. Disponível em: https://www.clarin.com/opinion/fracasa-logica-antagonismo-permanente_0_B1vsrkiw7x.html. Acesso em: 08 Mai 2018.

Bem dimensionada a proposta deliberativa, como "ideal regulativo", o ataque de Mouffe perde potência. Pode, então, ser assimilada como um complemento, um reforço crítico contra eventuais idealizações excessivas. Para manter-se como tese rival, precisaria subir o tom e radicalizar sua crítica ao debate público racional, condições em que seria difícil manter-se ainda como um modelo democrático.

Modulação parecida deve ser feita com relação a um modelo de justiça dialógico. As dificuldades empíricas não invalidam sua lógica. Na verdade, pressupõe-na até para serem criticadas.

Contra idealizações ingênuas, Gargarella já antecipa algumas limitações desse modelo, ao analisar alguns casos práticos:

> […] Ciertamente, desde la perspectiva de la democracia deliberativa no es obvio que todas sus decisiones (durante su período más "activo") fueran igualmente defendibles, algunas de ellas, podríamos pensar, **excedían las virtudes dialógicas** que los demócratas deliberativos alaban, **y representan más bien la imposición de las perspectivas (en este caso progresistas) de la Corte sobre las autoridades políticas.**

Reconhece, assim, que há várias razões para desconfiar que a atuação judicial descambará para a formação de uma supremacia. Contudo, esclarece:

> […] la defensa, muy condicionada, de ciertas formas de diálogo institucional promovidas desde el poder judicial no implica una defensa boba de dicha intervención, por caso, la defensa de cualquier decisión judicial tradicional que se adopte agitando las banderas del diálogo y en nombre de la deliberación democrática. Como siempre, habrá que seguir estando armados teóricamente frente a quienes, por comodidad intelectual, conservadurismo o mera conveniencia, sigan en la práctica de invocar los mejores ideales públicos, para la satisfacción de los peores y más personales intereses.

Portanto, longe de invalidar o modelo dialógico, as considerações feitas ao longo deste artigo desafiam seu aprofundamento, reclamando mecanismos institucionais, incentivos, sanções, desenhos, procedimentos que estruturem o diálogo. E pedem, também, que se dê um passo atrás, um recuo em direção à parte mais substancial dos debates sobre ativismo judicial, especialmente a questão interpretativa. A própria qualificação de uma decisão como ativista passa por isso.

Afinal, todas essas complicações parecem sinalizar que não há uma maneira puramente "institucionalista" de resolver o problema. Procedimentos e diálogos só fazem sentido se uma mínima base interpretativa for compartilhável, se pudermos reconhecer como autênticas as aplicações aos casos concretos dos princípios que constituem uma sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça dialógica surge a partir da democracia deliberativa, em resposta às demandas enfrentadas por outros modelos políticos. Atualmente, vem sendo minada em sua própria racionalidade pelo acirramento dos conflitos políticos (irreconciliáveis para alguns).

No Brasil, a invocação de teorias dialógicas tem crescido nos julgamentos do STF. Contudo, vários deles têm despertado críticas por partirem de um decisionismo político em sua base. São extrapolados os limites interpretativos na questão jurídica central, deixando-se questões derivadas para a atuação dos demais Poderes. Isso desafia um aprofundamento tático do modelo, reclamando mecanismos institucionais que estruturem o diálogo.

Os desafios ao modelo dialógico de justiça não parecem abalá-lo no seu cerne, eliminando toda interação construtiva entre os Poderes. Lendo sua defesa e sua crítica sob as luzes mais favoráveis, conclui-se pela necessidade de uma contínua complementação, um aprofundamento tático do modelo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Razão Sem Voto**: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2915571. Acesso em: 08 Mai. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição n. 33, de 2011**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 08 mai 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses . Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**., v.2, p.183 – 206, 2015.

GARGARELLA, Roberto; MONTERO, Julio. Por qué fracasa la lógica del antagonismo permanente. **Clarín**. Buenos Aires, 27 fev. 2014. Disponível em: https://www.clarin.com/opinion/fracasa-logica-antagonismo-permanente_0_B1vsrkiw7x.html. Acesso em: 08 Mai 2018.

_____. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, v. 13, n. 28, p. 09-31, 2006. Disponível em: http://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/213. p. 10.

_____. **Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal**. [S. I.]. 05 Set. 2010. Disponível em: http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2010/09/consensoconflicto.html. Acesso em: 08 Mai. 2018. Blog: Seminario de teoría constitucional y filosofía política.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 142.

HOGG,Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or PerhapsThe Charter of Rights Isn ⍰t Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal,** v. 35, 1997. p. 75-124.

MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do "agonismo". **Lua Nova**, São Paulo , n. 92, p. 32. Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mai 2018.

MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? **Social Research**, Vol. 66, No. 3, Prospects for democracy (fall 1999). p. 745-758.

NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação alexyana na doutrina brasileira**: por uma reinterpretação à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes ?** Para Uma Crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016.

_____. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>. Acesso em: 08 Mai. 2018.

INTERVENÇÃO ESTRUTURAL DIALÓGICA E SUPERAÇÃO DE BLOQUEIOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS: O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM DEMOCRÁTICA

ALMEIDA, Luis Renato Ribeiro Pereira de[1]

DOMINGUES, Gleison Heringer Vieira[2]

RESUMO: A investigação científica que ora vem a lume se propõe a examinar as interações e tensões entre os Poderes do Estado no que toca à implementação de políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais – notadamente direitos sociais de caráter prestacional – em situações fáticas específicas, reveladoras de bloqueios políticos e institucionais que ensejam a violação massiva, generalizada e sistêmica dos direitos encartados na Constituição da República. Nessa perspectiva teórica, a pesquisa é centrada na análise do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) sob três aspectos principais: as consequências do seu reconhecimento sobre a realidade social; as possíveis posturas da Corte Constitucional em relação aos Poderes Políticos e a reação destes à decisão judicial proferida no enfrentamento do litígio estrutural.

Palavras-chave: Intervenção Estrutural. Diálogo Institucional. Estado de Coisas Inconstitucional. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre as dificuldades na implementação de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais – notadamente direitos sociais de caráter prestacional, caros ao Estado, e que demandam uma atuação positiva de sua parte para serem promovidos – são recorrentes no ambiente acadêmico e no cotidiano forense, merecendo o devido destaque por envolver questões que impactam diretamente a população de um Estado.

A proposta do presente trabalho é se debruçar sobre a temática no que concerne a situações fáticas específicas, reveladoras de bloqueios políticos e institucionais que, por força da inércia contínua e reiterada dos Poderes do Estado, ensejam a violação massiva, generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) destaca-se como mecanismo de efetivação dos direitos insculpidos na Carta da República e enfrentamento do chamado litígio estrutural. A experiência da utilização da técnica decisória na América Latina foi visualizada na Colômbia – que idealizou a categoria –, Brasil e Peru, que serão objeto de análise desta pesquisa.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS E OBJETO

Do exame da jurisprudência constitucional colombiana desde a primeira oportunidade em que o Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicado, exsurgem dois fatores basilares orientadores de sua configuração, quais sejam: a reiterada violação de direitos fundamentais, que afeta número amplo de pessoas,

[1] Pós-graduando em Direito Processual com ênfase em relações jurídicas do Poder Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduando em Ordem Jurídica e Ministério Público pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IEP/MPRJ) E-mail: luisrenato.rpa@gmail.com.

[2] Pós-graduando em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). E-mail: gleisonheringer@id.uff.br.

em razão da amplitude da afronta a esses direitos; e a causa dessa violação não ser imputável unicamente a uma ou algumas autoridades pontuais, mas resultar de fatores estruturais, de modo que a solução do caso concreto exige a ação conjunta e coordenadas de diversas entidades[3].

Na doutrina estrangeira, César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, de modo semelhante, destacam dois traços marcantes do ECI, são eles: uma situação fática de violação massiva de direitos, com o fracasso generalizado de políticas públicas, cujos resultados não são sequer minimamente aceitáveis; e um bloqueio do processo político ou institucional, aparentemente imune aos mecanismos de ajuste e correção convencionais de políticas públicas, vinculado a falhas sistemáticas em seu processo de formulação[4].

De outro lado, na doutrina nacional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos apresenta três pressupostos centrais caracterizadores do ECI.

O primeiro, atinente ao plano dos fatos, é consubstanciado pela violação de direitos fundamentais manifestada, objetivamente, como massiva, generalizada e sistemática; o segundo, que se opera no plano dos fatores, é identificado na medida em que essa violação decorre de falhas estruturais, de ações e omissões estatais sistêmicas perpetuadas por bloqueios políticos e institucionais; e, por fim, no plano dos remédios, o pressuposto correlativo à superação do quadro através de remédios ou sentenças estruturais[5].

Portanto, é certo que restará configurado um "estado de coisas inconstitucional" quando houver, concomitantemente, um quadro fático de violação massiva de direitos fundamentais; um contexto de falhas estruturais, simbolizado pela omissão reiterada e contínua de diversas autoridades e órgãos dos poderes da União, dos Estados e dos Municípios na promoção de medidas direcionadas à efetivação desses direitos fundamentais; e a necessidade da adoção de remédios estruturais – *structural remedies*[6] –, ordens direcionadas a todos os agentes responsáveis pela violação de direitos revestidos do caráter de fundamentalidade, como único meio hábil a romper bloqueios políticos e institucionais ensejadores das falhas apontadas, superando ou ao menos reduzindo a gravidade da quadra de inconstitucionalidades. A presença desses pressupostos configura o que se denominou de litígio estrutural, objeto de enfrentamento pelo estado de coisas inconstitucional[7]. O litígio estrutural reivindica remédios/intervenções em igual medida estruturais para a superação da inconstitucionalidade instalada no funcionamento das instituições.

A inconstitucionalidade, portanto, não recai sobre lei ou ato normativo que do ponto de vista material seja incompatível com as limitações impostas pela Carta da República, ou, sob a perspectiva formal, tenha sido editada por órgão incompetente ou por procedimento desenvolvido em contrariedade à ordem constitucional. A incompatibilidade resulta, pois, de um estado de coisas, da existência de uma situação fática de permanência intolerável diante do conjunto de direitos, princípios e valores constitucionais sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito, revelando o mau funcionamento das instituições.

A lesão a direitos fundamentais ensejadora desse estado de inconstitucionalidades não é meramente tópica, isto é, não se circunscreve a um litígio pontual, entre demandante e demandado, tampouco fica a estes adstrita. Conforme lavrado, a afronta configura um litígio estrutural, que ultrapassa eventuais demandantes e autoridades demandas de um processo judicial, atingindo sobremaneira um número indeterminado de jurisdicionados que se encontram nas mesmas circunstâncias e atos de diversas autoridades, que não apenas aquela eventualmente apontada no polo passivo de uma demanda.

Dessa sorte, é certo que a transgressão de direitos *sub examine* decorre de um contexto de falhas

---

[3] Cf. *Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relator ia/2004/t-025-04.htm#_ftnref126>; e *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998. Disponível em: <http://www.cort econstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

[4] RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 40.

[5] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?. CONJUR, 15/10/2015d. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 16 mai. 2016.

[6] WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. San Diego Law Review Vol. 41, 2004, p. 1617-1632, *apud* CAMPOS, *op. cit.*, 2015d.

[7] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*, 2010, p. 16.

estruturais, que encerram a falta de diálogo ou de coordenação entre os diversos atores do Estado, e se materializam por reiteradas ações e omissões quanto a medidas normativas, administrativas, orçamentárias e posturas jurisdicionais acerca da interpretação e aplicação das normas.

Tais condutas comissivas e omissivas ultrapassam a esfera de atuação atinente a apenas um dos Poderes do Estado, e não são atribuídas exclusivamente a autoridades e órgãos específicos, individualizados, de apenas determinado ente da Federação: a inércia que acarreta essa afronta, além de generalizada, é sistêmica, ou seja, repousa sobre o funcionamento das instituições, o que compromete a efetividade dos direitos fundamentais, a concretização da previsão normativa objetiva, e distancia a realização do projeto constitucional da realidade social.

Portanto, o ECI, que representa uma forma de intervenção estrutural, configura-se quando mais de um Poder, nos diversos níveis da Federação, concorrem para o agravamento e perpetuação dessa transgressão, corolário de suas práticas reiteradas[8].

Essa inação estrutural pode, ainda, ser observada sob duas perspectivas: na omissão em adotar medidas que se afigurem eficazes para preservar os direitos fundamentais, hipótese em que não há qualquer política pública formulada; e na inércia em buscar alternativas para solucionar ou, ao menos, reduzir gradualmente a dramaticidade da realidade fática, ante o fracasso das políticas públicas existentes para a promoção e proteção de direitos fundamentais[9]. Ambos os casos são consequência do citado contexto de falhas estruturais, cuja superação resta impossibilitada por estarem associadas a bloqueios políticos e institucionais.

Os bloqueios políticos são concernentes aos custos das opções políticas relacionadas a temas polêmicos, sobre os quais paira forte resistência social, a ensejar a falta de vontade política dos agentes legitimados pelo voto popular (como ocorre com o sistema penitenciário). Os bloqueios institucionais, por seu turno, são correlatos à incapacidade de os Poderes Políticos, por si sós, superarem o quadro fático que se impõe, ante a falta de diálogo entre as instituições ou em razão de falhas na coordenação de suas ações.

Assim, é imprescindível a intervenção de um órgão insulado do processo eleitoral – com a possibilidade de superar os bloqueios políticos –, que, sem determinar substancialmente as políticas públicas a serem adotadas, seja apto para coordenar, mediante a expedição ordens estruturais, a ação dos atores envolvidos na afronta de direitos fundamentais – rompendo os bloqueios institucionais –, sob pena de perpetuação do estado de inconstitucionalidades caso assim não seja.

Em síntese: bloqueios políticos e institucionais impedem a correção de falhas estruturais pelos Poderes Políticos, e, consolidando a violação de direitos fundamentais, tais bloqueios tornam insuperável o quadro delineado caso o Poder Judiciário, por meio do seu órgão de cúpula, não seja instado a romper, através de intervenções estruturais, a continuidade dessas falhas[10].

O cenário bosqueado, portanto, implica a instalação, o agravamento gradual e a perpetuação de realidade fática incompatível com a ordem constitucional, a exteriorizar que apenas remédios estruturais – simbolizados por ordens diversas, direcionadas a uma pluralidade de órgãos e autoridades, de todos os Poderes do Estado – revelam-se aptos a superar tais bloqueios, e corrigir as falhas estruturais, redimensionando os

[8] No caso do sistema carcerário brasileiro, que motivou a propositura da ADPF n.º 347/DF, objeto específico de análise em tempo oportuno, foi indicada a atuação do Poder Legislativo, quando da escolha de políticas criminais privilegiadoras da cultura do encarceramento; do Poder Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal, omissos quanto à promoção de medidas para a garantia de condições dignas aos apenados e no tocante às políticas de reinserção social; e do Poder Judiciário, pela inobservância da previsão contida no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos quanto à realização das audiências de custódia, e em razão do uso excessivo de prisões provisórias, notadamente a prisão preventiva, sem a expressa motivação acerca da não utilização das medidas cautelares diversas previstas do art. 319, do Código de Processo Penal.

[9] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. JOTAMundo, 04/05/2015b. Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>.

[10] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional". Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015a, Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucio nalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_._2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>, p. 37; 42.

"ciclos de formulação e execução de políticas públicas"[11] para, assim, cessar a lesão sistemática aos direitos fundamentais[12].

A deficiência estrutural do aparato estatal exige mudanças de mesma proporção, transformações que operem efeitos sobre o funcionamento de um sistema gravemente debilitado[13], medidas que congreguem os três Poderes do Estado, de sorte que a cada qual incumbe uma atuação circunscrita a suas esferas legítimas de ação: ao Tribunal Constitucional cabe, em um primeiro momento, a prolação de sentenças estruturais, que ao identificar a situação fática configuradora do ECI determinam a elaboração de providências aos Poderes Públicos, fixando-lhes metas, objetivos, indicando diretrizes, parâmetros e eventualmente prazo; aos Poderes Políticos é atribuída a tarefa de substancialmente formular as políticas públicas adequadas ao caso concreto[14] ou o ajuste daquelas que se revelaram deficientes, além de medidas legislativas e orçamentárias, na medida em que são os Poderes responsáveis pelas escolhas políticas e alocação de recursos; por fim, para o sucesso da técnica decisória, a Corte supervisiona a implementação de sua decisão, emitindo novas ordens quando necessário.

Nesse contexto, vistos os pressupostos configuradores do litígio ao qual o ECI se propõe a superar, cumpre consignar que a declaração do estado de coisas inconstitucional traduz uma premissa para a interferência judicial. Em outros termos: somente a partir da afirmação da existência do ECI o Tribunal fica autorizado a formular ordens a autoridades, entidades e órgãos diversos. A afirmação antecedente do ECI permite ao Tribunal, em seguida, proceder à tutela estrutural, determinando a realização de medidas urgentes e necessárias aos atores estatais.

Do exposto, conclui-se que o estado de coisas inconstitucional é instituto vocacionado à tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mediante a adoção de providências de diversas ordens que, conjuntamente, buscam cessar a violação massiva decorrente de condutas reiteradas dos Poderes Públicos, comissivas e omissivas.

3 DIREITO COMPARADO: EXPERIÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO ECI NA COLÔMBIA E PERU

A Corte Constitucional Colombiana (CCC) reconheceu, pela primeira vez, a configuração de um estado de inconstitucionalidades em 6 de novembro de 1997, na *Sentencia de Unificación* SU-559, relativamente ao descumprimento da obrigação estatal concernente à inscrição de 45 professores de escolas públicas dos municípios de *Zambrano* e *María La Baja*, pelas autoridades locais, no sistema de seguridade social, o que acarretou a falta de pagamento de seguros e prestação de saúde aos demandantes.

Ao apreciar o caso, a Corte detectou que a violação a direitos previdenciários decorrente da falha na inscrição no sistema de seguridade não era restrita aos professores que apresentaram suas ações perante a CCC, mas ultrapassava esses particulares e atingia o percentual de 84,16% do total de professores das redes municipais do país, cadastrados no sistema nacional de educação. Demais disso, a Corte identificou um contexto de falhas na política nacional de educação e de redistribuição de recursos, não imputáveis apenas às autoridades demandadas. Portanto, além de a violação não se limitar àquele grupo de demandantes, em igual medida sua origem não estava circunscrita aos citados municípios, e desse modo, caso a CCC julgasse em desfavor apenas das autoridades constantes do polo passivo, a falha permaneceria em razão da dimensão

[11] *Idem*, Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural. CONJUR, 01/09/2015c. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>.

[12] *Idem*, *op. cit.*, 2015a, p. 39.

[13] ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 142.

[14] Segundo Marcelo Figueiredo, políticas públicas são "um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público". Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário: uma visão geral. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; PÉREZ HUALDE, Alejandro (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 711-746.

do problema que se colocava.

Percebendo a necessidade de se tutelar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que a violação decorria da estrutura e funcionamento do sistema – traduzindo, portanto, uma falha estrutural –, a CCC declarou o intitulado *estado de cosas inconstitucional* e determinou a correção da inconstitucionalidade pelos municípios que passavam pelos mesmos problemas, em prazo razoável, e a expedição de cópias da decisão ao Ministro da Educação, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Conselhos Municipais, entre outros, a fim de tomarem as devidas providências orçamentárias[15].

Posteriormente, diversas decisões desse caráter foram proferidas pela CCC, que edificou e passou a aperfeiçoar a proposta decisória: *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998 (ocasião em que foi levada à cognição do Tribunal o caso da superlotação do sistema carcerário das Penitenciárias Nacionais *Modelo*, de Bogotá, e *Bellavista*, de *Medellín*, que submetia os presos a condições desumanas e insalubres); *Sentencia* SU-250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de em 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T-144, de 15 de março de 1999; e *Sentencia* T-525, de 23 de julho de 1999.

Após essas ocasiões, em duas novas oportunidades, mais recentes, a Corte Constitucional Colombiana declarou a existência de estados de coisas inconstitucionais: a primeira, emblemática, relativamente aos deslocamentos internos forçados, estampada na *Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004[16]; e outra pertinente à saúde pública, esboçada na *Sentencia* T-760, de 31 de julho de 2008[17].

No Peru, em pelo menos quatro ocasiões o ECI foi reconhecido pela Corte Constitucional: *Expediente* n.º 2579-2003HD/TC, de 6 de abril de 2004; *Expediente* n.º 3149-2004AC/TC, de 20 de janeiro de 2005; *Expediente* n.º 05561-2007PA/TC, de 24 de março de 2010; e *Expediente* n.º 03426-2008PHC/TC, de 26 de agosto de 2010. Porém, os pressupostos caracterizadores do ECI, tal qual construídos pela CCC, somente se mostraram presentes no último caso, ocasião em a Corte Constitucional do Peru reconheceu a violação do direito à saúde e à integridade pessoal de pessoas presos acometidas por enfermidade mental, no tocante à falta de políticas estatais de tratamento destinadas a essa população.

4 SUPREMACIA JUDICIAL X DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Ao investigar o caso da *Sentencia* T-153, a Corte Constitucional Colombiana verificou que a violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais dos presos – tais como saúde, integridade física, trabalho entre outros – causada pela superpopulação carcerária era generalizada, e, não estando adstrita aos estabelecimentos *Modelo*, de Bogotá, e *Bellavista,* de *Medellín*, abrangia o sistema penitenciário em si, sendo uma questão de magnitude nacional.

Ao constatar uma realidade de violência, corrupção, total ausência de políticas públicas relacionadas ao problema e carência de meios para buscar a ressocialização dos internos, a Corte, após declarar o ECI, expediu ordens de natureza diversa – *v.g.* formulação de um plano de construção e reparação dos presídios, criação e manutenção de centros de reclusão, medidas orçamentárias para garantir a execução do plano – a diversas autoridades, órgãos e entidades – entre os quais figuravam o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC), governadores, presidentes de conselhos distritais e municipais, o Departamento Nacional de Planejamento, o Conselho Superior da Magistratura, Ministros, o Presidente da República entre outros[18].

---

[15] Cf. *Sentencia de Unificación* SU-559, de 6 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstituci onal.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>.

[16] Cf. *Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relator ia/2004/t-025-04.htm>.

[17] Cf. *Sentencia* T-760, de 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria /2008/T-760-08.htm>.

[18] Segundo a Corte Constitucional Colombiano, "*el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema*". Cf. *Sentencia* T-153, de 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucio nal.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

A despeito de a Corte Colombiana ter conferido tratamento nacional ao problema, que reconheceu ser estrutural, as medidas não alcançaram o resultado pretendido, na medida em que as ordens expedidas pecaram pela falta de diálogo com as demais instituições, e pelo elevado grau de rigidez em suas determinações, sem margem de liberdade para que os seus destinatários pudessem eleger o modo de enfrentar o problema dentro de suas reais possibilidades, pelo que se tornou inviável o cumprimento da decisão. Ademais, a falta de uma jurisdição supervisória sobre o caso, na fase de implementação da decisão, contribuiu para o seu fracasso.

Ao optar pela supremacia judicial em detrimento do diálogo institucional, convicta de que sua autoridade seria bastante para impor o cumprimento das ordens expedidas, a CCC assumiu postura de arrogância institucional frente aos demais atores do Estado.

De modo diverso, no caso dos deslocamentos internos forçados decorrentes da violência urbana, o posicionamento adotado pela CCC na *Sentencia* T-025 transpareceu a inclinação da Corte ao diálogo institucional, em substituição a postura de supremacia judicial.

In casu, em razão da violência urbana, pessoas de diversas localidades do território nacional eram obrigados a migrar em seu interior, abandonando todas as atividades desenvolvidas nos locais onde moravam. Essas pessoas, majoritariamente vulneráveis, eram "invisíveis" ao Estado e à sociedade. Foram então direcionadas 108 ações de tutelas à Corte, propostas por 1.150 núcleos familiares. Ao apreciar os pedidos, a CCC identificou afronta a um conjunto de direitos – tais como moradia, saúde, educação e trabalho – e poucos instrumentos legislativos e administrativos voltados a evitar tal violação evidente e já instalada, que, ante a omissão das autoridades públicas, perpetuar-se-ia caso a CCC não interviesse. Tendo em vista que o deslocamento forçado afligia um número de pessoas muito superior àquelas que propuseram os pedidos de tutela, a Corte Constitucional Colombiana optou por adotar remédios estruturais, que tocassem inclusive àqueles enquadrados em iguais circunstâncias e que não formularam ações de tutela[19].

Após declarar o ECI, a CCC expediu ordens flexíveis – *v.g.*, a formulação de novas políticas públicas, com vistas a tutelar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais[20] – aos diversos atores estatais envolvidos – entre os quais o Conselho Nacional de Proteção Integral à População Deslocada pela Violência, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, ao Ministro da Justiça, entre outros – cuja atuação seria imprescindível para superar a quadra de inconstitucionalidade sistêmica. Sem detalhar as medidas a serem adotadas, a intervenção da Corte limitou-se tão somente a definir prazos razoáveis e afirmar a necessidade da implementação de um plano de ação e confecção de políticas públicas, cuja elaboração e definição do conteúdo reservou aos órgãos competentes, contando com amplo debate com a sociedade civil. Nesse sentido, "ao exigir a formulação de políticas e realizar audiências públicas periódicas para discuti-las, o Tribunal estabeleceu um procedimento participativo e gradual de execução"[21].

A população colombiana, que antes sofria com as ações violentas, sendo obrigada a migrar no território, sem qualquer atenção dos órgãos do Estado para essa realidade, a partir das medidas determinadas pela CCC passou a ser assistida por diversas entidades que, em conjunto, promoveram a redução da outrora massiva violação de direitos humanos fundamentais, expressando o sucesso da proposta decisória formulada pela Corte.

[19] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*, 2015, p.63.

[20] Ademais, a CCC também determinou: a comunicação ao *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, para verificar a magnitude da gravidade da violação dos direitos reconhecidos na Constituição e da quantidade de recursos efetivamente destinados a assegurar o exercício efetivo desses direitos; a comunicação ao Ministro *del Interior y de la Justicia*, para promover que os Governadores e *alcaldes* adotassem as decisões necessárias para assegurar a coerências entre as obrigações de atenção à população deslocada, a cargo da respectiva entidade territorial, e os recursos que devem ser destinados para proteger efetivamente seus direitos constitucionais; que o *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, dentro dos 3 meses seguintes à comunicação da sentença, adotasse um programa de ação, com um cronograma preciso, destinado a corrigir as falências na capacidade institucional; que, no prazo de 6 meses, concluísse as ações direcionadas para que as pessoas deslocadas pudessem gozar efetivamente do mínimo de proteção dos seus direitos; determinou a comunicação da decisão ao Ministro *de Hacienda* y Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento e à Ministra de Relações Exteriores, entre outras medidas. Cf. *Sentencia* T-025, disponível em: <http://www.corteconstituc ional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftn139>.

[21] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*, 2010, p. 15.

Do confronto entre os casos da superlotação carcerária e dos deslocamentos internos forçados, manifesta-se o amadurecimento da postura da CCC após declarar o estado de coisas inconstitucional.

De outro lado, além de a flexibilidade das ordens emanadas demarcar um traço distintivo em relação aos demais casos apreciados pela CCC nos quais também foi declarado o ECI, o ponto nevrálgico do caso da população deslocada é identificado na atitude da Corte em, além de proferir a decisão, reter jurisdição sobre a fase de implementação do que determinara[22] "para impulsionar o cumprimento de suas ordens", e assim o fez "através de 84 decisões de acompanhamento (autos) e 14 audiências públicas de discussão, que fizeram balanços do trabalho do Governo", emitindo "novas ordens para promover a proteção dos direitos da população deslocada"[23].

Assim, "a combinação de mecanismos de monitoramento dessas ordens criou espaços públicos de deliberação que ofereceram alternativas inovadoras e potencialmente democratizantes da proteção judicial dos direitos constitucionais"[24].

O acompanhamento da execução e concretização das medidas adotadas, associado à adoção de ordens flexíveis, promotora de diálogos institucionais envolvendo os demais Poderes e a sociedade civil, acarretou o sucesso da *macrosentencia*[25], com a consequente superação do cenário até então configurado na Colômbia.

5 AUTOS DE ACOMPANHAMENTO E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.

Pela realização dos autos de acompanhamento, após o julgamento do caso concreto, ordens sucessivas são emanadas pelo Tribunal na fase de implementação da decisão, solicitando informações e ações concretas, fazendo acompanhamentos pontuais, avaliando o grau de cumprimento da decisão pelas autoridades, além de determinar, caso persistentes as deficiências, o ajustamento das medidas adotadas pelas autoridades públicas[26]. De outro lado, pela designação de audiências públicas periódicas, a solução é construída a partir da participação de todos os atores estatais envolvidos – fomentando o diálogo institucional – e de setores da sociedade civil[27] – ratificando a legitimidade da solução encontrada –, além de reunir informações sobre a efetividade das medidas e o cumprimento da decisão.

Assim, as decisões proferidas no âmbito de um litígio estrutural são qualificadas como ordens judiciais de execução complexa, próprias do estado de coisas inconstitucional, na medida em que, além de direcionar determinações a inúmeros atores, a Corte não encerra seus trabalhos com o pronunciamento judicial sobre o tema, mas acompanha a execução das medidas adotadas na consecução dos fins constitucionais.

Acerca das audiências públicas, é certo que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões já se valeu do mecanismo no âmbito do controle de constitucionalidade para coletar informações relevantes destinadas ao esclarecimento e julgamento de questões constitucionais relevantes. Vale lembrar que em 28 de maio de 2013 foi realizada audiência pública para discutir, inclusive, a temática do sistema penitenciário, com vistas a auxiliar a Corte no julgamento do RE 641.320/RS[28], atinente ao cumprimento de pena na falta de estabelecimento adequado e déficit de vagas.

Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que "só há três formas de buscar as soluções para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional"[29], diretrizes às quais se dedica o estado de coisas inconstitucional.

[22] *Idem*, *op. cit.*, 2015, p. 66-67.
[23] *Idem*, 2010, p. 14-15.
[24] *Ibidem*.
[25] Expressão utilizada por César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco para qualificar a sentença produzida em casos estruturais, em razão da extensão das ordens proferidas e das causas de matriz estrutural que dão ensejo à declaração do estado de coisas inconstitucional. Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*, 2010, p. 14.
[26] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*, 2010, p. 85-86.
[27] CAMPOS, *op. cit.*, 2015a, p. 44.
[28] STF, RE 641.320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, PLENO, julgado em 11/05/2016.
[29] Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, "Ministro Gilmar Mendes encerra audiência pública sobre regime prisional". 28/05/2013.

É precioso pontuar, ainda, que o Poder Judiciário não tem qualquer ingerência sobre o conteúdo das políticas públicas elaboradas: sua atuação é pautada tão somente na direção de promover o diálogo entre os Poderes e supervisionar a fase de execução da política pública que será confeccionada pelos Poderes Políticos, cujos membros são titulares de mandato eletivo, com a devida chancela popular que justifica sua legitimidade democrática.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário está autorizado a atuar, na medida em que funciona apenas como um coordenador institucional, e sua legitimidade decorre da condição de garante da efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados. Ademais, a monitoração por meio de audiências públicas democratiza o debate constitucional e reforça a legitimidade do processo de tomada de decisão.

6 ADPF 347/DF: RECONHECIMENTO PELO STF

Embora o instituto do ECI tenha sido contemplado de forma inédita na ADPF n.º 347/DF, a noção subjacente ao estado de coisas inconstitucional visitara, em ocasião pretérita, a jurisprudência da Corte.

Em março de 2015, na Questão de Ordem nas ADIs n.º 4.357/DF e 4.425/DF, concernente à modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade da EC 62, de 9 de dezembro de 2009, em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso mencionou um "estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública"[30].

Além desse caso, no julgamento do RE n.º 592.581/RS, afastando os argumentos da reserva do possível e da separação dos poderes, o STF afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário impor à Administração Pública a realização de obras emergenciais em presídios, com esteio na necessidade de se resguardar o postulado da dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral dos detentos, independentemente de dotação orçamentária[31].

O Colegiado enfrentou a situação de estabelecimento prisional de condições estruturais atentatórias à integridade física e moral dos detentos, e afirmou que "a pena deveria ter caráter de ressocialização", logo, "impor ao condenado condições sub-humanas atentaria contra esse objetivo". A Corte assentou ainda que

> o panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência, tendo em vista a grande precariedade das instalações, bem assim episódios recorrentes de sevícias, torturas, execuções sumárias, revoltas, superlotação, condições precárias de higiene, entre outros problemas crônicos. Esse evidente caos institucional comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social [...]. O quadro revelaria desrespeito total ao postulado da dignidade da pessoa humana, em que haveria um processo de "coisificação" de presos, a indicar retrocesso relativamente à lógica jurídica atual[32] (grifo nosso).

Do indigitado excerto, extrai-se que o Tribunal, na oportunidade, já aludia ao pressuposto fático de configuração do estado de coisas inconstitucional, concernente à violação massiva de direitos fundamentais a indicar a total falência do sistema penitenciário, registrando que a sujeição dos presos a penas que ultrapassam a "mera privação da liberdade prevista na lei e na sentença seria um ato ilegal do Estado, e retiraria da sanção qualquer potencial de ressocialização"[33]. O julgamento também asseverou a violação de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, de modo que o Poder Judiciário estaria legitimado

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo =239699>.

[30] Cf. STF, QUESTÃO DE ORDEM NAS ADIS 4.357 e 4.425. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/ cms/noticiaNoticiaStf /anexo/ADI4357QO.pdf >.

[31] Cf. RE n.º 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, PLENO, julgado em 13/08/2015: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".

[32] RE n.º 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, PLENO, julgado em 13/08/2015.

[33] STF, RE n.º 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, PLENO, julgado em 13/08/2015.

a intervir para assegurar o conteúdo do sistema constitucional aos jurisdicionados, em homenagem ao postulado da inafastabilidade da jurisdição estampado no art. 5.º, inc. XXXV, da Lei Fundamental.

Do exposto, nota-se que o Supremo já vinha afirmando as diretrizes teóricas do ECI antes do seu reconhecimento expresso em sede cautelar na ADPF n.º 347/DF.

Na ADPF n.º 347/DF, contudo, o tema do sistema penitenciário foi discutido no plenário do Supremo Tribunal Federal com maior profundidade de tratamento, sendo levado ao conhecimento da Corte a possibilidade de uma solução estrutural por ela coordenada a partir da declaração do ECI. Em breve síntese da exordial, o requerente argumento a lesão à dignidade da pessoa humana, ao direito a saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, à vedação da tortura e tratamento desumano, ao acesso à Justiça, à proibição de penas cruéis, à integridade física e moral do preso, entre outros[34].

Quanto às condutas administrativas dos órgãos da União e Estados, foi apontado o reduzido número de vagas, que não condiz com a população carcerária hoje existente, sem inclusive considerar aqueles em prisão domiciliar e os mandados de prisão não cumpridos; a omissão em garantir condições mínimas de salubridade nas celas, segurança e integridade física dos internos e a aplicação de sanções administrativas sem o devido processo legal.

Quanto à União Federal, em especial, foi ainda consignado o contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)[35], "frustrando o repasse de valores vultosos aos Estados, e dificultando, com isso, a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no país" [36], tais como a formulação ou correção de políticas públicas.

Acerca do Poder Judiciário, a peça vestibular vinculou a ofensa aos preceitos fundamentais apontados a "ações, omissões e interpretações jurídicas contrárias à Constituição", com destaque para a ausência de fundamentação quanto ao não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão[37], assim também a "interpretação judicial dos preceitos que cuidam da aplicação e execução da pena, que deixa de considerar as condições degradantes das prisões brasileiras".

Ademais, a petição aludiu à inobservância dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de onde se extrai "o direito à audiência de custódia, cuja observância poderia contribuir para a redução da superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados ainda não condenados definitivamente" [38].

Relativamente ao Poder Legislativo, o requerente asseverou a opção por "políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade", abusando "de um *populismo penal* que é uma das causas do dramático quadro prisional hoje desenhado no país" (grifado no original)[39].

Em que pese a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) garantir inúmeros direitos aos presos, o diploma é manifestamente inobservado, e diante do crescimento exponencial da população carcerária, a proteção legal nele contemplada resta claramente comprometida. A vigência da LEP não exime de responsabilidade

[34] Cf. Petição inicial da ADPF 347, p. 17. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2016.

[35] O FUNPEN foi instituído pela Lei Complementar 79, de **07 de janeiro de 1994**, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Segundo o requerente, os recursos do fundo não estavam sendo destinados para a finalidade que foi criado.

[36] Cf. Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 16-17.

[37] Há mandamento constitucional expresso no art. 93, inc. IX, da CRFB, no sentido de que devem ser fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade; na mesma linha, o art. 315, do CPP, é claro ao determinar que a decisão que decretar a prisão preventiva será sempre motivada, uma vez que a nova sistemática adotada pelo Diploma processualístico, com o advento da Lei 12.403/11 – que ampliou o rol de cautelares diversas da prisão –, privilegia a liberdade, passando a prisão cautelar à condição de *ultima ratio* do sistema processual penal, como medida excepcional, cujo uso exacerbado constitui uma das principais causas da superlotação dos presídios, crescimento exponencial da população carcerária e, consequentemente, agravamento do estado de inconstitucionalidades.

[38] Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 17.

[39] *Idem*.

o Poder Legislativo, cuja atividade legiferante não se mostra alinhada à busca por alternativas normativas que garantam a redução da superpopulação carcerária e a proteção eficiente dos direitos dos presos, e nesse ponto fica configurada a sua omissão[40].

O voto do Ministro Marco Aurélio contemplou os pressupostos indispensáveis à configuração do ECI, como se extrai do seguinte excerto:

> A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...] assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública [...],e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo[41] (grifo nosso).

Entre os pedidos formulados, o Pretório Excelso concedeu parcialmente a cautelar para determinar aos juízes e tribunais a realização das audiências de custódia em até 90 dias, "viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão"; e para determinar à União o descontingenciamento "do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos" [42].

A partir da breve síntese da petição inicial e do julgamento ocorrido na sessão de julgamento da medida cautelar na ADPF n.º 347, nota-se que o Tribunal reconheceu o ECI tal como concebido na jurisprudência consolidada da CCC. Os votos dos ministros mostraram a inclinação do Supremo Tribunal para, reconhecendo que o sistema carcerário brasileiro transparece um estado de coisas inconstitucional[43], e assentados seus pressupostos, incorporar à jurisprudência nacional o remédio purificado pela Corte colombiana no tratamento do tema.

De acordo com os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre outubro de 2015 e junho de 2017, é possível afirmar que o reconhecimento produzir um resultado inicial destacadamente positivo na redução do número de prisões preventivas: do total de 258.485 audiências de custódia realizadas, 115.497 (44,68%) resultaram na liberdade dos investigados[44]. É certo que o real impacto na redução da superpopulação carcerária desde a implementação da medida somente poderá ser aferido ao longo dos anos. Contudo, não se pode negar a redução do número de prisões desnecessárias que, antes da realização das audiências, poderiam ser concretizadas, em clara violação à ordem constitucional.

Em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF n.º 347, em 9 de setembro de 2015, pouco mais de 1 ano depois foi editada a Medida Provisória n.º 755, de 19 de dezembro de 2016, que previu a possibilidade de parte dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional serem utilizados para

[40] Nesse sentido, cf. CAMPOS, *op. cit.*, 2015a, p. 40: "A inércia configura-se não apenas quando da ausência absoluta de legislação, mas também quando ausente qualquer tentativa de modificação do quadro uma vez verificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes".

[41] STF, ADPF 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, PLENO, julgado em 09/09/2015, p. 26-27.

[42] *Idem*, p. 4.

[43] STF, ADPF 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, PLENO, julgado em 09/09/2015: "SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO".

[44] Cf. CNJ, Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 01.02.2018.

finalidades diversas da destinação ao sistema penitenciário, como o investimento na área de segurança pública[45]. Em 9 de janeiro de 2017, o requerente da ADPF n.º 347 apresentou um aditamento impugnando tal previsão.

Em 23 de maio de 2017, a eficácia da MP 755 foi suspensa pela MP 781, de 23 de maio de 2017, convertida na Lei 13.500/2017[46], que manteve a possibilidade de destinação de recursos para área da segurança pública, como se nota do art. 3.º, XVII, da LC/94, com redação dada pela Lei 13.500/17.

Embora o Poder Executivo não esteja vinculado às decisões do STF proferidas no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ao editar medida provisória (exercendo função legislativa atípica), é certo que tal postura viola o entendimento do Supremo Tribunal, tendo em vista o teor da decisão no RE n.º 592.581 (que assentou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar à Administração Pública a realização de obras emergenciais em presídios) e na ADPF n.º 347 (que determinou o descontingenciamento dos recursos do Fundo para o investimento no sistema penitenciário, diante da configuração do estado de coisas inconstitucional). Portanto, resta clara a reação dos Poderes Executivo e Legislativo, deturpando a decisão do STF, na medida em que permite que os recursos do FUNPEN deixem de ser investidos exclusivamente na melhoria do sistema penitenciário.

7 CONCLUSÃO

O reconhecimento do ECI representou um caminho de superação da violação de direitos fundamentais na Colômbia e, inicialmente, no Brasil, após a intervenção estrutural da Corte Constitucional para a formulação de políticas públicas eficazes pelos Poderes Políticos, além de ter sido, também, reconhecido em certas ocasiões no Peru.

No contexto de correção de falhas estruturais, o êxito do reconhecimento do ECI na superação do quadro específico de generalizada inconstitucionalidade e bloqueios políticos e institucionais depende, fundamentalmente, de dois fatores: diálogo institucional e conservação da jurisdição da Corte Constitucional.

A postura dialógica dos Poderes do Estado informa uma abertura, por parte das instâncias judiciais, legislativas e administrativas, ao diálogo institucional. Desse modo, ao coordenar as atuações dos Poderes Legislativo e Executivo, devem os Tribunais reconhecer sua legitimidade democrática e agir com deferência à vontade Política, sem adotar uma postura de supremacia judicial que anule o debate político, mas conservando os espaços legítimos de discussão no campo político.

Ademais, nota-se que o sucesso no afastamento das inconstitucionalidades sistemáticas reside, em igual medida, na jurisdição supervisória da Corte Constitucional, materializada por autos de acompanhamento e audiências públicas, destinados fundamentalmente a monitorar e aferir o progresso na proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, no julgamento do mérito da ADPF n.º 347/DF, é desejável que Supremo Tribunal Federal esteja de fato inclinado ao diálogo institucional, e os Poderes Executivo e Legislativo, em igual medida, mostrem-se alinhados às diretrizes apontadas pela decisão proferida, diferentemente da tensão institucional que tem sido revelada na interação entre os Poderes.

BIBLIOGRAFIA

ARIZA, Libardo José. ***The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia***. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

[45] Cf. PLANALTO, Medida provisória n.º 755, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv755.htm>. Acesso em: 15 de março de 2018.

[46] Cf. PLANALTO, Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm>. Acesso em: 15 de março de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2016.

_____. **Contramajoritário, representativo e ilumista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas**. 9 dez. 2015. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ementas dos acórdãos citados no texto**. Disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 mai. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015a. Disponível em: <https://www.academia.edu/1514 2674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_._2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. JOTAMundo, 04/05/2015b. Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural**. CONJUR, 01/09/2015c. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconsti tucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?**. CONJUR, 15/10/2015d. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estad o-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 16 mai. 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral**. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; PÉREZ HUALDE, Alejandro (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 711-746.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. ***Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global***. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

_____; _____. Cortes y Cambio Social. ***Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia***. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

WEAVER, Russel L. ***The Rise and Decline of Structural Remedies***. San Diego Law Review Vol. 41, 2004, p. 1617-1632.

ENTRE DIREITO E POLÍTICA: APONTAMENTOS A RESPEITO DE UMA CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA

Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva[1]

RESUMO: A metáfora utilizada para referir-se a Constituição Brasileira, no limiar do seu aniversário de 30 anos possui um composto comparador ao Romance de Honore de Balzac, quanto à mulher, que, já robustecida por experimentos e experiências da vida, passa a viver uma realidade de um mundo emocionalmente mais maduro - aqui, talvez resida o cerne da ideia construída a partir da comparação. Que caminhos haveremos de seguir: ouvir o canto da sereia da pretensa morte de um Constitucionalismo Dirigente pregoada pelo Neoliberalismo, ou, viver um novo momento, no mais puro sentido da metáfora Balzaquiana e avançar rumo a uma democracia constitucional radical?

Palavras chave: Neoliberalismo. Democracia Radical. Medidas Provisórias. Emendas Parlamentares. Governabilidade.

BETWEEN THE RIGHT AND POLITICS: REFERENCES REGARDING A BALZAQUIAN CONSTITUTION

ABSTRACT: The metaphor used to refer to the Brazilian Constitution, on the threshold of her 30th birthday has a comparative composite to the Romance of Honore de Balzac, as for the woman, who, already strengthened by experiments and experiences of life, begins to live a reality of an emotionally more mature world - here, perhaps, lies the core of the idea constructed from comparison. What path will we follow: to hear the siren's singing of the alleged death of a ruling Constitutionalism preached by Neoliberalism, or to live a new moment in the purest sense of the Balzaquian metaphor and move towards a radical constitutional democracy?

Keywords: Neoliberalism. Radical Democracy. Provisional Measures. Parliamentary Amendments. Governability.

1 INTRODUÇÃO

A metáfora utilizada para referir-se a Constituição Brasileira, no limiar do seu aniversário de 30 anos possui um composto comparador ao Romance de Honore de Balzac[2], quanto à mulher de 30 anos, que, já robustecida por experimentos e experiências da vida, passa a viver uma realidade de um mundo emocionalmente mais maduro - aqui, talvez resida o cerne da ideia construída a partir da comparação. Nos últimos 30 anos, a relação entre os três poderes aparentemente migrou gradativamente de uma supremacia do executivo no Governo de Fernando Henrique Cardoso a um aparente aprofundamento na relação com o parlamento a partir do Governo Lula. Isso ocorreu principalmente por três motivos básicos: a utilização desenfreada de Medidas Provisórias por Fernando Henrique Cardoso, o que passava a colocar em segundo

[1] Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX.

[2] Honoré de Balzac (Tours, 20 de maio de 1799 — Paris, 18 de agosto de 1850) foi um produtivo escritor francês, notável por suas agudas observações psicológicas. É considerado o fundador do Realismo na literatura moderna.[1][2] Sua *magnum opus*, *A Comédia Humana*, consiste de 95 romances, novelas e contos que procuram retratar todos os níveis da sociedade francesa da época, em particular a florescente burguesia após a queda de Napoleão Bonaparte em 1815. Entre seus romances mais famosos destacam-se *A Mulher de Trinta Anos* (1831-32), *Eugènie Grandet* (1833), *O Pai Goriot* (1834), *O Lírio do Vale* (1835), *As Ilusões Perdidas* (1839), *A Prima Bette* (1846) e *O Primo Pons* (1847). Desde *Le Dernier Chouan* (1829), que depois se transformaria em *Les Chouans* (1829, na tradução brasileira *A Bretanha*), Balzac denunciou ou abordou os problemas do dinheiro, da usura, da hipocrisia familiar, da constituição dos verdadeiros poderes na França liberal burguesa.

plano a atuação equilibrada da relação com o Parlamento; o aprofundamento do conceito de Governabilidade vivido pelo Governo Lula que trouxe um maior destaque ao Parlamento, principalmente pelo adensamento de propostas de Constitucionalização de Políticas Públicas - isso não significando efetividade e real cumprimento daquilo que objetivamente projetava o texto constitucional enquanto programa; Por fim, observasse que a sublimação do Governo Dilma Rousseff pelo Parlamento Brasileiro, orquestrada por Eduardo Cunha - o que para alguns foi impeachment e para outros se traduziu no enredo de golpe, também foi resultado e consequência de uma leitura de relação entre Governo e Constituição que tanto Dilma quanto Collor não conseguiram compreender - o resultado similar de seus governos talvez não seja uma simples coincidência. Por fim, em tempo em que se fala de adensamento do Ativismo Judicial, surgem diversas perguntas, uma em especial, quanto a isso não ser um fenômeno consequente de um processo em que determinado momento, o executivo se impôs perante o legislativo, posteriormente o legislativo se impondo perante o Executivo. O que fazer para que isso não se torne um paradigma cíclico? Ouvir o canto da sereia da pretensa morte de um Constitucionalismo Dirigente, ou, viver um novo momento, no mais puro sentido de uma democracia radical que intenciona a metáfora Balzaquiana?

Discutir algumas singularidades a partir da análise da relação entre direito e política considerando os 30 anos que se completam da Constituição de 1988 - estabelecendo um filtro quanto ao fenômeno da constitucionalização de políticas públicas, a comparação entre uma rigidez da Constituição Americana quanto à utilização de emendas e, o uso abusivo de emendas parlamentares no caso do Brasil, construindo um paralelo de análise entre os governos presidenciais e a relação de condução entre estado e a constituição nos últimos 30 anos. Por fim, desenvolveremos uma breve análise do contexto das mortes e fins pregados pelo Neoliberalismo como tentativa de estancar debates importantes.

A metodologia de pesquisa adotada parte da pesquisa bibliográfica descritiva e experimental.

O Texto está dividido em 4 tópicos, sendo que iniciamos a discussão a partir da construção de uma análise do texto "The Holmes Lectures: the living Constitution"[3], do Professor da Yale Law School, Bruce Ackerman – um texto que entre outras coisas discute a dificuldade de emendas e uma falsa sensação de que o constitucionalismo americano tenha ficado engessado por mais de 75 anos, sem necessariamente apresentar avanços quanto a realidade contemporânea e a necessidade de um reposicionamento dos juristas americanos frente a ideia de uma Constituição Viva e que necessita de avanços. Construímos um contraponto com a situação diametralmente oposta vivida pelo Brasil, onde optou-se pela Constitucionalização dos mais diversos temas - sem que isso necessariamente tenha significado repercussão de resultados eficientes – e a consequente mutilação do texto constitucional por mais de 105 emendas em 30 anos, contexto exemplificado pelo fenômeno do adensamento da constitucionalização de políticas públicas no texto constitucional brasileiro e eventuais reflexos disso; O terceiro tópico versa a respeito de um aprofundamento de uma linha de raciocínio de que desde a entrada em vigor da Constituição Federal os governos presidenciais adotaram estratégias para fugir do cumprimento efetivo da Constituição: Fernando Henrique a partir de uma supremacia do Executivo abusando das Medidas Provisórias. Lula consolidando o discurso da Governabilidade centrada no parlamento. Sendo que os dois presidentes que não tinha clareza quanto a essa relação acabaram por ser impeachmados. Discutimos a tendência do discurso neoliberal de atribuir "mortes" e "fins" como forma de conter o desenvolvimento de determinadas agendas na sociedade, em um quarto tópico, finalizando a discussão e discutindo os caminhos de uma constituição balzaquiana rumo à construção de uma democracia cada vez mais madura e participativa sintetizada na ideia de uma democracia radical e contínua apresentada por Dominique Rousseau, frente a um cenário de retrocessos e avanço do conservadorismo na contemporaneidade.

[3] Uma tradução livre do título seria "As lições de Holmes: a Constituição Viva". Holmes citado seria Oliver Wendell Holmes Jr. é a referência mais recorrente no realismo jurídico norte-americano. Jurista militante e filósofo diletante, Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto the great dissenter, o que vertido para nossa linguagem forense indica algo próximo de prolatador de votos vencidos. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX.

2 DIALOGANDO BRUCE ACKERMAN COM O CASO BRASILEIRO – CONTRADIÇÕES ENTRE A NECESSIDADE DE EMENDAS E A UTILIZAÇÃO CONTÍNUA E DESENFREADA DESTAS: UM PARALELO ENTRE ESTADOS UNIDOS E BRASIL

2.1 A RÉPLICA A PARTIR DA IDEIA DE UMA "CONSTITUIÇÃO VIVA" POR BRUCE ACKERMAN AO PRETENSO ARGUMENTO DE UM ENGESSAMENTO DE MAIS DE 75 ANOS DO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Bruce Ackerman em "The Holmes Lectures: The Living Constitution" cria um personagem chamado Alfarabi no texto, para, de forma romanceada, salientar o questionamento quanto à ideia de engessamento do Constitucionalismo Americano nos últimos 75 anos. Bruce Ackerman utiliza esse artifício para defender o posicionamento de que o legado constitucional americano do século XX, não se resumia apenas a 3 ou 4 emendas originárias, e a reedição de dispositivos já discutidos no século XIX – o que reflexivamente significava que pouco, ou, quase nada teria o constitucionalismo americano avançado no século XX – o que na verdade, percebemos que há certo fundo de verdade, muito embora o Professor Arckeman discorde profundamente disso, e tome o cajado a fim de dialogicamente apresentar os mais variados argumentos de que um século de constitucionalismo americano não significaria tão grave estagnação no pensamento constitucional.

O personagem criado por Ackerman no texto, em determinado trecho afirma que, ".... isso era exatamente o que os americanos sempre fazem...", se referia a uma lógica americana de sintetizar o pensamento a respeito do outro.

Invariavelmente, as críticas de Alfarabi suscitaram profunda análise do professor Ackerman, e uma autocrítica necessária quanto ao engessamento constitucional americano – o que em partes confirma e ao mesmo tempo nega a crítica feita pelo personagem criado. Inicialmente nega, porque, Ackerman vai buscar os mais variados argumentos para exemplificar que muita coisa se passou e transitou constitucionalmente fora da constituição, e, reafirmar que os americanos perderam no século XX, um composto originário que existia nos Fundadores – essencialmente a capacidade de estabelecer agendas que justifiquem a realidade social -, mas que isso se dava principalmente pela "sacralização" construída em torno das bases do desenvolvimento constitucional construído por aqueles que idealizaram a reunião dos Estados. Ackerman passa a fazer análise de conjunturas interessantes, identificando ponto de fissuras no discurso e no desenvolvimento das práticas do pensamento constitucional americano.

Ackerman critica dizendo que os americanos perderam ao decorrer do século XX, a capacidade de transcrever formalmente a política constitucional em lei constitucional – abrimos um parêntese para este ponto no que se refere a incrível e didática diferenciação que o Professor Bruce Ackerman faz quanto a dois estamentos: **política constitucional** e **lei constitucional.**

Defende que, muito embora, a Constituição enquanto forma rígida de Lei tenha sofrido pequenas alterações ao decorrer do século XX, o pensamento constitucional tenha se manifestado em desenvolvimento através do avanço em diversos estatutos como a Lei de Seguridade Social, Atos dos Direitos Civis da década de 1960, além de um profundo processo de Revisão Judicial através de "super-precedentes", como a exemplo do caso Brown vs Conselho Educacional (Topeka, 1954). Ao mesmo passo, é sensível uma preocupação contínua do Professor por entender que, contemporaneamente diversas agendas discutidas na sociedade como aborto, discussão a respeito do formato de federalismo americano e de questões relacionadas à autonomia da Presidência quanto a questões de guerra, passam longe da possibilidade de vir a tornarem-se emendas, facilitando a operacionalização de novas visões pelos operadores da máquina de direitos americana – utilizo-me da metáfora "máquina", pois a compreensão desse conceito será utilizada mais firmemente pelo professor Ackerman ao decorrer do texto.

Enfatiza dizendo que "nem tão cedo, nós, o povo" – referindo-se é claro ao povo americano – conseguirão avançar rumo uma nova lógica constitucional de alterações formais. Passa a inquerir-se a partir deste ponto de vista, quanto à máquina, comparando-a a uma máquina de escrever, se esta última estaria com problemas, ou estaria o povo que a utiliza com problemas, ou mesmo, se tanto máquina quanto povo

estariam com problemas.

Racionaliza a questão da dificuldade de emenda na Constituição Americana, dizendo que é uma qualidade boa a dificuldade de proceder emendas a Constituição, mas que de certa forma, o fato desta dificuldade existente não possa condicionar novas gerações a viver a partir de pressupostos estagnados que seriam peculiares as conjunturas de formação da América – mais tarde veremos que o Liberalismo fundador foi ignorado nas mudanças necessárias ao reaquecimento da economia americana pós o crack da bolsa de 1929, através do New Deal.

Mas pergunta: o caminho idealizado em sua origem pelos fundadores fez/faz sentido? Respondendo que para eles fez, mas que para os americanos do presente não faz.

Segundo Ackerman, a lógica de Constituição dos Estados Unidos nos impele ao esforço de entender que a realidade montada pelos fundadores visava à consolidação de uma unidade duramente arquitetada, e ainda, seu reconhecimento perante o "velho mundo". As emendas oficiais representam a mudança da mentalidade constitucional da América no século XX, e estranha que, em um cenário tão controverso (hoje mais ainda, vez questões constitucionais nos Estados Unidos terem se ampliado ao decorrer das gestões de Barack Obama e, hodiernamente assistir um processo de desmonte, fragilização e ultraconservadorismo como marcos da "Era Trump"); considerando isso, em meio a um cenário, de um sistema de revisão constitucional, críticas ao processo de seleção presidencial que, em 2000 já havia gerado problema na eleição de Bush filho e que, só foi resolvido na Côrte Suprema Americana, denotariam que a Identidade Constitucional americana continua em movimento, embora longe e ausente de um formalismo que reconhece e legitima oficialmente as conquistas e avanços político, sociais e ideológicos.

Os operadores do direito do século XXI terão que construir uma ponte entre uma Constituição estagnada, que parece desconsiderar os acontecimentos sociais e as mudanças de conjuntura para a essência real de uma Constituição Viva, que considere os pontos fixos dos cânones operacionais (superprecedentes) com a formalização de conquistas no cânone oficial.

Professor Ackerman, a partir do questionamento e da provocação de Alfarabi, tentou contrapor a assertiva levantada pelo personagem, enfatizando uma série de movimentos que, embora não formalizados em lei, representavam a consolidação do pensamento constitucional americano ao decorrer do século XX. Em contraponto a dura realidade de uma apatia congelante de mais de 75 anos de história constitucional sem mudanças profundas no texto formal da Constituição dos Estados Unidos - aquilo que é superficialmente tido como um fator positivo por outras pessoas que interpretem a estrutura sintética e a rigidez face a modificações da Constituição Americana, para o Professor Ackerman, significa a necessidade da ruptura de pensamentos fundadores da Constituição que se aplicavam essencialmente a realidade vivida pelos Framers, mas que, hodiernamente, precisam considerar os debates e as mudanças sociais do século XX.

Os fundadores observaram na Constituição um manual de procedimentos para a manutenção da unidade. Ocorre que após a Fundação, em 1860 esse manual foi reconfigurado em razão da Guerra Civil, surgindo uma série de emendas.

Posteriormente, o crack da Bolsa de 1929 lançou a base constituinte em um profundo paradoxo, montada a partir de ideais liberais não intervencionistas, passavam a pensar como intervir dentro da Constituição para legitimar o New Deal, sem necessariamente violar o legado constitucional dos fundadores. Esse contorcionismo foi feito a partir da aplicação de cláusulas comerciais – uma vista grossa do constitucionalismo americano que já sofria em razão da rigidez do formalismo constitucional local.

A partir da década de 1930, os casos paradigmáticos, nomeados de super precedentes passam a apresentar parte da vida constitucional através da discutível revisão judicial – isso porque questões de igualdade, acesso a equipamentos públicos e direitos civis passavam longe do formalismos das emendas constitucionais – e, oportunamente, Professor Arckeman talvez sintoniza-se para contrapor Alfarabi a partir de toda vida e movimento do pensamento constitucional que se processou ao decorrer do século XX nos Estados Unidos, sem necessariamente isto está apresentado de forma expressa no texto constitucional.

Casos como Brown vs. Conselho de Educação eram a sinalização de movimentos constitucionais

que vieram a se consolidar na década de 1960 com a consolidação de Marcos Civis que promoviam estatutos tratando de voto, igualdade racial, saúde, meio ambiente, etc.

Por fim, Ackerman adota a postura de que a Constituição não seria nem máquina, muito menos organismo.

Defende que a tradição do common law foi criada de Juízes para Juízes e que casos como Brown vs. Conselho de Educação (1954) criaram bases para avanços constitucionais como o fim da separação entre negros e brancos nas escolas públicas, colocando termo a Era Jim Crow[4]. E notadamente, decisões anteriores como Marbury vs. Madison (1803) trouxeram as bases para o Revisionismo Jurídico americano, vez que centralizaram no Poder Judiciário o controle de constitucionalidade difuso.

O silêncio legislativo de pequenas e inócuas mudanças ao decorrer do século XX tenha realmente que ser observado com muito cuidado – algumas pautas nos EUA eram tão severas – a título exemplificativo da questão racial – que temas setorizados passavam a ser marginais – principalmente em um prisma da visão de um país que em tese não teria que se preocupar com pobres, ou com adolescentes, e, que, em tese, estes viveriam em um paraíso construído pelo Estado do Bem estar – que teoricamente era acessado por um adolescente, por um "pobre", mas nunca, por um negro, e ainda mais agravado se este negro fosse pobre, ou, adolescente.

Entre todas as colocações do Professor Arckeman, o texto vagueia entre a construção de uma crítica a estagnação constitucionalista a idéia de que a Constituição dos Estados Unidos abarcaria todas as necessidades operacionais de todo e qualquer tempo. Isso, definitivamente, não é verdade!

Talvez, a principal lição resgatada na ideia de Constituição Viva trabalhada por Arckeman, surge de uma premissa construída pelo próprio Juiz Holmes, quando enfatizava que o desenvolvimento constitucional americano "não poderia ter sido previsto completamente pelos mais dotados de seus geradores".

Selecionei um trecho interessante do texto quando do debate feito a respeito do mecanicismo newtoniano e do organicismo darwinista discutido por Ackerman, vejamos:

> Um esforço profissional para redefinir o cânon também valerá a pena quando chegarmos ao negócio de decidir os casos. Apesar de seus protestos em contrário, nem os negros nem os holmesianos praticam o que pregam. Embora os mecanicistas finjam poder derivar decisões convincentes exclusivamente dos textos dos séculos XVIII e XIX, eles imprevisivelmente desviam sempre que precedentes contrários parecem excessivos demais. Embora os organicistas enfatizem a sabedoria de adaptar a jurisprudência existente às realidades contemporâneas, eles tipicamente fazem gestos indiferentes em relação a uma ou outra cláusula para apaziguar os antigos espíritos dos Fundadores. Juízes de ambos os lados demonstram muito bom senso para abraçar as duras dicotomias de suas filosofias concorrentes.[5]

Ackerman testa parte daquilo que expressa das fases em seu texto. É temporalmente curioso observar os posicionamentos de Bruce Ackerman, a partir da conjuntura de 2018, sabendo o refluxo causado após a gestão Obama. Mais interessante é a contradição de que, o refluxo conservador causado após a gestão Obama, que teve por consequência a eleição de Trump, poderia ter evitado o atual surto conservador e ainda adiantado o processo sugerido por Ackerman, no caso uma intensa e real revolução constitucional - que não ocorreu e que agora padece com retrocessos da influência do Governo Trump.

Romper o limite do sistema federalista americano, e de uma vontade constitucional assentada de forma e com forma ferrenha no artigo V, da possibilidade de expressar a vontade constitucional por meio de instituições nacionais, a fim de que, verdadeiramente, as palavras e a contradição manifesta por Alfarabi não venha a se confirmar – será que esta premissa é possível? Equivocada? Como Ackerman frisa diversas vezes: a soberania popular que justificam uma expressão de uma Constituição Viva não é a questão de um único momento. Talvez o medo de afastar-se de uma tradição essencialmente advinda da *common law* e ter que reconhecer pressupostos francos germânicos pós bonapartistas seja uma das maiores dificuldades do constitucionalismo norte-americano, e isso se reflete em questões como o intenso debate feito em torno

[4] A era Jim Crow vai de 1876 a 1965, período em que subsistiram legislações que legitimavam a segregação racial.
[5] Tradução livre feita do texto original.

do popular "Obamacare"[6] e mais recentemente as manifestações de jovens exigindo do governo maiores restrições legais quanto a comercialização de armas – momento em que curiosamente parte da população americana se socorre ao expresso na segunda emenda da Constituição do ano de 1791 quando confere o Direito do povo de portar armas para a sua defesa e para defesa do Estado, ainda que desconsidere que os cenários, as motivações, as conjunturas, o Estado, as necessidades da América de 1791 não explicam a realidade de um constitucionalismo vivo que necessita explicar e tornar tátil a contemporaneidade.

2.2 O FORTE ADENSAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSERIDAS COMO EMENDAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA – A RAZÃO OPOSTA AO PROBLEMA IDENTIFICADO POR BRUCE ACKERMAN NO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO CONTEMPORÂNEO

Completando 30 anos a Constituição Federal do Brasil sintetizada em 1988 como o marco basilar da construção de um Brasil mais plural, diverso e democrático, padece ainda de inconformidades no que se refere a sua efetividade – matéria bastante discutida na última década.

Longe de trazer verdades, ou, assertivas bem definidas, o que viemos aqui fazer seria bem mais um debate a respeito de alguns fragmentos que sintonizam algumas das complexidades que pairam sobre tema tão vasto.

Para dar base essa discussão, trazemos a baila o trabalho de Arantes e Couto (2013), quanto à discussão de Constituição, Governo e Governabilidade.

Os autores a partir de uma intensa pesquisa comparativa desenvolvem um método de análise para avaliar em que medidas políticas públicas estariam sendo inseridas dentro de Constituição como se caráter de programa possuíssem. Em tempo, para tentar dialogar com a ideia de um "emendatio contínuo" da Constituição Brasileira nos últimos 30 anos. Observa-se que, ao invés de se desenvolver a legislação infra no Brasil, decidiu-se por constitucionalizar diversos temas que necessariamente não deveriam compor uma constituição (ARANTES e COUTO, 2013).

Uma das hipóteses levantadas para esse fenômeno talvez fosse o cenário de mudanças no Estado e na Economia de toda América Latina durante o período. Esse argumento cai por terra, quando se observa que mesmo enfrentado crises econômicas similares ao decorrer especialmente da década de 1990 e 2000, os países da América Latina não adotaram como regra a alteração contínua de suas constituições.

Conforme apresentado por Arantes e Couto, até 2010, 2898 dispositivos foram criados, sendo que destes 73 emendas - Um exemplo básico da crítica que é construída no texto, é o caso do art. 42 da ADCT, quando disciplinava que nos primeiros 15 anos, 20% do orçamento disponível para irrigação seria direcionado para o Centro Oeste, e 50% para o Nordeste – a crítica estabelecida pelos autores é que, efetivamente, a Constituição não deveria conter questões de ordem orçamentárias que são instáveis, muito menos conter políticas públicas que, normalmente sofrem alterações dependendo da tônica do governo. Conclui perguntando: "o que uma política pública de combate à seca faz na constituição?".

Continuando na proposta de desenvolvimento de uma abordagem de análise metodológica, os autores dividem Normatividade Constitucional identificadas como **"Polity"** que seriam essencialmente as **"regras",** seguido dos embates e coalizões políticas que seriam definidas como **"Politics",** e, por fim, a normatividade governamental, classificada como **"policy",** seriam efetivamente comandos vinculados a partir de políticas públicas dentro da constituição.

O ponto mais importante a observar é que a Constituição deveria imperiosamente estar assentada exclusivamente em comandos, definidos a partir de generalidades, sendo a normatividade constitucional a estrutura do sistema. Isso deveria ser assim porque a Constituição é pensada para ser um documento regulador de longa duração. Por isso, o documento maior de uma nação não poderia ter em sua composição

[6] O Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA ou Lei de Proteção e Cuidado ao Paciente) chamado comumente como Affordable Care Act (ACA) ou **"Obamacare**", é uma lei federal dos Estados Unidos sancionada pelo presidente Barack Obama em 23 de março de 2010.

Políticas Públicas, pois as mesmas mudam conforme o governo, ou mesmo atender a necessidades de uma determinada conjuntura, pois toda conjuntura é mutável.

As críticas continuam com o exemplo da questão da obrigatoriedade vinculante dos orçamentos voltados para a Educação e Saúde – alerta que tais inserções transgridem o critério formal de generalidade que uma Constituição deveria ter. Ainda segundo a crítica construída por Arantes e Couto, tais previsões embutidas na constituição não consideram a realidade para mais ou para menos, e que a necessidade de se aplicar, por exemplo, menos que o previsto, e otimiza os recursos, em tese é extremamente draconiana a necessidade de alteração constitucional para poder estabelecer alterações em questões administrativas de ordem orçamentária, que, naturalmente, poderiam estar abarcadas por uma lei infra.

O exemplo da questão conjuntural trabalhada pelos autores e sua relação com as peculiaridades de cada tempo, tentam ser traduzidas a partir do exemplo da questão do Direito de Rebelião, previsto na Constituição dos Estados Unidos da América – dando enfoque que o tempo pode fazer com que algumas questões previstas em uma constituição deixem de figurar como generalidades – no caso do Direito de Rebelião se explicava em razão da forma do processo histórico de Constituição do EUA – O Direito de Rebelião era essencialmente o direito de pegar em armas, para defender-se da tirania do Estado. Tal direito se explicava nos séculos XVIII e XIX, mas não podemos olvidar que o direito de rebelião, acabou por se tornar um problema de segurança pública para os EUA do século XXI – nos séculos passados pegar em armas era algo consensual, será que nos dias atuais continua sendo?

A partir da análise comparativa os autores apresentam resultados que revelam que entre diversas constituições estudadas, a brasileira é a que apresenta maior média de ordens POLICY (políticas públicas), com um percentual médio de 30,5%, seguida da Constituição Mexicana de 1917, com 17% de dispositivos POLICY, talvez em decorrência da sua influência popular de esquerda.

No Brasil, o que se observa é que existe um processo de disputa política que promove o interesse na modificação contínua da Constituição – isso sendo vivenciado com a Constitucionalização de Políticas Públicas no texto constitucional. Quanto ao Estado e ao modelo econômico, percebeu-se que independente de esquerda ou direita, no Brasil, os governos adotaram a postura de que os Governos passassem a Governar utilizando a Constituição como meio – o emendamento no Brasil não está atrelado a uma época, ou a tendência de um governo[7]. Um cenário em que Políticas Públicas passaram a ser a chamada legislativa constitucional do Poder Executivo.

Esse fenômeno da constitucionalização de conjunturas e políticas públicas gera alguns prejuízos à democracia, entre os quais: aumento da concessão de benefícios e barganhas, partilha de cargos no governo, aumento da corrupção, ineficiência e politização da burocracia e aumento do gasto público.

Segundo os dados apresentados na pesquisa de Arantes e Couto, a constituição em 2010 já era 33% maior que em 1988, sendo que 70,5% das alterações tratavam a respeito de políticas públicas constitucionalizadas.

Teoricamente, isso criou uma Lei Geral das Políticas Públicas Constitucionalizadas, comprometendo a eficiência do sistema político, cenário que hodiernamente não se alterou, pois grande parte das medidas são governos manejando orçamentos via constituição, basta observar já em 2016, a aprovação da Desvinculação das Receitas da União (DRU)[8].

[7] Vide referências na página 30 da obra apresentada.

[8] A Desvinculação de Receitas da União (DRU) é um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. A principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado. Criada em 1994 com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE), essa desvinculação foi instituída para estabilizar a economia logo após o Plano Real. No ano 2000, o nome foi trocado para Desvinculação de Receitas da União. Na prática, permite que o governo aplique os recursos destinados a áreas como educação, saúde e previdência social em qualquer despesa considerada prioritária e na formação de superávit primário. A DRU também possibilita o manejo de recursos para o pagamento de juros da dívida pública.

3 A GOVERNABILIDADE PÓS 1988: ALTERNATIVAS E CONTORNOS COMO MECANISMO DE (DES)CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL - O QUE FALTOU, ANTES DE QUALQUER COISA, A COLLOR E DILMA SEGUNDO ESSA LÓGICA

Utilizando-nos de uma ótima pesquisa empírica desenvolvida por Weneck Viana et al. (1999), em "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil" - pesquisa esta que analisou quantitativamente intervenções na Constituição ao decorrer da década de 1990, chamamos o debate a alguns dos dados que são apresentados.

Estes dados de forma geral – e aqui solicitamos a compreensão do leitor quanto os limites da profundidade e a pretensa ousadia da contextualização de alguns dados fornecidos na presente pesquisa, aliados ao contexto contemporâneo de nossa Constituição Balzaquiana – desvelam aparentemente que, Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva adotaram estratégias estruturais para conviver a partir de "contornos" da Constituição – efetivamente não a cumprindo em sua essência, mas criando "bengalas" e "alternativas" a partir de uma visão interna de que seria teoricamente quase que impossível o cumprimento dos dispositivos de CF/88 concorrentemente a manutenção do giro da máquina do Estado.

O fato da construção desta análise, em situar em um polo Fernando Henrique Cardoso e Lula, também não deve nos levar a dedução de que Collor e Dilma tentaram efetivamente seguir a rigor uma estrutura de cumprimento efetivo da Constituição em termos programáticos, mas que teoricamente enfrentaram problemas em suas gestões, em primeiro plano, por opções político-administrativas equivocadas (e aqui não entrarei no mérito da discussão da legalidade de tais medidas), mas principalmente pela falta de uma estratégia de convivência entre a máquina do Estado e a Constituição – e volto a frisar também que aqui não estou a falar que as opções encontradas por Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva tenham sido corretas.

Fernando Henrique Cardoso, conforme os dados apresentados na pesquisa de Weneck Viana et. al (1999) editou mais de 1522 Medidas Provisórias ao decorrer dos seus dois mandatos na Presidência, passando a trazer a agenda cotidiana questões que em tese, nem sempre obedeceram aos requisitos preconizados no artigo 62 da Constituição Federal[9].

Os excessivos usos de medidas provisórias, além da reedição de medidas pelo Poder Executivo ao decorrer dos governos de FHC, por vezes fugiam totalmente aos critérios de urgência e relevância previstos como requisito para a edição de Medidas Provisórias - o que de certo significou ao decorrer de grande parte da década de 1990 um país administrado a partir muito mais por Medidas Provisórias que feriram de forma contundente a separação de Poderes e promoveram inconstitucionalmente durante tal período um desequilíbrio entre os três poderes salientando, em tese, uma supremacia do executivo.

Este cenário foi o pano de fundo para a alteração constitucional que permitiu com que Fernando Henrique conseguisse aprovar a emenda da reeleição, em partes motivada pelo "*frisson*" advindo do momento que vivia a nação em razão de relativo sucesso do Plano Real.

Em mesmo contexto, Fernando Henrique Cardoso buscou a reforma da máquina burocrática brasileira, até por essencialmente ela ser anacrônica a postulados presentes na Constituição de 1988.

Luís Inácio Lula da Silva optou por manter grande parte da base programática do Governo Fernando Henrique, mas trouxe a baila alguns compostos novos no que se refere a relação com o Parlamento – especialmente a discussão contínua a respeito do conceito de "Governabilidade".

Huntington (1975)[10] já discutia o conceito de governabilidade como o equilíbrio da relação entre "input" e "output", que seria respectivamente, instituições agregadoras de interesses, como a exemplo, partidos políticos, sindicatos e associações (input) e, por conseguinte as instituições públicas responsáveis pela implementação das Políticas Públicas (output).

---

[9] **Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[10] HUNTINGTON, Samuel. 1975. A Ordem Política nas Sociedades em Mudança. São Paulo: Forense Universitária.

Em que pese, parte do desvirtuamento a respeito do conceito do que se passou a entender por Governabilidade a partir e durante os Governos Lula – aparentasse que essa teria sido em partes a estratégia de relação adotada por tal governo – diferentemente da saída do Governo de Fernando Henrique e a exorbitância dos números de Medidas Provisórias.

Ocorre que a partir do Governo Lula, parte dos debates em períodos eleitorais giram em torno de como determinado candidato vai fazer para desenvolver uma pretensa "governabilidade" vindo a se tornar Presidente. Isso por vezes, é contextualizado com os deslindes tomados pelo Governo Collor, principalmente em razão de que o mesmo teria sido eleito por um pequeno partido e tenha pagado um alto preço por não ter uma maioria parlamentar – alguns chegando a atribuir a este fator o seu impeachment.

E aqui ressoa um paradoxo construído a partir da ideia de que o conceito de Governabilidade se limitaria a uma maioria nas casas legislativas – o que aparentemente de forma equivocada se construiu. E aqui devemos chamar a atenção para a distância entre o que propugnava Huntington a respeito do que viria a ser Governabilidade (a partir de um conceito muito mais amplo que flexionava de certa forma as instituições públicas e setores e ambientes de representação populares) a uma visão construída a partir da segunda metade da década de 1990 e ao decorrer da década de 2000.

Por bem, ou por mal, tanto Fernando Henrique Cardoso quanto Luís Inácio Lula da Silva criaram mecanismos para estabelecer a relação entre Constituição de 1988 e o Estado – Fernando Henrique a partir da exacerbação de medidas provisórias dando enfoque a um desequilíbrio voltado para a supremacia do executivo e, posteriormente Lula, contrabalanceando essa relação trazendo um maior enfoque a governabilidade e a necessidade de representação no parlamento – aparentemente dando enfoque ao poder do parlamento a partir da ideia de governabilidade – aqui não entrando no mérito de que forma isso seria construído.

O cenário construído por Lula, a princípio, esteve presente no primeiro governo da Presidente Dilma Rousseff, o que não se pode dizer do segundo.

Eliminando desta análise o Governo de Itamar Franco, pelas peculiaridades que o motivaram, e sem adentrar o mandato tampão, da polêmica e discutível gestão Temer, tanto Collor quanto Dilma, aparentemente não tinham de forma clara como se daria as relações dos aparelhos de articulação do Estado na relação com a Constituição, daí, talvez, fazendo uma análise superficial, se explique parcialmente algumas similaridades nos casos das interrupções dos mandatos de ambos os presidentes.

Voltando a questão da Governabilidade, a presidenciável Marina Silva, participando de evento na Universidade de Oxford, no último dia 08 de maio, quando inquerida a respeito da costumaz pergunta feita em períodos eleitorais, quanto a como desenvolveria a governabilidade em um futuro governo, advindo de um partido pequeno e com pouca representação no parlamento, Marina Silva rebateu a pergunta dizendo que antes de tal questionamento, deveria ser perguntado a aqueles que tinham mais de 300 parlamentares no Congresso, o porquê de não terem conseguido Governar. Indo além, continua questionando quanto, ao fato daqueles que tinham mais de 400 parlamentares no Congresso e não conseguiram realizar mudanças estruturais necessárias e algumas reformas aguardadas há décadas – colocando em cheque a visão a respeito de uma governabilidade como algo estritamente limitado a maioria no Congresso.

4 OS "FINS" E AS "MORTES" COSTUMEIRAMENTE PROPAGANDEADAS PELO NEOLIBERALISMO – O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL COMO CONSTRUCTO CONTÍNUO DE UMA CONSTITUIÇÃO VIVA

Gostaríamos de iniciar este tópico tratando a respeito do texto "A problemática da Constituição Dirigente no interior da Economia Globalizada: uma abordagem do caso brasileiro", o texto de Rafael Tomaz de Oliveira[11] chama atenção quando cita em determinado momento o termo "morte" (p.23) [12], reportando-

[11] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A problemática da Constituição Dirigente no interior da Economia Globalizada: uma abordagem do caso brasileiro.

[12] O autor trata a respeito da questão de uma possível morte da Constituição Dirigente, o que, em tese, os posicionamentos de

se a questão de um debate quanto ao Dirigismo Constitucional em Canotilho. Corriqueiramente, a partir da queda do Muro de Berlim, a utilização do termo morte/fim, fora utilizado como uma pretensa indicação a uma lógica em que o capitalismo tivesse finalmente ganho uma disputa de gigantes (MESZÁROS, 2011)[13], daí a utilização do termo, que, em tempo, também nos remete a escatológica profecia não confirmada de Francis Fukuyama em "The end of History and last man"[14], e que pode ser utilizada como um ponto de discussão em que, é natural do contexto neoliberal determinar o fim de períodos ou a morte de tendências para sutilmente sufocar os estímulos de discussão de uma conjuntura contemporânea, algo próximo do efeito de "*backlash*" [15]indicado por Cass Sustein.

Em que pese o contexto de globalização, diminuição de espaços, instantaneidade da comunicação, quanto a questão do Neoliberalismo, Mangabeira Unger (1987)[16] alerta sobre o cenário de uma série de ideólogos que pairam em cima de um debate binário de privatização e estatização, sem ao certo propor uma nova *Gestalt* para as instituições[17]. Talvez a crítica mais severa seja que sutilmente não se terá que privatizar e diminuir mais o Estado, na medida em que o interior desse próprio Estado passa a ser guiado por pressupostos neoliberais (MORAIS, 2017)[18] – esse cenário é formado por características como a valorização de standards e o tratamento dos equipamentos públicos a partir da análise de custo benefício, passando a considerar números como sendo mais importantes que resultados efetivamente sanadores.

Krell (2002)[19] citando Canotilho e sua obra de 1982 que tratava a respeito da Constituição Dirigente e a vinculação do legislador, salienta que Canotilho acreditava quase que teleologicamente, na tese de que normas programáticas constitucionais sobre os mais variados temas - saúde, educação, cultura – seriam suficientes para obrigar o legislador a implementar as respectivas leis ordinárias. Notadamente, este processo resultou em incontáveis situações de inconstitucionalidade por omissão. A influência da Carta Portuguesa na Constituição de 1988, fez com que mais recentemente, Canotilho viesse assumir que o modelo de Constituição Dirigente estaria falido, em razão principalmente da transformação de ordens jurídicas nacionais em questões parciais e regionalizadas.

É de se concordar com a assertiva de um capitalismo tardio no Brasil e também quanto da perspectiva de um patrimonialismo estamental[20] que aprofunda as dificuldades no que se refere à efetividade de normas. Contudo, talvez em decorrência da temporalidade que escreve Oliveira, sua preocupação fosse muito maior quanto à defesa de uma inevitável constatação de que, o Estado de Direito embasado em uma Constituição Dirigente, infelizmente está moribundo e passa por um processo de crise em que o antigo não passou e o novo ainda não chegou. Talvez isso cause complexidade e certo desapontar aos objetivos de Oliveira em seu texto, mas pensemos que, passados 30 anos de uma Constituição em que, aparentemente todos queriam ver de forma expressa parte de seus direitos em uma carta, não caiamos em frustrações similares ao ocorrido com a Constituição de Weimar[21] – uma extensa pauta de direitos expressos que servem para acalentar

Canotilho vão confirmar, ainda que conservada a tentativa de defesa do autor.

[13] MÉSZAROS, Istvan. Para além do capital : rumo a uma teoria da transição / István Mészarós ; tradução Paulo Cezar Castanheira, Sérgio Lessa. - 1.ed. revista. - São Paulo : Boitempo, 2011.

[14] FUKUYAMA, Francis. The end of history and the last man . Yale Review. New Haven, 1989.

[15] SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of many mainds. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

[16] UNGER, Roberto Mangabeira. False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987

[17] GOMES, Ciro; UNGER, Roberto Mangabeira. O próximo passo : uma alternativa prática ao neoliberalismo. Rio de Janeiro : Topbooks, 1996.

[18] MORAIS, José Luis Bolzan de. O fim da Geografia institucional do Estado. A crise do Estado de Direito! – In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) n.13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

[19] KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Sérgio Antônio Fabris Editor – Porto Alegre: 2002.

[20] Raimundo Faoro em os Donos do Poder vai tratar o conceito de patromonialismo estamental claramente influenciado por uma análise sociológica do desenvolvimento político brasileiro, marcado por peculiaridades comportamentais e estamentais que permanecem preservadas na política e nas instituições brasileiras. In: FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

[21] Reconhecida como uma das primeiras propostas de Constituição a adensar pautas sociais, em contraposição visível ao movimento ascendente do socialismo na Europa. Talvez, em razão da frustração da não efetividade de tanta promessa, se intente a idéia de um refluxo que acabou fortalecendo movimento que vieram a descambar no Nazismo.

esperanças/descontentamentos, como se ao certo, apenas o fato de estar codificado e expresso significassem um real compromisso de efetividade. Ainda não atravessamos essa ponte! E ainda não sabemos o que está do lado de lá!

Nesse contexto, a respeito de "fins", "mortes" e previsões escatológicas do Neoliberalismo, nos faz necessárias e profiláticas as palavras oxigenantes do Professor Lênio Luiz Streck (2003)[22], a qual fazemos transcrição de trecho *Ipsis Literis*

> Por tudo isto, a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que se impõe. O Constitucionalismo não morreu. As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional, longe estão de ser efetivadas. Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela co-existência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; o não estabelecimento de um tribunal constitucional ad-hoc; o processo de globalização e das políticas neoliberais, são alguns fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de "realização das promessas da modernidade".

A encruzilhada que se apresenta normalmente desvelará uma série de discussões. Não é ingenuidade acreditar que, embora vivamos um cenário de crise, a alternativa de aprofundamento da democracia sempre será uma melhor resposta em contraposição à saída profilática e emergencial que alguns apresentam a partir da batuta mágica propagandeada pela alternativa que acredita que a militarização e a securitização[23] social (BOLZAN, 2017) serão respostas para a superação da crise generalizada que se instalou no Brasil.

5 DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE À DEMOCRACIA RADICAL EM DOMINIQUE ROSSEAU

A proposta de uma Democracia Radical[24] de Dominique Rosseau coaduna com a essência pensada quanto ao Dirigismo Constitucional, na medida em que, assim como Aristóteles (1987) alerta para a análise da precedência do fato na construção da reflexão, Canotilho pensou o dirigismo respeitando um caráter de projeção de seu desenvolvimento a partir da realidade.

Dominique Rousseau faz uma busca quanto ao conceito de democracia, e faz um trajeto histórico tratando da democracia grega, aquela decidida nas discussões na ágora, considerada direta, mas relegada a aqueles que eram considerados cidadãos na Grécia antiga. Avança quanto o conceito de democracia Representativa mais aprofundada em Max Weber, onde a sociedade elegeria mandatários responsáveis por representar os direitos e as opiniões dos grupos que compõem o tecido social, e, acrescenta mais uma visão a respeito da Democracia, que, seria a democracia Contínua ou, Democracia Radical.

A democracia contínua/radical teria três características básicas: **(i)** A forma de sociedade não se limita a uma forma de Estado, pois o Estado organizado difere da sociedade democrática – mais que uma forma de estado a democracia contínua é uma forma de sociedade; **(ii)** A democracia contínua como espaço de desenvolvimento de regras: a partir de uma visão em que o sufrágio universal não é o elemento mais importante para identificar uma sociedade democrática, entendendo os limites e os problemas enfrentados na contemporaneidade quanto à crise de representatividade; **(iii)** Democracia Contínua como espaço de

[22] STRECK, Lenio Luiz; Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil1 Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003

[23] José Luiz Bolzan de Morais trabalha o conceito de "Surveillance" a partir de Hardt e Negri, uma extensão da idéia que Ferrajoli classificaria como "Poderes Selvagens".

[24] ROSSEAU, Dominique; O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(3):261-271, setembro-dezembro 2016 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2016.83.01

tensão de duas identidades de "povo": onde povo não se resume a entidade fictícia e virtual que todos normalmente costumam abusar do uso – a ideia de povo como cidadão, convivendo com os "representantes do povo", em um espaço de tensão que combine as atuais instituições de representação, sem que estas sufoquem ou aniquilem a representatividade do cidadão – não se sujeitando apenas a visão minúscula de democracia direta pela simples existência de referendos e plebiscitos no corpo constitucional.

Nisso, o texto de Dominique Rosseau converge diretamente com os pontos abordados pelo Professor Bolzan de Morais e Guilherme Valle Brum em "Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos", pois, assim como Rosseau, discute questões peculiares a visão dos conceito de Legitimidade, Povo (assim como a ideia de "povo princípio" em Rosanvalon)[25] e democracia.

Sincronicamente, ambos os textos conclamam "construção de novas fórmulas para a contemporaneidade pelos juristas", perante Novas tecnologias, novos riscos sociais, em contraponto a mecanismos decisórios da modernidade que são lentos em relação à contemporaneidade.

O pano de fundo para a construção de ambas as críticas é definitivamente a crise de representatividade, o limite do pensamento de Montesquieu quanto à separação de poderes – insuficiente para explicar a fluidez e a engenharia legal necessária para os dias de hoje -, a construção de novas arenas de discussão da democracia, crise do Estado Social (ainda que este, no caso do Brasil, tenha sido falseado em razão de uma modernidade tardia).

Quanto ao debate da questão do Ativismo Judicial o texto enfatiza que **o** acesso à justiça, a omissão do legislativo, a falta de eficiência do setor público perante direitos sociais contribuíram diretamente para o surgimento de um judiciário protagonista – culminando esse processo na proposta de Emenda à Constituição nº. 33, que, entre outras coisas suscitava a possibilidade do controle de decisões do STF pelo Congresso Nacional – talvez o primeiro esboço de supremacia do legislativo pós 1988 frente ao desequilíbrio causado pela supremacia do Poder Executivo ao decorrer da década de 1990, e um eventual protagonismo nos anos 2000, que viria a culminar com o orquestrado impeachment da Presidente Dilma Rousseff, a partir da atuação direta de Eduardo Cunha, ao momento, o presidente do Parlamento.

Citando a obra do Historiador francês Pierre Rosanvallon, discutindo a legitimidade democrática, assim como Dominique Rousseau visiona a possibilidade de uma democracia contínua (radical) não limitada a uma chancela dosada periodicamente a cada 4 anos através do processo eleitoral, o texto também nos chama atenção para "as legitimidades", salientando de forma bem coerente que ela não se resume da origem exclusiva do sufrágio universal.

A discussão contemporânea a respeito de uma legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, caminhando além dos naturais limites do equilíbrio constitucional parte da limitação que normalmente se argui quanto a ação contra majoritária dos Tribunais – isso, diretamente nos reporta a convivência necessária em uma democracia radical, como nos adverte Dominique Rousseau, que, ainda sendo espaço de tensão, não aniquile a participação popular, e, residindo nesta, o caminho do aprofundamento de nossa balzaquiana constituição e democracia, em contraponto aos ventos que insistem em apontar para o aprofundamento de conservadorismos e retrocessos frente a direitos e garantias – a democracia constitucional é um espaço de tensão e desenvolvimento continuado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição analisada a partir de uma metáfora da mulher balzaquiana construída pelo Romance de Honore de Balzac – a metáfora mais próxima da maturidade que se buscaria para aquilo que construímos ao decorrer de 30 anos em nosso ordenamento jurídico constitucional. Afinal, supõe-se que a maturidade de uma vida "dirigida" democraticamente por uma constituição surja a partir de pressupostos que tratem a dignidade da pessoa humana e o acesso a direitos sociais algo bem mais profundo que a simples codificação de letras em um pedaço de papel.

[25] ROSANVALLON, P. La Contre-Démocratie. Paris: Seuil, 2006. Pierre Rosanvallon vai identificar três classificações para o conceito de povo: divide-os em povo eleitoral, povo por proximidade e povo princípio.

Nesta discussão trouxemos inicialmente o caso apresentado no texto do americano Bruce Ackerman e seu alerta quanto à necessidade de juristas contemporâneos americanos construírem uma conjuntura de formalização constitucional que considere as mudanças e novos paradigmas da contemporaneidade – bem além das necessidades liberais totais e de proteção originária idealizada pelos "fundadores".

Partimos para uma análise de um contraponto expresso na facilidade de contínua alteração do texto constitucional no Brasil – principalmente identificado por uma constante alternativa de constitucionalização de políticas públicas que significariam muito mais resposta emergencial sem um planejamento programático que em tese estaria representado em um projeto de aspirações e guias para um país.

Pudemos observar o contraste entre escolhas e as abordagens assumidas por alguns dos presidentes da República pós 1988, sintonizando principalmente as alternativas eleitas para a condução da relação Constituição e Estado – quase sempre contornando ou (des)cumprindo princípios básicos da própria Constituição federal.

Tratou-se a respeito da postura neoliberal de identificar cortes temporais que preveem o fim, ou a morte de momentos, como forma de suprimir debates, isso, principalmente contextualizado com uma discussão a respeito da crise do Dirigismo Constitucional.

Por fim, apresentou-se um debate construído a partir da obra de Dominique Rousseau, a respeito do conceito de Democracia Contínua (Radical), e seus principais elementos dialogados com a obra do Historiador Pierre Rosanvallon e seu debate a respeito da crise de legitimidade e representação, advertindo e indicando uma opção para um aprofundamento de nossa democracia constitucional, em oposição a uma contemporânea tendência no Brasil de acirramento de medidas conservadoras e de ataque a direitos duramente conquistados.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R.; COUTO, G. Constituição, Governo e Governabilidade. In: Constituição e Política na Democracia: aproximação entre direito e Ciência Política São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ACKERMAN, Bruce. "The Holmes Lectures: The Living Constitution" (2007). *Faculty Scholarship Series.* Paper 116. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116

FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Formação do Patronato Político Brasileiro. *Rio de Janeiro: Globo, 1958.*

FUKUYAMA, Francis. The end of history and the last man . Yale Review. New Haven, 1989.

GOMES, Ciro; UNGER, Roberto Mangabeira. O próximo passo: uma alternativa prática ao neoliberalismo. Rio de Janeiro : Topbooks, 1996.

HUNTINGTON, Samuel. 1975. A Ordem Política nas Sociedades em Mudança. São Paulo: Forense Universitária.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Sérgio Antônio Fabris Editor – Porto Alegre: 2002.

MÉSZAROS, Istvan. Para além do capital : rumo a uma teoria da transição / István Mészarós ; tradução Paulo Cezar Castanheira, Sérgio Lessa. - 1.ed. revista. - São Paulo : Boitempo, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos / José Luis Bolzan de Morais, Gulherme Valle Brum – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____, José Luis Bolzan de. O fim da Geografia institucional do Estado. A crise do Estado de Direito! – In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) n.13. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A problemática da Constituição Dirigente no interior da Economia Globalizada: uma abordagem do caso brasileiro. 2007;

ROSANVALLON, P. La Contre-Démocratie. Paris: Seuil, 2006.

ROSSEAU, Dominique; O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(3):261-271, setembro-dezembro 2016 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2016.83.01

STRECK, Lenio Luiz; Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: file:///E:/Users/Isaac/Downloads/336-556-1-PB.pdf

SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of many mainds. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

WENECK VIANNA, Luiz. Et al. A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Sociology of Law 2018

GT26: JUSTIÇA, CIDADANIA, EDUCAÇÃO E MECANISMOS DE SOLUÇÕES SUSTENTÁVEIS

PERSPECTIVAS PARA GOVERNANÇA DA UNIVERSIDADE BRASILEIRA: A FORMAÇÃO DE LÍDERES E O DIREITO À EDUCAÇÃO

Autor

RESUMO: O tema do estudo é a formação de líderes pela universidade. Como objetivo propõe uma reflexão acerca da evolução histórica do conceito de liderança, compreendendo que, em um contexto contemporâneo, o direito à educação passa pelo direito à formação de líderes. A metodologia, de caráter qualitativo, recorreu à revisão de literatura pertinente, incluindo uma incursão a documentos legais. Os resultados sinalizam que: a) liderar uma instituição com êxito implica em alcançar padrões de qualidade e excelência requeridos das instituições na contemporaneidade; b) a liderança deve alcançar seu público interno e interno; c) não mais se admite administrar sem uma profissionalização da administração, da gestão, o que supõe evoluir ao modelo da governança; d) O direito à educação passa pelo direito à formação de líderes e, no contexto da contemporaneidade, liderar exige autoconhecimento e aperfeiçoamento de habilidades e competências. Conclui-se pela reflexão crítica sobre a governança universitária e o conceito de sua liderança, a qual deve estar atenta às implicações sobre o direito a uma educação de qualidade, pautada na formação integral do estudante, primando pelo seu protagonismo.

Palavras-chave: GestÃo UniversitÁRia, Governança UniversitÁRia, Formação de Líderes, Direito à Educação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Universidade passa, na contemporaneidade, por um período de profundas transformações impostas por mudanças sociais, culturais, econômicas e tecnológicas, provindas do mundo líquido descrito por Bauman (2001). No Brasil, especialmente, políticas de universalização da Educação Superior que tiveram início nos anos 2000, fizeram duplicar o número de estudantes universitários e trouxeram às salas de aula uma multiculturalidade étnica e cultural.

Com isso, a governança universitária também se vê obrigada a evoluir para acompanhar os novos tempos impostos pelo século XXI. Já não é possível que se mantenha isolada, e, por isso, hoje em dia deve intensificar suas relações com o Estado, com o mercado e com as comunidades nas quais se insere.

No contexto brasileiro há três tipos de Instituições de Ensino Superior (IES): as Faculdades, os Centros Universitários, e as Universidades. De acordo com o Ministério da Educação (MEC) (Brasil, 2006), o credenciamento das IES ocorre originalmente como faculdades. Os Centros Universitários são pluricurriculares, e podem abarcar uma ou mais áreas do conhecimento. Além disso, são caracterizadas pela excelência do ensino, pela qualificação de seus docentes e pelas condições de trabalho acadêmico oferecidas à comunidade escolar. Os Centros Universitários podem criar, organizar e extinguir cursos e programas de educação superior. Por sua vez, as Universidades têm previsto, inclusive na Constituição Federal brasileira, o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (BRASIL, 1988). O grau de exigência do MEC vai subindo, a partir das faculdades, passando pelos centros universitários, até que se chegue à universidade.

Em 2013, surgem as Instituições Comunitárias de Educação Superior (ICES). A Lei n. 12.881, de 12 de novembro de 2013, dispõe sobre a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades dessas instituições. A lei pretendeu conferir a essas entidades uma qualificação distintiva, mas que também garantisse o caráter de instituição privada de interesse público, atuando em conjunto com o Poder Público na ampliação do ensino superior. Ainda que possam cobrar mensalidades, as ICES não têm objetivo de lucro e aplicam integralmente seus recursos na manutenção dos objetivos institucionais. São instituições especialmente orientadas ao desenvolvimento local – por isso a concepção de "comunitárias" –, propiciando interações e

serviços às comunidades de seu entorno. Além disso, têm isenções fiscais em troca de bolsas de estudos que são oferecidas a alunos com menores condições financeiras (BRASIL, 2013).

Com isso, uma vez mais é necessário que a governança da IES se adapte às mudanças que se apresentam. Estas passam pelo atendimento de inúmeras demandas. No âmbito do direito à educação, passam pela compreensão de que, uma educação de qualidade se faz por meio da formação de líderes e com o protagonismo estudantil. Assim, este artigo propõe uma reflexão acerca da evolução histórica do conceito de liderança, compreendendo que, em um contexto contemporâneo, o direito à educação passa pelo direito à formação de líderes.

A metodologia, de caráter qualitativo, inclui revisão de literatura pertinente, além de uma incursão a documentos legais. A análise dos dados segue as orientações de Bardin (2011), que sugere três momentos: o de leitura e exploração do material, com a intenção de selecionar os achados. Em um segundo momento, de acordo com a autora, foram selecionadas as unidades de análise e, por último, veio a fase do processo de categorização e subcategorização, com as devidas inferências, amparadas nos documentos legais.

Com relação à arquitetura do trabalho, na sequência, após esta breve introdução trazemos as aproximações conceituais entre os termos administração, gestão e governança. Depois, discutimos a incorporação do conceito de liderança ao campo educacional e assim chegamos aos princípios da liderança na universidade contemporânea recorridos por esta pesquisa. Estes não podem deixar de apontar que, na atualidade, liderar exige reconhecer que o direito à educação (de qualidade) passa pelo direito à formação de líderes. As considerações finais e as referências utilizadas fecham o trabalho.

2 ADMINISTRAÇÃO, GESTÃO E GOVERNANÇA: APROXIMACÕES CONCEITUAIS

O termo administração compreende rígida organização e controle por meio de outras pessoas, posto que se trata de um campo profissional (SARMENTO; MENEGAT; RAMIREZ, 2015). Entretanto, para administrar uma IES com êxito implica em alcançar padrões de qualidade e excelência requeridos das instituições na contemporaneidade. Essa demanda poderá vir, seja de órgãos governamentais e/ou privados competentes, seja da comunidade, ou ainda de seu público interno e/ou externo. Para isso, não mais se admite uma administração amadora, ou seja, não mais é "possível administrar com base em uma conduta de "experiência e erro" e/ou pautada exclusivamente em experiências prévias" (SARMENTO; MENEGAT; RAMIREZ, 2015, p. 314).

A gestão implica em um planejamento estratégico e com o envolvimento ativo do grupo. A partir dessa concepção, nas últimas duas décadas proliferaram estudos acerca da gestão em educação (CARDOSO, 2001; LÜCK, 2000, entre outros) gestão democrática da educação (CURY, 2002; PARO, 1997, e outros). A gestão é sempre diferenciada da governança, ou seja, existe uma diferenciação entre 'comprometido' (governança) e 'envolvido' (gestão). Segundo os autores citados, gestão implica na utilização criteriosa de meios (recursos, pessoas, processos e práticas) para alcançar um fim identificado. É um meio ou instrumento pelo qual o órgão de administração alcança um resultado ou objetivo. A gestão atua sobre o planejamento, a construção, organização e controle das atividades operacionais e se alinha com a direção definida pelo órgão de administração.

As duas ideias anteriores (administração e gestão) pertencem ao conjunto de processos, costumes, políticas, leis e regulamentos que regem a governança de uma instituição. Esta consiste no sistema pelo qual são dirigidas, monitoradas e incentivadas as organizações, envolvendo as relações entre proprietários, conselho de administração, diretórios e órgãos de controle (FOSSATTI; GANGA-CONTRERAS; JUNG, 2017; FOSSATTI; SOUZA; CONTRERAS, 2015), abarcando fatores e cenários imbricados nesses conceitos.

O termo governança provém do verbo grego "Kubernáo", significando 'para conduzir'. Assim, governança se refere a todas as possibilidades e mecanismos que ajudam as múltiplas partes do negócio a avaliar condições e opções, determinando também a direção, o monitoramento, a conformidade, o desempenho e o progresso. Além disso, conduz ao alinhamento entre os planos e os objetivos do negócio, visando satisfazer as metas específicas da organização (WEBSTER, 2012). Entretanto, de acordo com FOSSATTI; GANGA-

CONTRERAS; JUNG (2017), seu uso no campo educativo é ainda recente, principalmente na América Latina.

3 A CONCEPÇÃO DE LIDERANÇA E SUA INCORPORAÇÃO AO CAMPO EDUCACIONAL

Se o conceito de governança aplicado à educação está recém em seus inícios, o mesmo ocorre com o termo liderança. Entretanto, Fossatti, Ganga-Contreras e Jung (2017) anunciam que os campos da administração, da gestão da governança e da liderança tem muito para colaborar com a educação. Nessa perspectiva, questionamos: como se apresenta a liderança institucional universitário no contexto da atualidade?

De acordo com Lück (2000), a particularidade de um líder é caracterizar-se como uma pessoa empreendedora, que se compromete em manter a motivação da equipe, com determinação e autocontrole, sem deixar de ser flexível. A autora considera fundamental que o líder de uma instituição educativa conheça os princípios da educação e seus processos, pois desse conhecimento virá sua autoridade, de modo que entenda do comportamento humano e que seja consciente das motivações, dos interesses e das competências do perfil de grupo ao que pertence.

A liderança normalmente está composta por um processo que envolve uma relação de influência em duplo sentido, orientando-se especialmente ao atendimento de objetivos mútuos, como aquele de um grupo, instituição ou sociedade. Assim, a liderança não requer somente o cargo do líder, mas também requer esforço de cooperação da parte das outras pessoas (HOLLANDER, 1978). Percebemos que o tema está carregado de complexidade, assim como a própria universidade, pois há pessoas envolvidas e o ser humano, de uma forma ou outra, traz consigo percepções e vivências distintas (FOSSATTI, 2013).

Com relação aos traços e estilos de liderança, Bryman (1992) explica que os conceitos teóricos relacionados com os traços de personalidade são mais antigos com respeito à liderança. Um deles é uma característica diferente da personalidade. Essas teorias identificam o líder como aquele que possui traços específicos de personalidade que o diferem das demais pessoas. Assim, o líder apresenta características de personalidade por meio das quais poderá influenciar no comportamento dos demais. Como premissa desta teoria, os líderes possuem traços de personalidade pelos quais o indivíduo já nasce líder. Bryman (1992) igualmente sinaliza três importantes aspectos com relação aos traços sociais, aqueles relacionados com a tarefa, a partir da perspectiva do comportamento dos seus seguidores: a) a influência que o líder exerce sobre os demais, o que de alguma maneira induz seu comportamento; b) a concepção deste processo de influência como incorporado ao contexto de um grupo; c) a influência exercida pelo líder sobre o comportamento dos membros de um grupo em direção aos objetivos que pretendem alcançar. Este conjunto conceitual vai sendo aperfeiçoado pelo próprio autor (BRYMAN, 1992), incluindo também as questões culturais e de identificação – com a instituição e com o grupo em si mesmo -.

4 GESTÃO DE PESSOAS NA CONTEMPORANEIDADE

Estudos apontam que a excelência geralmente está ligada ao esforço oferecido pelos seus colaboradores, considerados como principal ativo intangível das organizações contemporâneas. "As pessoas podem ser a fonte de sucesso como também podem ser a fonte de problemas" (CHIAVENATO, 2014, p.11). Nessa perspectiva, colaboradores satisfeitos são colaboradores mais produtivos e felizes. Essas considerações retratam o cenário das empresas modernas, pois:

> Por muitos anos, pensou-se que o gargalo que tratava o desenvolvimento das empresas fosse o capital financeiro. Era uma crença generalizada. O capital era indispensável para o sucesso empresarial. Hoje se percebe que a inabilidade de uma empresa em recrutar e manter uma boa força de trabalho é que constitui o principal gargalo para o negócio. Não existe nenhum projeto baseado em boas ideias, vigor e entusiasmo que tenha sido barrado por falta de caixa ou recursos financeiros (CHIAVENATO, 2014, p. 11).

Diante do exposto, o presente estudo visa trazer novas perspectivas para as IES, uma vez que "a maioria das pessoas passa uma parte significativa de suas vidas no local de trabalho" (SCHUJIMANN, 2010, p. 26). A relevância desse enfoque envolve estratégias por parte dos gestores com a finalidade de desenvolver um modelo de gestão inovador centrado nas pessoas.

> Uma instituição que privilegia a gestão de pessoas difere de uma empresa tradicional capitalista, porque, na primeira, os colaboradores são vistos como patrimônio, sendo que os gestores têm atitudes parentéticas, participando do lucro e dos prejuízos, tendo, pelo menos idealmente, uma estrutura de funcionamento democrática, inserida num ambiente competitivo e burocrático (TAFNER; SILVA, 2011, p. 255)

Não é possível gerir pessoas em qualquer organização, sem levar em consideração as afirmativas apresentadas. Chiavenato (2014, p. 06) nos diz que "as organizações jamais existiriam sem as pessoas que lhe dão vida, dinâmica, energia, inteligência, criatividade e racionalidade [...] uma das partes depende da outra em uma relação de mútua dependência na qual há benefícios recíprocos". Quando há interação entre as expectativas do colaborador e as expectativas da empresa, ocorre uma sintonia perfeita que culmina na alta produtividade, na motivação e na satisfação (COLOMBO, 2010, p. 172). Chiavenato ainda sinaliza que:

> as organizações são constituídas de pessoas e dependem delas para atingir seus objetivos e cumprir suas missões. Para as pessoas, as organizações constituem o meio pelo qual elas podem alcançar vários objetivos pessoais, com um mínimo custo de tempo, esforço e conflito. Muitos dos objetivos pessoais jamais poderiam ser alcançados apenas por meio do esforço pessoal isolado (CHIAVENATO, 2014, p. 07).

Podemos considerar que se por um lado as pessoas também precisam das empresas na busca pela garantia do alcance de seus objetivos, por outro as pessoas buscam a satisfação no trabalho que realizam.

4.1 A INFLUÊNCIA DA LIDERANÇA GESTORA NAS ORGANIZAÇÕES

As organizações precisam de pessoas para funcionar, assim como as pessoas precisam do trabalho para atender seus objetivos pessoais. A razão de existir destas organizações é para garantir o alcance de objetivos complexos, que superam os limites individuais. Sendo assim, o sucesso de uma organização, vai necessariamente depender da satisfação de necessidades, desejos e expectativas das pessoas que trabalham nela como colaboradores.

O desafio dos gestores é buscar a articulação da ação individual das pessoas, alinhada aos objetivos organizacionais. A gestão por sua vez, é um processo que está relacionado com a função de administrar as relações dos colaboradores com a organização. Para tal, é necessário orientar, motivar, comunicar e exercer a liderança dos trabalhadores, na busca do alinhamento dos objetivos destes trabalhadores com o desempenho da organização, especialmente quando se trata da competitividade no negócio onde estão inseridas.

Vale ressaltar a necessidade da adoção de condições de trabalho, para um ambiente favorável à colaboração entre os membros da organização, e a prevenção de eventuais conflitos que possam aparecer. Conforme Chiavenato (2006) a liderança é um elemento social que acontece unicamente em grupos sociais. Definida como uma influência interpessoal praticada em determinada circunstância e gerida pelo processo de comunicação humana para conseguir os objetivos específicos.

Os três elementos destacados nesta definição de liderança são: pessoas, poder e influência. Primeiramente, a liderança envolve pessoas predispostas a seguir a um líder. A função da liderança é valorizar a importância de uma relação entre líderes e liderados.

A liderança tem a competência de influenciar o comportamento de seus seguidores e com isso, transversalmente, contribuir na produtividade de uma organização competitiva, a partir do engajamento dos empregados, visando o desempenho de suas tarefas a partir da influência do líder sobre o colaborador. Os líderes devem ir além da autoridade formal, pois devem motivar as pessoas a realizar tarefas além das convencionalmente definidas. Neste sentido, o interesse da organização deve ter ligação ao desenvolvimento

da liderança baseada em motivação e desenvolvimento de pessoas em seus funcionários. Neste sentido, o tópico a seguir descreve uma rápida abordagem da motivação, relacionada à influência da liderança gestora nas organizações.

4.2 ABORDAGEM TRADICIONAL DA MOTIVAÇÃO

De acordo com Sobral e Peci (2008) as organizações são formadas por grupos de pessoas estruturados com objetivos comuns, especialmente as empresas contemporâneas, que estão atentas às novas estratégias competitivas. Estas estratégias visam o enfretamento a cenários de constante mutação onde estão inseridas, muito embora, os objetivos individuais possam ser contrários aos objetivos organizacionais. Cabe ao gestor a tarefa de tornar compatíveis os objetivos de ambos. Tarefa essa de tamanha complexidade e conhecida como motivação.

Ainda segundo Sobral e Peci (2008) a escola clássica de Taylor é reconhecida por introduzir a visão tradicional sobre motivação, onde o administrador define os objetivos, distribui as tarefas e capacita os colaboradores para a realização destas tarefas, visando motivá-los por meio de sistemas de incentivos, especialmente materiais, como ganhos em bônus salariais. Neste sentido, quanto mais o trabalhador produz, mais aumenta a chance de ganhos salariais. Baseado no pressuposto de *homem econômico*, as pessoas buscam elevar ao máximo seus interesses materiais e são motivadas por esse tipo de incentivo.

Especialistas da área econômica acreditam que o estudo das ações econômicas do homem poderia prescindir as outras dimensões culturais do comportamento humano, tais como morais, éticas, religiosas, políticas, entre outras. Neste sentido, demonstram maior interesse no que identificam como as duas funções elementares exercidas pelos indivíduos: o consumo e a produção.

4.3 ABORDAGEM DAS RELAÇÕES HUMANAS

A escola de relações humanas teve a responsabilidade de introduzir o lado humano na administração, devido à importância das necessidades sociais na motivação humana. Fundamentada no pressuposto de *homem social,* esta teoria visa direcionar os gestores a trabalhar com grupos formais e informais dentro das organizações, bem como, de motivar os funcionários, criando condições favoráveis para o alcance da satisfação no ambiente de trabalho.

Considerando que o modelo anterior era conhecido pela autoridade do gestor-administrador, onde o empregado era motivado ao trabalho em troca de melhores salários, neste modelo o tratamento atencioso que os superiores despendem aos funcionários são mais importantes na maioria das vezes. A profissionalização da gestão passa necessariamente pela adoção de metodologias que permitam alinhar interesses entre líderes e liderados. Tal profissionalização se fundamenta nos princípios de valorização das pessoas. Dessa maneira, a formação e desenvolvimento do pessoal no uso de metodologias possibilitam crescimento e valorização dos colaboradores, garantindo maior agilidade e qualidade dos serviços prestados pela instituição bem como, na busca pela qualificação dos processos de gestão que se expressam na maioria das metas atingidas

5 PRINCÍPIOS DA LIDERANÇA UNIVERSITÁRIA NA CONTEMPORANEIDADE

Teóricos dos estilos de liderança como França e Arellano (2002) acreditam que é possível preparar as personas para o exercício do papel de líder. Ademais, referem que é necessário estudar e estabelecer formas de exercitar o poder, baseando-se nas crenças básicas sobre o homem e a natureza humana. Para Lickert *apud* Bergamini (1994), há dois estilos de liderança que concebem os extremos entre participação e submissão: a liderança orientada às pessoas, considerando um envolvimento mais intenso com elas, e a liderança orientada à produção, onde as personas somente adotam determinações do gestor.

Liderar uma IES na contemporaneidade com êxito implica também em quatro princípios essenciais,

segundo teóricos como Sarmento, Menegat e Ramirez (2015), e outros que apresentamos na sequência: a) alcançar padrões de qualidade e excelência requeridos atualmente das instituições; b) alcance do público interno e externo; c) não mais se admite administrar sem uma profissionalização da administração, da gestão, o que supõe evoluir ao modelo de governança; d) Liderar exige autoconhecimento e aperfeiçoamento de habilidades e competências, não mais baseando-se no senso comum, mas em estudos sobre boas práticas. Acrescentando, no contexto contemporâneo, autores como Fossatti, Souza e Contreras (2015) dirão ainda que um dos princípios da liderança é também reconhecer o direito à educação, previsto constitucionalmente. Assim, podemos dizer que liderar exige reconhecer que o direito à educação (de qualidade), passa pelo direito à formação de líderes e ao protagonismo estudantil. Nos parágrafos seguintes nos detemos a refletir sobre cada um dos princípios sinalizados.

5.1 LIDERAR IMPLICA QUALIDADE E EXCELÊNCIA

Liderar uma IES na contemporaneidade com êxito implica alcançar padrões de qualidade e excelência requeridos das instituições hoje em dia. Segundo explicam Sarmento, Menegat e Ramirez (2015), para alcançar referidos padrões de excelência em gestão, é necessário ter como alvo a construção do planejamento estratégico e assim um dos principais resultados será a consolidação de uma cultura organizacional pautada na gestão estratégica, contribuindo para a celeridade dos processos e práticas administrativas e pedagógicas para uma educação de qualidade.

Autores como Siqueira (1995), defendem que, na atualidade, qualidade e excelência são conceitos intimamente relacionados com inovação. Sua teoria está ancorada no entendimento de que a fonte de riqueza de uma organização não são os bens materiais, mas a inteligência criativa, capital intelectual da forma de criar e inovar das pessoas. Para o autor, o líder que busca a excelência consegue engendrar as condições nas pessoas para que possam desenvolver suas habilidades e aplicá-las na melhora dos resultados de seu trabalho. Os líderes criativos desenvolvem em seus colaboradores as aspirações e expectativas, tornando-os autênticos empreendedores, dedicados à excelência de suas tarefas e funções.

De acordo com Santos e Almeida Filho (2008), as universidades do século XXI devem ter um compromisso que vai muito além de "gerar o saber". As instituições necessitam maior empenho na relação docente e discente, com vistas à busca da excelência na prestação de serviços e no tratamento do aluno como cliente. Segundo os autores, não se pode esquecer o compromisso e o envolvimento com os estudantes, com a finalidade de proporcionar um ambiente de ensino e de aprendizagem favorável para todos.

5.2 A LIDERANÇA DEVE ALCANÇAR SEU PÚBLICO INTERNO E INTERNO

De acordo com Sarmento, Menegat e Ramirez (2015), a liderança exitosa de uma instituição de ensino superior da contemporaneidade deve alcançar tanto o público externo, como o público interno. Ou seja, não somente os alunos e comunidade, mas também colaboradores e funcionários podem afetar seu desempenho.

Neste sentido, uma gestão de qualidade e excelência requer uma postura estratégica de parte dos integrantes da organização, especialmente as lideranças em postos gerenciais. Por isso, "pressupõe a existência de um planejamento (estratégico, tático e operacional) que viabilize o desdobramento das estratégias no cotidiano" (SARMENTO; MENEGAT; RAMIREZ, 2015, p. 315).

Desta maneira, pode-se entender que o desenvolvimento de lideranças inovadoras, de sucesso está alinhado à gestão humanizada no ambiente de trabalho da IES. Esses profissionais são capazes de garantir comportamentos e resultados dos processos internos, com vistas à excelência da gestão. Referida liderança leva a processos desejáveis no atendimento e prestação de um serviço efetivo de qualidade para os públicos interno e externo, com diferenciais competitivos de uma IES que tem por base os pressupostos da filosofia humanizadora e da identidade institucional.

5.3 PROFISSIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DA GESTÃO SUPÕE EVOLUIR AO MODELO DE GOVERNANÇA

Não mais se admite administrar sem uma profissionalização da administração, da gestão, o que supõe evoluir ao modelo de governança, buscando a excelência acadêmica, a identidade comunitária, e a gestão sustentável. Uma instituição exitosa necessita pensar, planejar e executar ações a partir da utilização de modelos de governança que caracterizem uma universidade sustentável. Isto implica lidar com prioridades, eficiência e produtividade para as muitas demandas a serem atendidas (FOSSATTI; DANESI, 2016).

É importante sublinhar que os aspectos excelência acadêmica, identidade comunitária e a gestão sustentável devem estar constantemente interagindo entre si. Ser uma universidade contemporânea já é um desafio por natureza. É necessário garantir a qualidade acadêmica, tendo o compromisso na geração compartilhada do conhecimento com a comunidade (MARTINS, 2008).

Além disso, um modelo exitoso de governança supõe conciliar ensino, pesquisa e extensão. Isso produz um sentido ampliado com relação à missão de uma universidade. O ensino deve estar conectado com uma demanda e realidade local. A pesquisa é uma competência intelectual, mas tem seu sentido quando inter-relacionada com a extensão comunitária. Desta forma, a academia cria um sentimento e uma responsabilidade de relacionar-se com a comunidade e de interagir com os diferentes aspectos integrantes de uma IES. As atividades de ensino e pesquisa precisam se apropriar de um sentido não somente de aprendizagem ou de geração de conhecimento, mas de ser também de excelência pela contribuição para a melhora da qualidade de vida das comunidades em que a universidade está inserida (MARTINS, 2008).

Assim, a universidade contemporânea se torna exitosa não somente na formação profissional, mas também em forjar líderes comunitários, empresariais, políticos e empreendedores que conheçam a realidade no seu contexto socioeconômico e tenham responsabilidade social em seus empreendimentos e funções públicas. Este tipo de liderança passa pelo direito à educação e tem início com o protagonismo discente, como veremos mais adiante.

5.4 LIDERAR EXIGE AUTOCONHECIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE HABILIDADES E COMPETÊNCIAS

Liderar, portanto, exige autoconhecimento e aperfeiçoamento de habilidades e competências, não mais baseando-se no senso comum, mas em estudos sobre boas práticas. Além disso, como já referimos, requer a profissionalização da governança da universidade.

Segundo explicam Sarmento, Menegat e Ramirez (2015), para que alcancemos esse grau de aperfeiçoamento dessas habilidades, é necessário garantir espaços e tempos de escuta a esses profissionais. Aos líderes, portanto, é necessário ajudá-los a identificar suas concepções, suas perspectivas, suas dificuldades e suas ponderações. Nas palavras dos mesmos autores, o empoderamento dos líderes "supõe a construção de uma relação de confiança, de abertura e diálogo para que eles se sintam autoconfiantes e capazes de atuar na resolução de problemas" (SARMENTO; MENEGAT; RAMIREZ, 2015, p. 359).

Da mesma forma, a liderança de pessoas busca, com enfoque na dignidade e na liberdade, o desenvolvimento de suas habilidades de acordo com os constituintes de diversas situações advindas do cotidiano no ambiente de trabalho. Ou seja, a liderança deve estar deliberadamente inovando com potencial de promover o envolvimento, buscando persistentemente a excelência, tornando-a uma situação indivisível, imprevisível e sempre mutável. Este processo é vivido no comprometimento com uma visão vigorosamente energizante, arriscando-se voluntariamente em meio à ambiguidade e reverenciando aos outros com vigilância. Quando os líderes são guiados por uma perspectiva teórica que reverencia os desejos e habilidades dos indivíduos, o contexto e a prática das organizações tornam-se enriquecidos (BOURNES, 2013).

A formação por competências transcende a estruturação dos currículos e títulos, e se apresenta como uma necessidade para o profissional da contemporaneidade. Na concepção de Arroyo (2005), a educação por competências não é algo inato ao ser humano. Por isso, é necessário que elas sejam desenvolvidas e que

o conhecimento seja o veículo que poderá levá-las à inteligência e assim se converterá no lubrificante que permitirá o seu progresso. Referidas competências comportam as dimensões técnicas, humanas, didático-pedagógicas e transversais.

5.5 LIDERAR EXIGE RECONHECER QUE O DIREITO À EDUCAÇÃO (DE QUALIDADE) PASSA PELO DIREITO À FORMAÇÃO DE LÍDERES

Como antes referimos, o líder da contemporaneidade precisa reconhecer que a universidade contemporânea alcança o sucesso não somente com a formação de profissionais para o mercado de trabalho. A IES exitosa também é especialista em forjar líderes comunitários, empresariais, políticos e empreendedores. Estes profissionais, ao mesmo tempo em que (re)conhecem a realidade no seu contexto socioeconômico, têm responsabilidade social em seus empreendimentos e nas suas funções públicas. É o que autores como Moraes (2006), e Too e Bajracharya (2015) relacionarão com o conceito de liderança e universidade sustentáveis. Segundo os autores, a busca da excelência na prestação de serviços e da sustentabilidade articula-se também com a capacidade de uma liderança capaz.

Este tipo de liderança passa pelo direito à educação e tem início com o protagonismo discente. O direito à educação e a uma educação de qualidade está garantido na Constituição Federal (CF) de 1988, como disposto no Artigo 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988). O mesmo está ratificado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei 9394/96, em seu Artigo 2º reproduz a CF: "Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1996).

Ora, se a educação deve visar o pleno desenvolvimento da pessoa, como prevê a Carta Magna (BRASIL, 1998), é mister que o líder contemporâneo compreenda que a formação integral do estudante precisa fazer parte da universidade do século XXI. Daí que a discussão em torno da formação por competências (PERRENOUD, 2015; SACRISTÁN, 2011; SANTOMÉ, 1998) tome proporções tão significativas. Segundo os autores, as competências transcendem o domínio cognitivo e mobilizam outras *expertises*, de maneira que o resultado é a mobilização de habilidades e atitudes em conjunto com os saberes adquiridos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Liderar exige autoconhecimento e aperfeiçoamento de habilidades e competências para desempenhar de forma exitosa seu papel, mas atualmente mais baseado em estudos teóricos e empíricos sobre boas práticas de governança, que simplesmente pelo senso comum. Se nos referimos a uma liderança inovadora, que supõe qualidade e excelência, as boas práticas e as novas metodologias de apoio da governança tornam-se essenciais. Nesse contexto, o processo de desenvolvimento de lideranças organizacionais se torna um objeto de estudo, o qual suscita pesquisas futuras, talvez com fortes componentes empíricos.

A governança institucional contemporânea mostra uma forte tendência à superação da figura do gestor, para dar lugar à incorporação da pessoa do "líder" (FRANÇA; ARELLANO, 2002; LÜCK, 2000, entre outros). Este, mais que subordinados, possui seguidores, equipes (LICKERT *apud* BERGAMINI, 1994). A atualidade registra a necessidade do desenvolvimento de pessoas em suas competências técnicas, humanas e transversais com enfoque em governança inovadora, estratégica e por resultados. As atitudes da liderança transformadora passam necessariamente por um criterioso plano de trabalho e organização, fundamentais para o sucesso.

Neste sentido, devemos evoluir para um sistema de governança mais amplo, e um perfil de líderes que transcendam seus próprios interesses para o êxito da organização. Líderes que causem efeitos positivos sobre seus liderados, atentos às preocupações e às necessidades de desenvolvimento desses colaboradores.

Que entusiasmam, incitam e inspiram as pessoas a darem o máximo de si mesmas na busca dos objetivos da organização.

Desta maneira, pode-se concluir que a governança universitária que investe no desenvolvimento de lideranças inovadoras, alinhados à gestão humanizadora no ambiente de trabalho da IES, é capaz de garantir os comportamentos e resultados dos processos internos, com vistas à excelência. Cabe, portanto, uma reflexão crítica sobre a governança universitária e o conceito de sua liderança, a qual deve estar atenta às implicações sobre o direito a uma educação de qualidade, pautada na formação integral do estudante, primando pelo seu protagonismo.

REFERÊNCIAS

ARROYO, B. S. **La formación en competencias**: un desafío para la educación superior del futuro. Barcelona: Universidad Politécnica de Cataluña, 2005.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2001.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERGAMINI, C.W. **Liderança, Administração do Sentido**. São Paulo: Atlas, 1994.

BOURNES, D.A. **Nursing Science Quarterly**, 26 (2), p. 182-188, 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do**

Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 22.04.2018.

_____. Presidência da República. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília: 20 de dezembro de 1996. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm> Acesso em 07.12.2017.

_____. Decreto n. 5.773. **Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2006.

_____. Lei nº 12.881, de 12 de novembro de 2013. **Dispõe sobre a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades das Instituições Comunitárias de Educação Superior - ICES**, disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12881.htm>. Acesso em 22.04.2018.

BRYMAN, A. **Carisma AndLeadership in Organizations**. London: Sage Publications, 1992.

CARDOSO, L. **Gestão Estratégica das Organizações**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2001.

CHIAVENATO, I. **Gestão de Pessoas: O Novo papel de recursos humanos nas organizações.** 4. ed. São Paulo: Manole, 2014.

_____. **Administração Geral e Pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

COLOMBO, Sonia Simões. A gestão de pessoas nas instituições de ensino. In: COLOMBO, Sonia Simões; CARDIM, Paulo A. Gomes. **Nos bastidores da educação brasileira**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 169-184.

CURY, C. R. J. Gestão democrática da educação: exigências e desafios. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE**, *18*(2), 2002.

FOSSATTI, P., GANGA-CONTRERAS, F.; JUNG, H. S. Reflexiones en torno a la

gobernanza universitaria: Una mirada desde Latinoamérica. **Espacios**, 38, p. 1-14, 2017.

_____. ; DANESI, L. C. Gestão universitária sustentável: um estudo de caso em universidades comunitárias do Brasil. In: **XVI Coloquio Internacional de gestión Universitaria**. Arequipa, Perú, p. 1-10, 2016.

_____.; SOUZA, R. V.; CONTRERAS, F. A. G . Profesionalización de la gestión desde el programa gaucho de calidad y productividad: el caso de Unilasalle de Brasil. **Revista Calidad en la Educación**, v. 1, pp. 161-186, 2015.

_____, P. **Perfil docente e produção de sentido**. Canoas: Editora Unilasalle, 2013.

FRANÇA A. C. L.; ARELLANO, E.B. Liderança, Poder e Comportamento Organizacional. *In*: Fleury, M.T.L. (Coord.). **As pessoas na Organização**. São Paulo: Editora Gente, 2002.

HOLLANDER, E.P. **Leadership Dynamics**: A Pratical Guide To Effective Relationsships. New York: The Free Press, 1978.

LÜCK, H. A. **Escola Participativa**: O Trabalho do Gestor Escolar. Rio de Janeiro: Editora DB&A, 2000.

MARTINS, G.M. **Universidade federativa, autônoma e comunitária**. Brasília. Athalaia Editora, 2008.

MORAES, C. H. Apontamentos sobre o contexto do ensino superior. **Educação Brasileira**, v. 28, n. 56 e 57, p. 13-29, jan/dez, 2006.

PARO, V. H. **Gestão democrática da escola pública**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

PERRENOUD, P. **Dez novas competências para ensinar**. Artmed editora, 2015.

SACRISTÁN, J. G. Dez teses sobre a aparente utilidade das competências em educação. *In*: PIMENTA, SG. **Educar por Competências**: O que há de novo, p. 13-63, 2011.

SANTOMÉ, J. T.; SCHILLING, C. **Globalização e interdisciplinariedade**: o currículo integrado. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

SARMENTO, D. F.; MENEGAT, J.; RAMIREZ, V. L. Educação de qualidade e gestão pública: a construção do planejamento de uma secretaria de educação. ***Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE***, v. 31, n. 2, p. 313-333, 2015.

SANTOS, B. S.; ALMEIDA FILHO, N. **A universidade no século XXI**: para uma universidade nova. Coimbra: Almedina, 2008.

SCHUJIMANN, Adriana. **A influência da promoção nas relações de amizade no ambiente de trabalho.** Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

SIQUEIRA, J. **Liderança, Qualidade e Competitividade**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1995.

SOBRAL, Filipe, PECI, Alketa – **Administração: teoria e prática no contexto brasileiro**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.

TAFNER, Marlon Jackson; SILVA, Everaldo. **Gestão de Pessoas e de Instituições de Ensino: um exercício de soma positiva.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/gual/article/view/1983-4535.2011v4n3p248/21991>. Acesso em: 04 de jun. 2015.

TOO, L.; BAJRACHARYA, B. Sustainable campus: engaging the community in sustainability. **International Journal of Sustainability in Higher Education**, v. 16, n. 1, p. 57-71, 2015.

WEBSTER, A. Introduction. Bio-objects: exploring the boundaries of life. *In*: Vermeulen, N., Tamminen, S. & Webster, A. **Bio-objects. Life in the 21st century**, pp. 1-10. Burlington: Ashgate, 2012.

CIDADANIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSTRUÇÃO PELO SEU EXERCÍCIO

Abgail Denise Bisol Grijo (PPG-DH/UFMS/LEDD) (adgrijo@hotmail.com)

Maurinice Evaristo Wenceslau (PPG-DH/UFMS/LEDD) (maurinice@uol.com.br)

RESUMO: A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, no inciso dois, do seu artigo 1º enumera a cidadania como Direito Fundamental do Estado Democrático de Direito. Assim, destaca-se a relevância de compreender o que é cidadania e seus significados, normalmente não explicitados nos documentos que pretendem educar para cidadania, para conscientização das pessoas quanto ao papel que lhe cabe como cidadão, pois afinal o que é cidadania para cada um de nós e como se constrói a cidadania. Utilizando-se de metodologia bibliográfico-documental, com abordagem qualitativa, o objetivo desse estudo consiste em uma reflexão sobre a educação para a cidadania enquanto Direito Fundamental e para tanto discute os conceitos, direitos e deveres visando a sua construção por meio do seu exercício.

Palavras-chave: Educação em Direitos Humanos. Cidadania. Conceitos. Educação. Direitos e Deveres.

CITIZENSHIP AS FUNDAMENTAL LAW: CONSTRUCTION FOR YOUR EXERCISE

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, section two, of its article 1 lists citizenship as the Fundamental Right of the Democratic State of Law. Thus, the importance of understanding what citizenship and its meanings are, usually not explained in the documents that intend to educate for citizenship, to raise awareness of the role of citizenship, for after all what is citizenship for each one of us and how citizenship is built. Using a bibliographical-documentary methodology, with a qualitative approach, the objective of this study is to reflect on education for citizenship as a Fundamental Law and to discuss concepts, rights and duties with a view to its construction through its exercise.

Keywords: Education in Human Rights. Citizenship. Concepts. Education. Rights and Duties.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se a cidadania está expressa na Constituição como Direito Fundamental do Estado Democrático de Direito[1], revela-se de importância indiscutível o interesse e a necessidade de se conhecer seus conceitos e significados a fim de que haja maior conscientização sobre o papel que cabe ao cidadão na sociedade.

O artigo primeiro da Constituição da Republica Federativa do Brasil (CRFB)[2] de 1988, no seu inciso dois estabelece: " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania;"

Se assim se estabeleceu e se nessa mesma Constituição encontram-se os direitos e deveres dos cidadãos essa temática se mostra relevante a fim de que cada indivíduo seja uma alavanca de mobilização para alcançar o respeito aos demais direitos fundamentais expressos na Lei maior.

A indagação seria como se constrói a cidadania a partir das garantias constitucionais para o seu

[1] Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Out 2017

[2] BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Out 2017

efetivo exercício e nesse contexto, no qual a cidadania é para todos e o seu alcance fica atrelado à educação que é a forma de fazer chegar a informação ao cidadão.

O conceito para educação, estabelecido por Machado Junior (2003) nos ensina que a educação é um direito que também se caracteriza como um direito social, direito de exigir direitos que conduz ao exercício da cidadania:

> A educação é um direito da personalidade, decorrente da simples existência do ser humano, que tem inicio com o seu nascimento e apenas termina com a sua morte. Esse direito não se refere tão somente a uma liberdade de aprendizagem (liberdade de pensamento de expressão e de acesso à informação), mas se caracteriza como direito social, pois todos podem exigir do Estado a criação de serviços públicos para atendê-lo, tendo como características de direito absoluto, intransmissível, irrenunciável e inextinguível. (MACHADO JUNIOR, 2003, p. 103).

A CRFB de 1988, conhecida como a constituição cidadã[3], possibilitou a abertura para políticas publicas para a promoção dos Direitos Fundamentais, em especial a educação para a cidadania, pelo que ser cidadão é ter consciência de que é parte integrante da sociedade e por isso tão importante conhecer e entender sobre seu papel enquanto desfruta de direitos civis e políticos e tem deveres a cumprir no Estado em que vive, pois ser cidadão implica em direitos e deveres.

A expressão cidadania recorrente nas mídias é um fenômeno social relevante a medida que converge para o conhecimento dos direitos do cidadão, pois compreende aspectos da vida em sociedade, seja por meio do voto, seja por meio da participação em movimentos sociais, conforme assinala Manzini Covre (2003, p.11):

> [...] penso que a cidadania é o próprio direito à vida no sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos do atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência, incluindo o mais abrangente, o papel do(s) homem(s) no Universo.

Nessa construção o individuo que participa dos destinos da sociedade quando vota ou sendo votado, e é possuidor do direito a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, onde a cidadania plena é construída historicamente pelos indivíduos e deve comportar os direitos civis, políticos e sociais:

> Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. [...] Mesmo dentro de cada Estado-nacional o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando ao longo dos últimos duzentos ou trezentos anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto de cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política de diferentes grupos (o voto da mulher, do analfabeto), quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos Estados aos que dela necessitam. (MANZINI COVRE, 2003, p. 9)

Com as alterações ao longo da história o que não mudou é que cidadão e sociedade existem mutuamente (MORIN, 2011, p.94) e os cidadãos produzem democracia, que produz cidadãos.

Esse estudo utiliza-se da metodologia da pesquisa bibliográfica e documental, tendo como objeto de estudo o conceito e os significados de cidadania que normalmente não são explicitados nos documentos que pretendem educar para cidadania e para conscientização do individuo quanto ao papel que lhe cabe como cidadão, que por meio de uma abordagem qualitativa, explora as fontes bibliográficas, por meio dos registros disponíveis e decorrentes de pesquisas anteriores (SEVERINO, 2016, p. 131), com o intuito de refletir sobre a educação para a cidadania enquanto Direito Fundamental e para tanto discute os conceitos, direitos e deveres visando a sua construção.

---

[3] Constituição foi denominada de cidadã por Ulysses Guimarães o então presidente da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte que declarou a entrada em vigor da Constituição de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf; Acesso em Out 2017

Pela importância de uma educação para a cidadania que traz por consequência o seu exercício constitucional, interferindo de forma incisiva nas relações sociais, é que esta temática ganha relevância.

2 CONCEITOS: CIDADÃO E CIDADANIA

Para uma melhor compreensão da temática objeto desse estudo tendo a cidadania como direito fundamental começamos com a tarefa de entendimento sobre o conceito de direito fundamental, bem como o conceito e significado das expressões cidadão e cidadania.

Sarlet (2012, p. 30) traça a distinção entre as expressões "direitos do homem" que são direitos naturais ainda não positivados, "direitos humanos" que são os direitos já positivados na esfera internacional e "direitos fundamentais" que são os direitos já reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado e ainda nos esclarece a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos comumente usados como palavras sinônimas, mas que se distinguem de maneira sutil:

> Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).(SARLET, 2012, p 29)

Temos, portanto, para referencia nesse estudo, a cidadania como direito fundamental já reconhecido na CRFB/1988 e, portanto, positivado, isto é, que faz parte do conjunto de regras que regem a vida social do cidadão.

Dimoulis (2012, p.40) conceitua direitos fundamentais como direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e com o conceito de direito fundamental que é o direito reconhecido e positivado na esfera constitucional de cada Estado, passa-se a investigar os conceitos de cidadão e cidadania.

Em princípio cidadania é associada a direitos e deveres, mas de sua conceituação inicial construída pelo pensamento grego Cardoso (2009, p.17) destaca o viés pelo interesse por assuntos de ordem pública e não apenas os de ordem pessoal:

> A palavra *cidadania* vem, obviamente, de cidade e o termo equivalente na língua grega é *pólis*, que deu origem à palavra *política*. Política em grego refere-se ao ato de organizar a *pólis*, a cidade. Cidadania, portanto, na cultura grega antiga, é algo ligado à política. Em outras palavras, cidadão é alguém que participa da vida da cidade: escolhe os dirigentes, participa das discussões sobre a organização da cidade, de seus problemas e soluções. Cidadão é alguém que se preocupa com questões que interferem na vida da comunidade, assuntos de ordem pública e não apenas com a sua vida pessoal e de sua família.

No dizer de Herkenhoff (2002, p. 6) o conceito de cidadania alargou-se para além do sentido civil e político, a cidadania abrange outras dimensões: a dimensão social; a dimensão econômica; a dimensão educacional e a dimensão existencial.

A dimensão social e econômica abarca os direitos do trabalhador e proteção ao consumidor entre outros, a dimensão existencial diz respeito à dignidade da pessoa humana e a dimensão educacional, que nos interessa nesse estudo, refere-se à educação como dever do Estado e da Família e direito de todos.

Para Maliska (2001, p.154) uma vez que na CRFB/1988 a educação é dever do Estado, o autor argumenta que oferecer e manter o ensino trata-se do mínimo em matéria de educação:

> Quanto ao direito à educação, uma situação que também o caracteriza de maneira especial em

> meio aos demais direitos sociais diz respeito à qualidade do direito subjetivo público no ensino obrigatório. Portanto, nesse aspecto, deve-se considerar que o Estado tem o dever, tem a obrigação jurídica de oferecer e manter o ensino público obrigatório e gratuito. Trata-se do mínimo em matéria de educação.

Tem-se o direito a educação e se o Estado tem o dever mínimo de fazer valer essa garantia, reforça-se que é através desse direito que vamos aprender o que é cidadania e o que é ser cidadão. Encontramos na Lei de Diretrizes Básicas (LDB), Lei nº 9394[4] de dezembro de 1996, em seu artigo 22[5], a expressão formação indispensável para o exercício da cidadania.

A educação é fundamental para o exercício da cidadania e é vista por Arendt (1973), como o direito a ter direitos:

> A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos. (ARENDT, 1973, p.125).

A importância de discutir o tema aparece no momento em que os documentos existentes sugerem desenvolvimento do indivíduo para que possa agir como sujeito de direitos, participando da vida coletiva sendo o seu empoderamento os propósitos da educação cidadã, construída por meio do seu exercício nos espaços públicos de convivência coletiva.

Assim, para Vieira (1998, p. 27) considera-se cidadão "[...] ser membro de pleno direito da cidade" sendo que seus direitos civis são direitos individuais e seus direitos políticos, alem de eleger representantes, também importam na condução dos negócios da cidade.

> A cidadania deve ser concebida como um direito, como já vimos, um direito fundamental, mas que também implique em intersubjetividade entre os cidadãos, de forma que exista dever de solidariedade entre os cidadãos. A cidadania, além de participativa, deve ser ativa, na busca da construção de uma sociedade mais livre e igualitária, através da solidariedade. (SMANIO, 2009,. p. 337).

Cidadania é um tema muito debatido e não há como se esgotar considerando a sua importância como direito fundamental para a democracia que implica em reportar-se aos direitos e deveres.

3 DIMENSÃO EDUCACIONAL DA CIDADANIA: DIREITOS E DEVERES

A educação é um direito assegurado na CRFB[6], no artigo 205 explicita o objetivo da educação que visa o desenvolvimento do individuo para o exercício da cidadania que pode ser alcançado por meio da Educação e que pode despertar para a realidade dos problemas coletivos e a necessidade de respeito aos direitos alheios.

> Art.205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Touraine (2000. P.348), vê a liberdade como a primeira das condições necessárias e suficientes à sustentação democrática. A outra condição para uma democracia sólida é a cidadania.

Nesse sentido o objetivo da educação é de contribuir na formação de cidadãos que segundo Rawls

[4] Lei nº 9394 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: Out 2017

[5] Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores. Lei nº 9394 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: Out 2017.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em out. 2017.

(2000, p.177) como membros da sociedade se veem a si mesmos como cidadãos livres e iguais e envolvidos numa cooperação social vantajosa para todos. E de acordo com Saviani (1986, p 82) podemos ter cidadãos com capacidade se expressar e defender seus pontos de vista se tiver garantida uma escola elementar e acesso a cultura letrada:

> Temos que recuperar e colocar no centro das nossas escolas, de modo a garantir que todas as crianças assimilem esses elementos, pois sem isso elas não se converterão em cidadãos, com a possibilidade de participar dos destinos do país, interferir nas decisões e expressar seus interesses, seus pontos de vista. (SAV IANI, 1986, p. 82)

Os cidadãos como membros da sociedade, seus principais atores, não devem ficar indiferentes e sim participar de forma ativa na sociedade, contribuindo assim para o bem estar geral e o desenvolvimento coletivo, por meio da consciência cidadã alcançado por meio da educação. "O Homem adquire certos conhecimentos, se instrui, se educa, se modifica, vai além se si mesmo" (FERREIRA, 1993, p. 220) e pela participação cidadã pode se entender que "O Estado de direito é o Estado dos cidadãos" (BOBBIO, 2004,p.31).

Ser cidadão, portanto, conforme Arendt (2003) é ter consciência de que é sujeito de direitos, e conforme expresso na CRFB/1988 é direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, enfim, direitos civis, políticos e sociais, no entanto, não se pode falar apenas em direitos, pois cidadania também pressupõe deveres, e para Dallari (1998, p. 14) cidadania expressa participação:

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

O exercício da cidadania, ao que parece, ainda se constrói, por meio de uma educação que deve se voltar a transformação da consciência coletiva conforme destaque de Gadotti (2000, p.9), com relação à educação e cidadania:

> Temos a tendência de desvalorizar o que fazemos na escola e de buscar receitas fora dela quando é nela mesma que deveria governa-se. É dever dela ser cidadã e desenvolver na sociedade a capacidade de governar e controlar o desenvolvimento econômico e o mercado. A cidadania precisa controlar o Estado e o mercado, verdadeira alternativa ao capitalismo neoliberal e ao socialismo burocrático e autoritário. [...] A escola precisa dar exemplo, ousar construir o futuro. Os educadores, numa visão emancipadora, não só transformam a informação em conhecimento e em consciência crítica, mas também formam pessoas.

Para Ferreira (1993, p. 12) muitas pessoas tem conhecimento mas vivem na condição de não cidadãos ao afirmar: "As pessoas precisam do conhecimento sistemático para chegar a ser "cidadãos", mas a posse desse conhecimento não garante a "conversão" para a cidadania".

São questionamentos da autora (FERREIRA, 1993) se o aprimoramento das técnicas pedagógicas tornaria possível socializar o individuo a ponto de integra-los ao sistema social, transmitindo-lhes cidadania e discorre:

> Os educadores que difundem a perspectiva hermenêutica admitem a formação da cidadania como a possibilidade de educar os alunos para participar ativamente da criação de uma sociedade melhor, mais igualitária, na qual haja comunicação intersubjetiva, Mas não discutem o quanto há de idealismo nessa posição. Não no sentido de projetar o ideal possível, mas de não evidenciar os óbices que devem ser vencidos para transformar esse real possível em real concreto. (FERREIRA, 1993, p. 15).

Para Giroux (1986, p. 252) a emancipação acontecerá pela dialética da critica/ação na sociedade e conclui "Uma teoria da educação para a cidadania terá que combinar critica histórica, reflexão critica e ação social."

> Essa teoria terá que recuperar os determinantes políticos do que a educação para a cidadania se tornou, e então decidir o que não se quer que ela seja, a fim de que um modo viável de teorização possa emergir. (GIROUX, 1986, p.252)

Seria essa dimensão educacional que dá ao individuo conhecimento para que ele possa se desenvolver e se integrar no meio em que vive, sem esquecer que está subordinado aos mecanismos que o Estado põe em funcionamento (FERREIRA, 1993).

Nesse contexto passa-se a abordar os deveres desse cidadão que conforme exposto na cartilha do cidadão[7], (BRASIL, 20012, P.14) são sete deveres:

> 4.2- Deveres principais a serem cumpridos
>
> Votar; Cumprir as leis; Respeitar os direitos dos outros; Cuidar dos nossos semelhantes; Preservar a natureza; Proteger o patrimônio público e social do país; Colaborar com as autoridades.

Parece simples cumprir com os deveres à medida que necessitamos desse cumprimento para usufruir com dignidade dos direitos, mas cabe refletir que a cada direito reivindicado implicitamente corresponde a um dever a ser cumprido.

O discurso recorrente refere-se a direitos, mas Nabais (2015)[8], defende trazendo a discussão sobre a face oculta do estatuto constitucional com relação aos deveres absolutamente necessária para a compreensão correta do lugar do individuo, e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem. Defende que os deveres dos cidadãos não podem deixar de vir antes dos direitos e propõe que os direitos e os deveres sejam colocados no mesmo plano constitucional, pois, tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo.

Parece ser anseio dos cidadãos brasileiros a disseminação da ideia de que também se tem deveres e não só direitos, e nesse aspecto é relevante para compreensão referir-se aos custos dos direitos sociais que se concretizam em despesas públicas que são deveres de todos os cidadãos (NABAIS, 2015).

Para Vieira (1998) é papel do Direito regular as relações entre os direitos e deveres da cidadania, cabendo ao cidadão desempenhar o seu papel enquanto integrante do Estado Democrático de Direito, que é de usufruir de direito e cumprir os deveres estabelecidos em lei.

> Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o individuo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. (VIEIRA, 1998, P. 41)

Para finalizar as palavras de Ferreira (1993), uma vez que não se trata de formar cidadãos para resolver sozinhos os seus problemas, mas com consciência de que precisam caminhar juntos:

> [...] A educação para a cidadania passa a ajudar o aluno a não ter medo do poder do Estado, nem tampouco ambicioná-lo como forma de subordinar seus semelhantes. Esta é a cidadania critica que almejamos. Aquele que esqueceu suas próprias utopias, sufocou suas paixões e perdeu a capacidade de se indignar diante da injustiça social não é um cidadão, mesmo que não seja um marginal. É apenas um NADA que a tudo nadifica. (FERREIRA, 1993, p.229)

Exercer cidadania, portanto, e ter consciência de suas obrigações e de cumprir seu papel perante a sociedade que é de obedecer às leis, lutando pela aplicação do que e justo e correto para usufruir dos direitos, pois, afinal direitos e deveres não podem andar separados.

Por fim, Cardoso (2008, p.17) diferencia cidadania ativa de passiva, "Enquanto a cidadania passiva apenas enfoca direitos e deveres na vida em sociedade, a cidadania ativa refere-se à participação na vida em sociedade." Na cidadania passiva o individuo reivindica quando algo lhe afeta diretamente, e na ativa destaca-se a necessidade de se conhecer a dimensão da força coletiva.

Uma cidadania ativa requer também a educação em Direitos Humanos e encontra-se no Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH, 2008, p.25) o entendimento sobre essa educação:

---

[7] A Cartilha do Cidadão. Disponível em: <http://www.escoladecidadania.org/arquivos/cartilha_do_cidadao.pdf>. Acesso em: out. 2017.

[8] Artigo de Jose Casalta Nabais. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em> out 2017

> [...] um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direito articulando as dimensões de apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos; a firmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos; a formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivos, sociais, éticos e políticos; o desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva; o fortalecimento de práticas individuais e sociais geradoras de ações e instrumentos a favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, assim como da reparação de suas violações.

Candau (2007, p. 404) descreve a Educação em Direitos Humanos como "processos de formação de sujeitos de direitos, ao nível pessoal e coletivo, que articulem as dimensões ética, político-social e as praticas concretas".

Assim, é necessário ficar atento para não se preocupar apenas com os direitos e deveres do individuo, dando foco no individual, para não se perder o verdadeiro sentido da cidadania que é a participação ativa na sociedade, dando foco no coletivo.

4 CONSTRUÇÃO DA CIDANIA PELO SEU EXERCICIO

A construção da cidadania se concretiza pelo seu exercício por meio da participação do individuo na sociedade e isso é ser cidadão.

A participação demonstra o interesse pelos problemas da sociedade que são problemas de todos e necessitam do envolvimento do cidadão, pois que "De fato, a palavra participação vem da palavra parte. Participação é fazer parte, tomar parte ou ter parte [...]" (BORDENAVE, 1994, p. 22).

A participação é aprendizado que se adquire apor meio da Educação. Para Bordenave (1994, p. 25) "o homem não nasce sabendo participar. A participação é uma habilidade que se aprende e se aperfeiçoa" e uma sociedade participativa é:

> [...] seria, então, aquela em que todos os cidadãos têm parte na produção, gerência e usufruto dos bens da sociedade de maneira equitativa. Toda a estrutura social e todas as instituições estariam organizadas para tornar isso possível. (BORDENAVE, 1994, P. 46).

Demo (1989, p. 73) referindo-se a importância de uma cidadania participativa, pondera que "[...] não é o Estado que emancipa a comunidade. É a comunidade que se emancipando, faz do Estado instrumento de sua emancipação".

A participação é o exercício necessário para a construção da cidadania que se concretiza por meio da educação, em especial a educação em Direitos Humanos que ainda pode-se dizer não é bem compreendida. Para Venturi (2010, p. 16) "pode-se afirmar que a maioria da população brasileira" mostra "baixo grau de conhecimento dos direitos humanos em sua amplitude" e, em consequência, "há muito a fazer em termos de difusão e educação em direitos humanos".

A falta de conhecimento aparece como fator que contribui para gerar a indiferença e apatia que impede o enfrentamento dos desafios e Delors (1998)[9], coordenador do "Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional Sobre Educação para o Século XXI", no livro *Educação: um tesouro a descobrir*, aponta como principal consequência da sociedade do conhecimento a necessidade de uma *aprendizagem ao longo de toda a vida* (*Lifelong Learning*) fundada em *quatro pilares* que são ao mesmo tempo pilares do conhecimento e da formação continuada, com ênfase para a cidadania, a qual destacamos:

> **Cidadania –** O que implica também tratar do tema da *autonomia* da escola, de seu *projeto político-pedagógico*, da questão da participação, da educação para a cidadania. Dentro desta categoria, pode-se discutir particularmente o significado da concepção de *escola cidadã* e que tornou-se hoje projeto e programa de muitas escolas e de sistemas educacionais.

[9] Relatório para a Unesco da Comissão Internacional Sobre Educação para o Século XXI", no livro *Educação: um tesouro a descobrir*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200002>. Acesso em: out. 2017.

No Fórum Educação para a Cidadania de 2008[10], que tratou da importância de desenvolver não apenas a educação, mas também a formação para o exercício da cidadania global, no prefacio (GRILO, 2008, p. 9) de certa forma induz os cidadãos a encarar o seu papel na sociedade:

> Mas a Cidadania não é apenas o conjunto de direitos e deveres que os cidadãos devem exercer e cumprir. O exercício da Cidadania é, sobretudo um comportamento, uma atitude e uma certa forma de ser, de estar e de fazer, em que cada um encara os problemas da sociedade em que se insere com a mesma prioridade com que aborda as suas questões individuais, atendendo aos direitos dos outros e em particular no respeito pela diversidade e pelas diferenças que caracterizam as sociedades em que vivemos nesta primeira década do século XXI;

A educação voltada à cultura de direitos humanos "tem de ser capaz, acima de tudo, de propugnar a construção de uma sociedade preparada para o exercício da autonomia, condição fundamental para o exercício da cidadania" (BITTAR, 2007, p.317). Nesse sentido, essa formação vai além do simples conhecimento, mas importa em desenvolvimento da capacidade de reflexão critica. E Carvalho (2004, p. 110) ressalta que "a ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política."

Para Santos (2003, p.37) é necessário ter acesso a informação para poder exercitar a cidadania de forma plena, pois é com o domínio dos códigos e instrumentos que a interação de processa:

> Compreendo cidadania como concernente ao ingresso na comunidade ético-discursiva (capacidade de participar nos negócios públicos), a competência argumentativa torna-se um elemento imprescindível para a intervenção na negociação pública das pretensões, posto que, para entrar numa relação dialógica, necessário se faz conhecer o modo como à linguagem é urdida. […] Assim, sem posse da informação e o domínio dos códigos e instrumentos em que a interação se processa, permitindo o acesso aos fóruns institucionais de intermediação, não há como exercitar a cidadania em sua plenitude. (SANTOS, 2003, p.37)

E para Teixeira (1986), necessariamente a construção da cidadania passa pela informação que é uma das questões mais importantes para formação do cidadão:

> Na minha maneira de entender, a questão da construção da cidadania passa necessariamente pela questão da informação, passa necessariamente pela questão dos meios de comunicação de um país. Não só diria que passa, como é fundamental a questão da informação na construção da cidadania, principalmente se pensarmos que para um indivíduo passivo se transformar num cidadão ativo obviamente tem que estar informado. Se quisermos, hoje, no Brasil, promover um movimento para que tenhamos um País de cidadãos ativos, na minha maneira de entender, a informação é uma das questões mais importantes, mais fundamentais para a formação desse cidadão, e é importante porque sem a informação o cidadão é alienado. [...] não é apenas acesso à informação, a necessidade da informação, para a construção da cidadania, para a construção de um cidadão ativo, mas igualmente o tipo de informação que circula. (TEIXEIRA, 1986. p. 237, 239 e 252).

Assim, a educação é o caminho para se garantir o exercício da cidadania no qual o cidadão exerce seu papel perante a sociedade sendo capaz de exigir seus direitos e cumprir com seus deveres. A cidadania, portanto, se constrói por meio do seu exercício.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o conceito de cidadania alargado e na sua dimensão educacional vemos a abertura para políticas publicas para a promoção dos Direitos Fundamentais, em especial a educação que forma o cidadão com interesse por assuntos de ordem pública e não apenas os de ordem pessoal.

Buscou-se demonstrar que a educação é indispensável ao desenvolvimento do ser humano e é o

[10] PORTUGAL. **Fórum Educação para a Cidadania** (2008). *Objetivos Estratégicos e Recomendações para um Plano de Ação de Educação e Formação para a Cidadania*. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/02/Obj_estrat_plano_educ_cidadania.pdf Acesso em: out 2017.

caminho a ser seguido para proporcionar ao cidadão a formação que o torne um indivíduo consciente com capacidade critica para participar da vida em sociedade e em prol da coletividade.

O Direito à educação é reconhecido por Lei e é a educação a responsável pelo desenvolvimento das capacidades humanas e que propicia a participação do individuo na comunidade que é um dos pressupostos da cidadania que é construída coletivamente.

Assim, a formação vai além do simples conhecimento, pois importa em desenvolvimento da capacidade de reflexão critica tão necessária para conscientização do papel do cidadão e a educação favorece esse conhecimento e a compreensão do que é ser cidadão.

Discutir sobre cidadania implica também em entender que além dos direitos também existem deveres, pois educar para a cidadania é dar ao cidadão consciência de que é sujeito de direitos como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, bem como seus deveres de cumprir a lei e respeitar o direito dos outros como parte integrante da sociedade.

Restou evidenciada a importância da temática cidadania para discussão e entendimento do seu significado e também pela importância de se buscar uma educação voltada para o seu desenvolvimento. Cidadania é um exercício de participação e essa ação é a forma pela qual se constrói. Essa participação do cidadão que se mantém as garantias legais, políticas e sociais.

Para manutenção das garantias constitucionais é que se sobressai a necessidade de movimentos que conscientizem e transformem a realidade. A proposta é de conhecer o significado de cidadania para exercitá-la na pratica, tirando do papel a exortação para de fato demonstrar pelas atitudes o conhecimento de seu verdadeiro sentido. Pela realidade vivida em um Estado Democrático de Direito é que se percebe que é pelo seu exercício que se constrói a cidadania.

A cidadania, portanto, se constrói a partir das garantias constitucionais e o seu efetivo exercício ocorrerá por meio da educação que dará ao cidadão o conhecimento necessário para o enfrentamento na busca na manutenção de seus Direitos. E se temos o direito à educação, reforça-se que é por meio desse direito que vamos aprender o que é cidadania e o que é ser cidadão.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah . **As origens do totalitarismo,** 3 Ed ª .reimpres. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1973.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 15 outubro 2017.

_____Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Ministério da Educação (2008). PNEDH **Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília.

BITTAR, Eduardo C. B. **Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al. Educação em Direitos Humanos*: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.

BORDENAVE, Juan E. D. **O que é participação**. 8 Ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In Educação em direitos humanos. Fundamentos teóricos- metodológicos. 2007. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/23_cap_3_artigo_01.pdf >; Acesso em 10 outubro 2017

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Fundamentos para Educação na Diversidade.** in. Acervo digital da UNESP. 2008. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155243/3/unesp-nead_reei1_ee_d01_s02_texto01.pdf>. Acesso em: 10 outubro 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Cidadania e Direitos Humanos. São Paulo Brasiliense, 1998.

DELORS, J. *Educação: um tesouro a descobrir.* São Paulo, Cortez, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>. Acesso em: 15 outubro 2017.

DEMO, Pedro. **Participação comunitária e constituição**: avanços e ambigüidades. São Paulo: Planpea, 1989.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: atlas, 2012.

FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania: uma questão para a educação.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GADOTTI, **Moacir. Perspectivas atuais da educação**. São Paulo Perspec. Vol.14, São Paulo Apr./June 2000 Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/spp/v14n2/9782.pdf. Acesso em: 12 novembro 2017.

GIROUX, Henry. **Teoria critica e resistência em educação.** Petrópolis: Vozes, 1986.

GRILO, Eduardo Marçal. **Fórum Educação para a Cidadania. Portugal** (2008). *Objetivos Estratégicos e Recomendações para um Plano de Ação de Educação e Formação para a Cidadania*. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp- content/uploads/2017/02/Obj_estrat_plano_educ_cidadania.pdf Acesso em: 10 outubro 2017

HERKENHOFF, João Baptista. **Cidadania para todos**: o que toda pessoa precisa saber a respeito de cidadania. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

MACHADO JUNIOR, Cesar Pereira da Silva. **O direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTR, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.

MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. **O que é Cidadania.** 3. ed. , 11ª reimpressão, São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARANHE. E. A; MORAES. M.R.S. (Orgs). *Introdução Conceitual para Educação na Diversidade e Cidadania*. Coleção UNESP - SECAD- UAB. São Paulo: UNESP. 2009. v.2.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasilia, DF: UNESCO, 2011.

NABAIS, Jose Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em> out 2017

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

Relatório para a Unesco da Comissão Internacional Sobre Educação para o Século XXI", no livro *Educação: um tesouro a descobrir*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200002>. Acesso em: out. 2017

SANTOS, Norma Lúcia Vídero Vieira. **Cidadania no discurso da modernidade**: uma interpelação à razão comunicativa. Ilhéus: Editus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVIANI, Demerval. **Educação, cidadania e transição democrática**. In: COVRE, Maria de Lourdes Manzini, org. **A cidadania que não temos**. São Paulo. Brasiliense, 1986.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico.** 24 Ed. São Paulo: Cortez, 2016

TEIXEIRA, João Gabriel Lima Cruz. **A construção da cidadania**. Brasília: UnB, 1986.

TOURAINE, A. **Crítica da Modernidade. O que é democracia?** 6.ed. São Paulo: Vozes, 2000.

VENTURI, Gustavo. O potencial emancipatório e a irreversibilidade dos direitos humanos. In: BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos**: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Gustavo Venturi (org.). Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** 2 Ed**.** Rio de Janeiro: Record, 1998.

INFREQUÊNCIA ESCOLAR MOTIVADA POR CONVICÇÃO RELIGIOSA

Vladimir Stolzenberg Torres Biólogo, Dr. em Informática na Educação

Secretaria Estadual de Educação Governo do Estado do Rio Grande do Sul *biologo.vladimir@gmail.com*

RESUMO: O presente estudo realiza uma discussão pertinente a antinomia decorrente de dois direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de crença religiosa e o direito à educação, onde o primeiro é empregado como mecanismo para justificar a ausência de estudantes as atividades de aula, particularmente nas sextas-feiras a noite e nos sábados. Evidencia-se que, no âmbito dos estabelecimentos de ensino público, a laicidade estatal acaba comprometida. Torna-se necessária uma normatização específica, mas, que ao construir uma solução para este dilema, não acabe por confrontar o art. 5° da Constituição Federal, segundo o qual, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]".

Palavras-chave: Direito à Educação. Infreqüência. Estado Laico. Religião.

ABSTRACT: The present study makes a relevant discussion of the conflict arising from two fundamental rights, namely, freedom of religious belief and the right to education, where the former is used as a mechanism to justify the absence of students in class activities, particularly on Fridays -Breakfast at night and on Saturdays. It is evident that, in the context of public education establishments, state secularism is compromised. A specific normalization is necessary, but, when constructing a solution to this dilemma, does not end up confronting art. 5 of the Federal Constitution, according to which, "Everyone is equal before the law, without distinction of any kind ...".

Keywords: Right to Education. Infrequency. Laic State. Religion.

1 INTRODUÇÃO

A educação encontra-se incluída em um amplo e constante debate, devido à sua importância perante a sociedade, e, decorrente disto associado ao passar dos anos, têm sido depositadas sobre o Estado as angústias de uma sociedade, justa, culta e com valores respeitados. Os artigos 6° e 205 da Constituição Federal encontramos positivado o direito subjetivo público social e fundamental à educação:

> Art. 6°. **São direitos sociais, a educação**, [...] (BRASIL, 1988). ***(grifo nosso)***

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos consagraram ao Estado à responsabilidade conjunta com outras instituições, de assegurar o direito à educação, para todos de forma gratuita e de qualidade, fazendo-se aqui menção a Anísio Teixeira que foi um dos primeiros a defender o direito à educação como direito de interesse público, promovido pela lei:

> "O direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do tipo de trabalho e do tipo de relações humanas. Dizer-se que a educação é um direito é o reconhecimento formal e expresso de que a educação é um interesse público a ser promovido pela lei" (TEIXEIRA, 1996).

A escola e a educação têm como principal fundamento o repasse de valores e conhecimentos básicos para os seus alunos, determinante este que acontece do professor – que é visto como mediador de conhecimento e que possui determinados tipos de poder – sobre os alunos, que formam sua identidade através da significação desses vários recursos. Segundo Barros e Mendonça (1998), a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um avanço para a sociedade, ao permitir maior autonomia e descentralização do ensino brasileiro.

Com isto, conforme Silva e Dallanol (2008), a escola se expressa como uma das mais importantes instituições da sociedade, uma vez que, a maioria dos indivíduos passa (ou passou) pelo menos um período de tempo inserido nesse contexto; com isto, se constituindo em uma das principais bases para a formação social do indivíduo, tendo em vista que, além da educação das disciplinas e seus conteúdos, é através dela que também são repassados valores sociais, morais e éticos.

Da desvinculação dos preceitos religiosos à vinculação ao Estado, o ensino brasileiro passou por modificações no que respeita a sua estrutura e funcionamento (COSTA; GUIMARÃES; ROCHA, 2015). O fato de ser um país secular, com separação quase que total entre Estado e Religião, não impede que se tenha na Carta Magna algumas referências ao modo como deve ser conduzido o Brasil no campo religioso. Tal fato se dá uma vez que o Constituinte reconheceu o caráter inegavelmente benéfico da existência de todas as religiões para a sociedade, seja em virtude da pregação para o fortalecimento da família, estipulação de princípios morais e éticos que acabam por aperfeiçoar os indivíduos, o estímulo à caridade, ou simplesmente pelas obras sociais benevolentes praticadas pelas próprias instituições.

Porém, decorrente de tal condição, o quadro de conquistas da educação brasileira choca-se com o problema infrequência escolar, por parte dos alunos que cursam o ensino regular. A questão da infrequência já é considerada uma preocupação nacional nas discussões e pesquisas educacionais afetando, principalmente, estudantes de escolas públicas.

Sabe-se, no entanto, que o primeiro passo para elevar o nível médio de escolaridade de um país é elevar a freqüência escolar e manter a criança na escola, garantindo-lhe o avanço de seus níveis educacionais. Em vista disso, têm-se pesquisas que avaliaram a importância das características familiares e comunitárias, bem como de outros fatores socioeconômicos, nos níveis de escolaridade alcançados por uma pessoa (HOLMES, 1999; TANSEL, 2000; BARROS et al., 2001; VASCONCELLOS, 2003).

A Constituição Federal de 1988 ((BRASIL, 1988)) assegurou em seu art. 5, VI e VIII a liberdade religiosa e seus desdobramentos, bem como direito à educação no art. 205 e seguintes. Na Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional – Lei Federal N° 9.394 (BRASIL, 1996), em seu art. 24, VI, estipula que para o aluno não ser reprovado por falta, deve apresentar um mínimo de 75% de presença nas aulas. Regra essa, que aparentemente em um juízo da razoabilidade, parece não apresentar descompasso algum.

Ocorre, porém, que no Brasil existem denominações religiosas que creem na guarda sabática. Do período do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado compreende-se o intervalo temporal em que os fiéis devem dedicar-se apenas a práticas de questões religiosas e filantrópicas.

Em razão disso, há uma questão delicada aos alunos sabatistas que estudam no período noturno em instituições de ensino regular. Em determinadas situações, algumas matérias que são lecionadas as sextas-feiras à noite e aos sábados, representam em suas cargas horárias totais, mais de 25% (vinte e cinco por cento) da disciplina. Os alunos sabatistas, nessa situação, são automaticamente reprovados por faltas.

Dessa forma, fica a questão: não se estaria, pelo menos, cerceando um dos direitos fundamentais, a saber, o direito a crença religiosa ou o pleno direito à educação ao se reprovar por falta, um aluno sabatista que não comparece as sextas-feiras à noite e aos sábados em virtude de sua crença religiosa, mas que apresenta um bom resultado nos demais critérios avaliativos?

Conforme Burgos et al. (2014), é de se considerar que, quanto mais velho seja o aluno, maior é sua autonomia para deliberar e assumir conseqüências de suas escolhas e decisões, por conseguinte, maior a sua própria autoria na decisão de não frequentar a escola ou simplesmente de deixá-la. Isso significa que o problema da infrequência e da evasão apresenta um primeiro momento no qual estaria mais aberto à

intervenção da sociedade (incluindo a família) e do poder público, muito especialmente da escola, e um segundo momento no qual estaria mais fechado, uma vez que mais condicionado a decisões individuais tomadas pelo estudante.

2 A HIERARQUIZAÇÃO DOS DIREITOS

De início, vale reproduzir a definição de direitos fundamentais do constitucionalista português MIRANDA (1993):

> *Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material.*

Conforme Silva (2016), os direitos fundamentais se constituem em direitos históricos, pois tem sua origem estabelecida a partir de determinado contexto cultural e social da humanidade, nascendo gradativamente, modificando-se e desaparecendo conforme as necessidades existentes nas sociedades em um dado momento (BOBBIO, 2004). Assim foi com o surgimento dos direitos de liberdade, dos direitos sociais ou prestacionais, dos direitos de solidariedade e assim será com os demais direitos que a humanidade eventualmente considerar como sendo fundamentais no decurso de sua história.

Segundo Shäfer (2001), nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto constitui uma contradição em termos. Apesar de os direitos fundamentais serem básicos, não são absolutos, uma vez que possam ser relativizados, neste aspecto, fundamentalmente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer *a priori* qual direito vai se estabelecer como o "vencedor" do conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista caso a caso.

> Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20:
>
> OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. **Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros**. ***(grifos nossos)***.

Uma das formas em que se evidencia a limitação ao exercício dos direitos fundamentais é quando ocorre colisão entre eles, ou seja, quando um direito fundamental, em uma mesma situação, entra em choque com outro direito fundamental. Assim, há colisão de direitos fundamentais quando "o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular" (CANOTILHO, 1992). Contudo, a jurisprudência pátria não tem desenvolvido técnica jurídica satisfatória, tanto para a caracterização do problema, quanto para a busca de solução. STEINMETZ (2001) relembra a pertinência do conflito de direitos fundamentais aos *hard cases* de Dworkin:

> As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis ou duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idênticas hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática.

O fenômeno da colisão entre direitos fundamentais assemelha-se ao conflito entre princípios, eis que o conteúdo de um direito fundamental é abrangente e abstrato, informativo de toda a atuação do poder público, sendo possível capturá-lo apenas diante da situação subjetiva materializada.

Para que reste caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, deve-se partir de duas premissas, quais seja, o entendimento de que os mesmos permitem o indivíduo a formular pretensões negativas ou positivas perante o Estado, ou seja, "fazer reivindicações, reclamar condutas estatais" (AMARAL, 2001) e a possibilidade de limitação.

Para Martel (2004), apresenta-se como controversa o aspecto de se estabelecer uma hierarquização entre os Direitos Fundamentais. Por um lado, defende-se a impossibilidade de um escalonamento *a priori* dos Direitos Fundamentais, por dois motivos essenciais: a) a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, ou seja, a igual relevância e a igual fundamentabilidade de cada um deles, além do entrelaçamento das suas concretizações; e b) o princípio da unidade da Constituição, ou seja, a noção de idêntica posição hierárquica das normas constitucionais, inclusive as enunciadoras de Direitos Fundamentais, muito embora a presença de antinomias seja algo evidente na Carta Magna. Por outro lado, defende-se que certos Direitos Fundamentais, por serem dotados de uma relevância intrínseca para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas, podem, razoável e justificadamente, receber posição hierárquica superior ante a outros Direitos Fundamentais. Assim, admitir a possibilidade de um ou mais direitos fundamentais serem superior aos demais é impor uma espécie de tirania de valor, esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais, observado diante da colisão entre os mesmos.

O STF, seguindo a orientação das cortes constitucionais italiana, alemã, portuguesa, francesa, espanhola e norte americana, posicionou-se no sentido de impossibilidade de escalonamento dos direitos fundamentais, gozando todos da mesma proteção constitucional. Com isto, a concepção de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional, conduz ao desenvolvimento de uma lógica flexível, ou seja, de balanceamento dos valores envolvidos na situação concreta, partindo de um juízo de razoabilidade no sentido extrair o conteúdo dos direitos fundamentais conflitantes para harmonizá-los, nem que dada as circunstâncias apresentadas, um prepondere sobre os demais.

Decorrente disto, entende-se que uma vez caracterizada a colisão entre direitos fundamentais (colisão *stricto sensu*), cabe ao aplicador da lei fazer uso do método concretista e, através da razoabilidade, ponderar os interesses, os bens jurídicos tutelados a fim de fornecer a melhor solução.

3 A QUESTÃO RELIGIOSA

Emmanuel Kant, há quase duzentos anos, afirmava:

> "Nosso século é particularmente o século da crítica [...]. A religião, alegando sua santidade, e a legislação, invocando sua majestade, querem a ela escapar; mas então excitam contra elas próprias justas reservas e não podem pretender merecer essa estima sincera que a razão oferece somente àquilo que pode suportar exame livre e crítico" (KANT, 1980).

Conforme Cunha et al. (2014), muitas pesquisas que buscam relacionar religião com a adolescência sugerem que a primeira esteja relacionada, ao que tudo indica, com a concepção de controle social. Para Regnerus e Elder (2003), ela representa um caminho através do qual os jovens são conduzidos (ou talvez induzidos) a não fazer algo que em outra situação fariam. Ao se considerar os denominados comportamentos de risco, como o uso de drogas, a violência no escolar, ou mesmo o consumo excessivo de bebidas alcoólicas, estudos mostram que jovens religiosos adotam atitudes diferentes dos não religiosos (CUNHA; RIOS-NETO; OLIVEIRA, 2014). Com isto, a religião gera um sistema de crenças que ocasiona a formação de um conjunto de normas direta e indiretamente relacionadas à competência dos adolescentes. Em decorrência disto, tem-se que a participação em grupos religiosos é vista como uma forma de promover valores convencionais, que proporcionam uma mais significativa interação, além de estabelecer limites sociais mais intensos e encorajadores da competência acadêmica e emocional. Evidencia-se, então, que as igrejas apresentam condições reforçadoras das relações de suporte e controle familiar, assim como também as normas baseadas no seu poder como uma instituição formal (REGNERUS; ELDER, 2003, CUNHA; RIOS-NETO; OLIVEIRA, 2014). Desta forma, a religião se expressa como uma segunda influência social nos adolescentes – onde a família é a primeira –, tal como a escola e os amigos, capaz de afetar as crenças, as atitudes e o comportamento, através de mecanismos como controle social, suporte social e valores

(REGNERUS; ELDER, 2003).

Cumpre-se registrar, no âmbito deste estudo, a grande importância do debate aqui proposto, visto que, no ordenamento jurídico brasileiro vigente não há regulamentação adequada para o assunto que será apresentado, vale dizer, trata-se da antinomia entre dois direitos fundamentais: a liberdade de crença religiosa e o direito à educação.

Oportuno se torna dizer que em determinadas situações ambos os direitos fundamentais destacados podem se confrontar. Nestes casos, cabe fazer as seguintes indagações: (a) qual direito deve sobrepor-se ao outro? (b) vale mais ser fiel aos dogmas da fé que professa e deixar de lado a educação e a cidadania ou compensa infringir as regras divinas e buscar o desenvolvimento pessoal através dos estudos?

"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Esta garantia, disposta no art. 205 da Constituição da República, transfere para a sociedade a responsabilidade conjunta de propiciar ao discente o seu desenvolvimento. Desafio enorme enfrentado especialmente nos locais com maior incidência de reprovação por questões, também, sociais e educacionais, quer pela falta de estabelecimentos adequados de ensino, professores capacitados, orientação e incentivo dos pais, dentre outros. Estudantes também não enfrentam apenas os problemas corriqueiros das salas de aula e convívio com seus próprios colegas.

Não há amparo legal ou normativo, no Rio Grande do Sul, para o abono de faltas a estudantes que se ausentarem regularmente dos horários de aulas devido às convicções religiosas. Para mais informações sugere-se consultar os seguintes pareceres: Parecer CNE/CES N° 336/2000 e o Parecer CNE/CES N° 224/2006[1].

Porém, um interessante acórdão, histórico, merece ser colacionado, qual seja:

> STF, MS 1.114, Igreja Católica Apostólica Brasileira X Presidente da República, j. 17.11.1949, rel. Hahnemann Guimarães, maioria (um voto vencido). Discute-se se a Igreja originada de um cisma da Igreja Católica Apostólica Romana podia ser impedida de funcionar, para evitar a confusão e o conflito entre ambas. O STF entendeu que sim. O Ministro Edgar de Costa (voto vencedor) disse: "**A liberdade de consciência e de crença, essa é, por dispositivo expresso na Constituição, inviolável e irrestrita. A liberdade do exercício de culto não é, porém,** absoluta. É relativa. **Subordina-se aos interesses da ordem pública, aos interesses dos bons costumes e vai até onde não interfira com a liberdade conferida ou atribuída a terceiros**." ***(grifos nossos)***

Além disto, o Conselho Nacional de Educação, através do Parecer CEB/CNE N° 15/99, já estabelecia:

> "Não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que, com base em suas convicções religiosas, deixam de comparecer às aulas em certos dias da semana".

Da mesma forma, o Conselho Estadual de Educação de São Paulo, através do Parecer CES/CEE N° 442/02, determinava:

> "No caso em tela, a obrigação de frequência, segundo o calendário escolar pré-fixado, é obrigação legal - que deriva da LDBEN - imposta a todos os alunos. E inexiste lei que submeta os estudantes objetores a prestações alternativas nesse campo. Portanto, a Instituição pode exigir dos estudantes de qualquer crença religiosa a obrigação legal de frequência, segundo o calendário pré-fixado para todos".

Necessário se faz ressaltar inexistência de lei federal que regulamente a questão, entretanto é bom trazer algumas leis estaduais que asseguram a liberdade de crença religiosa dos alunos em face das atividades acadêmicas que são realizadas durante o período sagrado. São elas:

[1] Gerado a partir do Processo N° 23001.000093/2006-61. Este parecer tem eficácia, independentemente de homologação, nos termos da Portaria/MEC N° 1.792, de 06 de novembro de 2006, publicada no D.O.U. de 7 de novembro de 2006, seção II, pág. 9 e nos termos da Síntese de Pareceres N° 1, republicada no D.O.U. de 15/01/2007, seção I, pág. 29-30, com retificação publicada no D.O.U. de 16/01/2007, seção I, pág. 11.

- Lei N° 12.142/2005 (ESTADO DE SÃO PAULO, 2005):

> Art. 2°. É assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa previsto no "caput" do artigo 1°;

A ADIn 3.714 foi ajuizada em 20 de abril de 2006 pela *Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen)* contra Lei Paulista n. 12.142/05, que assegura a "guarda sabática" se houver alegação de motivo de crença religiosa. Dita lei foi atacada sob os argumentos de que ela é inconstitucional, visto que houve invasão da competência legislativa privativa da União (cumpre destacar que apesar da referida lei ter sido totalmente vetada pelo Governador do Estado de São Paulo, a Assembleia Legislativa derrubou o veto, restabelecendo o ato normativo).

Desta lei, colaciona-se:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **EDUCAÇÃO E RELIGIÃO**. MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. **PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA**. LEI N. 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. **OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS**. 1. **A relação que existe entre a pessoa e a igreja** que profetiza a crença que elegeu **não cria qualquer obrigação para terceiros**, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa. 2. Recurso ordinário provido. (RMS n. 37.070 – SP, Rel. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 10/03/2014) ***(grifos nossos)***.

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – **Impossibilidade de impor obrigação à instituição de ensino**, **consistente em abonar faltas ou fixar prestação alternativa para cumprimento de atividades acadêmicas, por motivo de crença religiosa** – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. (TJ-SP 00014886420138260218 SP 0001488-64.2003.8.26.0218, Relator: Paulo Pastore Filho, Data de Julgamento: 14/07/2017, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/07/2017) ***(grifos nossos)***.

- Lei N° 11.662/1997 (ESTADO DO PARANÁ, 1997):

> "Art. 1°. Ficam os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular, de 1°, 2° e 3° graus, obrigados a abonarem as faltas de alunos, motivadas por princípio de consciência religiosa";

O Conselho Estadual de Educação de Paraná, através do Parecer CES/CEE N° 766/2008 estabeleceu que estando vigentes a Lei n° 11.662/97 e a LDB, Lei Federal N° 9.394/96, é preciso estabelecer uma compatibilidade entre elas. E, neste sentido, deve a instituição de ensino prever no seu regimento se e como fará o atendimento especial para que os alunos ausentes por motivo de "consciência religiosa" tenham oportunidade de apropriar-se do conhecimento e, assim, cumprir os requisitos mínimos de aproveitamento e freqüência escolar constantes da LDB.

- Lei N° 11.225/1999 (ESTADO DE SANTA CATARINA, 1999):

> Art. 2°. Os estabelecimentos de ensino da Rede Pública e Particular do Estado de Santa Catarina, ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa, estejam impedidos de frequentar as aulas ministradas às sextas-feiras, após às dezoito horas e aos sábados até às dezoito horas;

Posteriormente alterado pela Lei N° 14.607/2009:

> "O ... o caput do art. 2° da Lei N° 11.225, de 20 de novembro de 1999, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 2° Os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular do Estado de Santa Catarina ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa, estejam impedidos de frequentar

> as aulas ministradas às sextas-feiras após as dezoito horas, e aos sábados até o pôr-do-sol." (NR)
>
> §1° Para beneficiar-se do disposto neste artigo, o aluno apresentará ao estabelecimento de ensino declaração de congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando sua condição de membro da Igreja.
>
> §2° Na hipótese prevista neste artigo, o estabelecimento exigirá do aluno a realização de tarefas alternativas que supram as faltas abonadas.

- Lei N° 6.140/1998 (ESTADO DO PARÁ, 1998):

> Art. 2°. As instituições de ensino, tanto da rede pública quanto da rede privada, em todo o Estado, abonarão as faltas de alunos que, por motivo religioso comprovado, não possam frequentar aulas e atividades acadêmicas no período compreendido entre às 18:00 horas das sextas-feiras e 18:00 horas de sábados;

Respectivamente, (i) a lei paulista foi atacada sob os argumentos de que ela é inconstitucional, já que houve invasão da competência legislativa privativa da União, bem como, diz o pedido, as universidades, em razão da livre iniciativa científica e sócio-educacional, têm autonomia para a autorregulação sem qualquer intervenção estatal, além de não existir religião oficial própria do Brasil, todas são acolhidas, portanto, o País não pode ser submetido à deliberação de nenhuma delas; e, (ii) a lei paraense, segundo a tese postulante, é inconstitucional visto que houve invasão de competência, pois o texto legal trata de matéria que é de competência privativa da União.

No âmbito federal, cabe destacar o Projeto de Lei (PL) n° 2.171/2003, em tramitação no Congresso Nacional – o projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e agora está em tramitação para ser votado no Senado Federal –, que "dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa".

Apesar disto, colaciona-se:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. DECADENCIA AFASTADA. UNIVERSIDADE LEGITIMADA PARA A CAUSA. **ADVENTISTA DO SETIMO DIA. CURSO DE ARQUITETURA. FREQUENCIA AS AULAS.** CIENCIA ANTERIOR DO FATO. OBRIGATORIEDADE. 1. Decadência afastada já que a matricula foi efetivada no mês de agosto e o mandado de segurança foi ajuizado em setembro do ano de 2009. 2. [...] 5**. Permitir que a apelada deixasse de comparecer às aulas nas sextas-feiras a noite e nos sábados ou mesmo que se apresentassem em dias diversos dos demais integrantes do curso seria uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia. No caso não se pode sequer invocar a necessidade de tratamento desigual para os desiguais, basilar em se tratando de princípio da igualdade, já que a requerente tinha noção de que as aulas seriam naqueles horários.** Não houve imposição por parte da Universidade razão pela qual não pode a instituição de ensino ser responsabilizada por conceder privilégios em detrimento dos demais alunos da casa. 6. Apelação e remessa necessária providas. (APELREEX 200985000050837, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 02/06/2010 - Página: 727.) ***(grifos nossos)***.
>
> MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - **FALTA ÀS AULAS MINISTRADAS ÀS SEXTAS E AOS SÁBADOS** - RELIGIÃO ADVENTISTA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA 1. Muito embora possam as informações ser redigidas por terceira pessoa, via de regra devem ser subscritas pela própria autoridade coatora, já que são de sua responsabilidade pessoal. 2. [...]. 5**. Ressalto, entretanto, que a impetrante, ao se matricular** em Ciências Biológicas, na Universidade Católica de Santos - UNISANTOS, **tinha conhecimento da grade curricular do curso, da carga horária, bem como da freqüência mínima a que estaria obrigada para obter aproveitamento**. 6. No que diz respeito à bolsa de estudos, destaco que sua renovação vincula-se ao aproveitamento, o que não se verifica nos autos, uma vez que a impetrante reprovou-se em três disciplinas por não ter obtido o aproveitamento mínimo e não por faltas, como alega. 7. Apelação não provida. (AMS 00105438320084036104, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/09/2010 PÁGINA: 863. FONTE_REPUBLICACAO.) ***(grifos nossos)***

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. ALUNA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. HORÁRIO DIFERENCIADO DE ESTUDOS. IMPOSSIBILIDADE. **VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE CREDO RELIGIOSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADOÇÃO DE TRATAMENTO ISONÔMICO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ALUNOS**. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BENEFICÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. 1. A hipótese é de apelações interpostas contra a sentença que julgou improcedente o pedido de estudante de disponibilização pela Universidade de honorário alternativo para cursar disciplina em graduação ou a oportunização de desenvolvimento de atividades equivalentes, diante de sua impossibilidade de comparecer ao horário destinado às aulas em razão de culto religioso; deixando de condenar a autora em custas processuais e honorários advocatícios por ser beneficiária da Justiça Gratuita. 2. [...]. **4. Este Tribunal já analisou a questão em discussão (AGTR n° 120254-CE), tendo entendido inexistir ilegalidade no ato administrativo de indeferimento do pleito da estudante, visto que esta tinha prévio conhecimento quanto aos horários em que as aulas seriam ministradas no curso superior em que ingressara na UFC, ressaltando que haveria, ao revés, afronta ao princípio da isonomia ao se permitir que a aluna deixasse de comparecer às aulas nas sextas-feiras à noite, em nome da sua liberdade de crença.** Precedente: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. ALUNA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. HORÁRIO DIFERENCIADO DE ESTUDOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE CREDO RELIGIOSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADOÇÃO DE TRATAMENTO ISONÔMICO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ALUNOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. Agravo de instrumento em que a aluna recorrente, Adventista do Sétimo Dia, busca provimento judicial para lhe assegurar o oferecimento de horário alternativo de estudos em instituição de ensino superior, invocando a liberdade de culto prevista na Carta Magna 2. [...]. **4. Os estudantes que ingressam em instituição de ensino superior têm, dentre outros, o dever de freqüentar as aulas regularmente e obter média suficiente nos exames para assegurar a devida aprovação, sendo tais exigências impostas a todos os alunos, independentemente da convicção religiosa.** 5. Ao ingressar na Universidade a aluna tinha conhecimento de que as aulas já tinham seus dias e horários previamente definidos, como também estava ciente de que, em virtude da sua religião, não poderia frequentar as aulas das disciplinas que fossem oferecidas no período do chamado sábado bíblico. 6**. A exigência de que a instituição de ensino disponibilize horário especial de estudos e diferenciado, em relação aos demais alunos do curso, afronta o princípio constitucional da isonomia**. 7. Agravo de instrumento improvido. (AG 00153385220114050000, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE -Data: 02/02/2012 - Página: 144.)" 5. A isenção da parte vencida, beneficiária da justiça gratuita, do pagamento de custas e honorários advocatícios coaduna-se com inc. LXXIV do art. 5° da CF/88, não tendo o legislador constitucional desejado abrir exceção à norma posta no referido dispositivo constitucional. [...] 7. Apelações não providas. (AC 00048481820114058100, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 08/11/2012 - Página: 182.)

Em 2016 a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) negou provimento à apelação interposta por uma faculdade particular contra a sentença proferida pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF) que assegurou a uma aluna o direito de matrícula nas disciplinas de Bioquímica e Saúde Ambiental em horário que não coincidisse com outra disciplina de sua grade horária, mesmo que fosse em outro turno, em dia diverso do sábado em razão de sua convicção religiosa, uma vez que a impetrante é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia (Processo n°: 2008.34.00.0161733/DF).

A relatora, juíza federal convocada Hind Ghassan Kayath, em seu voto, destacou que a sentença da SJDF está em sintonia com o entendimento jurisprudencial do TRF-1, a respeito do tema, firmado no sentido de que crença religiosa constitui um direito fundamental, e não um privilégio, devendo ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado. A magistrada enfatizou, ainda, que "o dia de sábado é considerado dia de guarda para a religião da impetrante, por isso deve ser resguardado". Diante do exposto, o Colegiado, nos termos do

voto da relatora, negou provimento ao recurso de apelação da faculdade.

Por outro lado, de acordo com Oliveira (2017), é fato que a questão sobre a laicidade se expressa como um objeto com plena ênfase para uma discussão em nível nacional desde o processo de constituição

da República, ao menos enquanto temática de primeira ordem. Apesar disto, conforme Mariano (2011), por um significativo período de tempo aceitou-se que essa seria uma questão suplantada (ou em fase de ser), dada a separação formal entre Igreja e Estado, e decorrentemente deste aspecto, estaria já resolvida (ou em vias de se resolver) considerando o (esperado) crescente processo de secularização da sociedade, de tal modo que esse processo legitimaria e consolidaria o primeiro. Mariano (2011, p. 244) traz uma interessante definição de laicidade:

> […] *regulação política, jurídica e institucional das relações entre religião e política, igreja e Estado em contextos pluralistas. Refere-se, histórica e normativamente, à emancipação do Estado e do ensino público dos poderes eclesiásticos e de toda referência e legitimação religiosa, à neutralidade confessional das instituições políticas e estatais, à autonomia dos poderes político e religioso, à neutralidade do Estado em matéria religiosa (ou a concessão de tratamento estatal isonômico às diferentes agremiações religiosas), à tolerância religiosa e às liberdades de consciência, de religião (incluindo a de escolher não ter religião) e de culto*.

A teoria constitucional há muito tempo destaca, com base na doutrina norte-americana, a distinção entre "tratamento como igual" (*right to treatment as equal*) e "direito a um tratamento igual" (*right to equal treatment*). Daí, pois, que o princípio da igualdade tenha dois corolários: a) "proibição de diferenciação", em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual", que é a chave para a leitura dos artigos 4°, IV e 5°, caput e inciso VII, da Constituição, visando "proibir todas as diferenciações em que a religião é utilizada como critério para beneficiar uns e prejudicar outros, interferindo na igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos", mas não vedando "aquelas diferenciações que têm em vista possibilitar uma igual medida de liberdade religiosa" (MACHADO, 1996); b) "obrigação de diferenciação ", em que tratamento como igual "significa direito a um tratamento especial", possibilitando "disciplinas jurídicas distintas ajustadas às desigualdades fácticas existentes e à particular auto-compreensão das diferentes confissões religiosas" resultante do fato de que as "instituições políticas e sociais incorporam as necessidades e os interesses da confissão maioritária, deixando de lado as necessidades e os interesses das confissões minoritárias".

4 DISCUSSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz da problemática que se percebe, é interessante observar que na antinomia entre os dois direitos fundamentais apresentados: a liberdade de crença religiosa e o direito à educação, observa-se que apenas haja registro de Adventistas do 7° Dia se insurgindo, com a preconização da guarda mandamental do sábado enquanto sétimo dia (III Mandamento), conforme os escritos bíblicos:

> 8 Lembra-te do dia do sábado, para o santificar.
>
> 9 Seis dias trabalharás, e farás toda a tua obra.
>
> 10 Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhuma obra, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro, que está dentro das tuas portas.
>
> 11 Porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo que neles há, e ao sétimo dia descansou; portanto abençoou o Senhor o dia do sábado, e o santificou.
>
> (BÍBLIA, Êxodo, 20:8-11)

Porém, estudar não se confunde com trabalhar, sendo atividades completamente distintas, o que sugere a manipulação interpretativa com fins de obtenção de vantagens sobre os que professam outras crenças. Outro aspecto está na interpretação de que o sábado seja explicitamente o sétimo dia, quando, em verdade, por convenção social poderia ser domingo, ou seja, uma vez que o escrito é claro ("Seis dias trabalharás"), se percebe que os Adventistas do 7° Dia não almejam trabalhar, também, no domingo, com isto, desonrando a orientação divina de trabalhar seis dias.

Mas, não somente isto, considerando que se tratam de cristãos, é fundamental a leitura de passagem

do Novo Testamento:

> [27] E então lhes disse: "O sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado.
>
> [28] Assim, pois, o Filho do homem é Senhor até mesmo do sábado".
>
> (BÍBLIA, Marcos, 2:27,28)
>
> [8] Pois o Filho do homem é Senhor do sábado".
>
> [9] Saindo daquele lugar, dirigiu-se à sinagoga deles, e estava ali um homem com uma das mãos atrofiada. Procurando um motivo para acusar Jesus, eles lhe perguntaram: "É permitido curar no sábado? "
>
> [10] Ele lhes respondeu: "Qual de vocês, se tiver uma ovelha e ela cair num buraco no sábado, não irá pegá-la e tirá-la de lá?
>
> [11] Quanto mais vale um homem do que uma ovelha! Portanto, é permitido fazer o bem no sábado".
>
> (BÍBLIA, Mateus, 12:8-11)

Em seu art. 12, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992) estabelece:

> 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

Com isto, levando em conta o poder do Decreto Federal N° 678 (BRASIL, 1992), a liberdade de religião, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, em uma sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Ao se considerar a Lei Federal N° 9.394, e seu art. 24, VI (BRASIL, 1996) ao determinar que o aluno deve apresentar no mínimo 75% de presença para não ser reprovado por falta, sem a existência da possibilidade de abonar faltas a quem alegue motivo religioso, faz com que o direito à liberdade religiosa ou o pleno direito à educação seja mitigado no caso concreto. Isso porque o aluno que optar por preservar sua fé, praticando a guarda sabática, correrá o risco de ser reprovado por falta.

Como visto, outro direito joga um papel fundamental na solução de controvérsias desse jaez: o direito à educação. Dessa forma, o que está havendo é que direitos fundamentais, – direito à liberdade religiosa e direito à educação – estão sofrendo restrição com base em uma legislação infraconstitucional, quando na verdade essas restrições deveriam decorrer apenas de previsão constitucional ou emanar da necessidade de adequação de outros valores que também devam ser protegidos. E isso não é menos verdade no Brasil que na Europa, porquanto a Constituição Federal não apenas prevê tal direito (art. 6°), mas identifica um correlato dever do Estado e da família em assegurar a educação (art. 205) (BRASIL, 1988). Assim, na ponderação que deve ser feita entre direitos em conflito, a liberdade religiosa não pode ser garantida de uma forma tal que frustre o direito do discente à educação. Ao cuidar das exigências de frequência para a progressão escolar, a Lei Federal N° 9.394 (BRASIL, 1996), estabelece, como um dos requisitos para a aprovação, a presença do aluno em classe em pelo menos 75% das horas letivas. Ora, se a ausência a mais de 25% das aulas conduz à reprovação, por se considerar comprometido o aprendizado nessas circunstâncias, então não faz sentido prever a prestação alternativa em moldes que possibilitem a aprovação do aluno quando este se ausentar em mais de um quarto das aulas ministradas. E, na determinação da quantidade de faltas, devem ser levadas em conta todas as ausências, não apenas aquelas havidas no exercício da liberdade de religião.

Por outro lado, criar mecanismos legais de favorecimento a ausência escolar, motivada por questões de caráter religioso poderiam constituir uma porta convidativa para a fuga a qualquer vinculação à lei, fazendo ruir os fundamentos da vida em sociedade; cabendo recordar que a Constituição Federal estabelece em seu art. 5°, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...". É por isso que Pieroth e Schlink (2012), ao reportarem-se à objeção de consciência no Direito alemão, aludem a um "dever de explicação" por parte de quem dela faz uso. No Direito norte-americano, também se alude a uma prova de

sinceridade quanto à crença religiosa (sincerely held religious belief test).

Conforme se obtém de Habermas (2003), o Estado deve, obrigatoriamente, reconhecer o direito das comunidades de crença de se organizarem segundo suas próprias regras, expressar-se no espaço público e receber apoio do Estado. Isto, por outro viés, não significa poder ultrapassar os limites dos direitos republicanos de liberdade e autonomia. E, apesar do fato de que a linguagem religiosa deva estar presente no espaço do debate público, os argumentos religiosos não devem servir de fundamentação para decisões de governo, de administração pública ou jurídica.

Finalmente, evidencia-se, por conseguinte, que além da laicidade estatal, também os escritos bíblicos demonstram a inexistência de motivos para favorecimento de uma determinada religião em particular.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, R. P. de; MENDONÇA, R. **O impacto de três inovações institucionais na educação brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 1998. 61p.

BARROS, R. P. de; MENDONÇA, R.; SANTOS, D. D.; QUINTAES, G. **Determinantes do desempenho educacional no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2001. 33p.

BÍBLIA, A. T. Êxodo. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BÍBLIA, A. T. Marcos. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BÍBLIA, A. T. Matheus. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituição.htm>.

BRASIL. **Decreto Federal N° 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. **Lei Federal N° 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. **Parecer N° 15, de 04 de outubro de 1999**. Consulta sobre legislação pertinente ao tratamento diferenciado a aluno frequentador da Igreja Adventista do Sétimo Dia.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. **Parecer N° 336, de 19 de junho de 2000**. Consulta sobre a criação de turma no turno diurno para atender alunos adeptos da religião adventista.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. **Parecer N° 224, de 20 de setembro de 2006**. Consulta sobre abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido a convicções religiosas.

BURGOS, Marcelo; CARNEIRO, Aristóteles V.; MATOS, Marcelo; CAMASMIE, Mariana J.; CASTRO, Rafaelle; MONTEIRO, Sarah L. Infrequência e Evasão Escolar: nova fronteira para a garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Desigualdade & Diversidade**, n.15, p.71-105. 2014.

CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Mayjara R.; GUIMARÃES, Eusanir dos S.; ROCHA, Sílvia M. O. da. Sobre a infrequência de alunos no

ensino médio numa escola pública estadual do Maranhão. **Ensino & Multidisciplinaridade**, v.1, n.2, p.122-137. 2015.

CUNHA, N. M.; RIOS-NETO, E. L. G.; OLIVEIRA, A. M. H. C. de. Religiosidade e desempenho escolar: o caso de jovens brasileiros da região metropolitana de Belo Horizonte. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 44, n. 1, p.71-116. 2014.

HABERMAS, J. De la tolérance religieuse aux droits naturels. **Cités**, s/v, n.13, p.147-177. 2003.

HOLMES, J. **Measuring the determinants of school completion in Pakistan: analysis of censoring and selection bias**. New Haven: Yale University, Jan. 1999. 42p.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural. 1980.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra, 1996. 426p.

MARIANO, R. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v.11, n.2, p.238-258. 2011.

MARTEL, Letícia de C. V. Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. **Revista Seqüência**, v.48, p.91-117. 2004.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, A. "Estado Laico não é Estado Ateu": algumas reflexões sobre Religião, Estado e Educação a partir da "lei da Bíblia" em Florianópolis/SC. **Política & Sociedade**, v.16, n.36, p.449-473. 2017.

PARANÁ. CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE LEGISLAÇÃO E NORMAS. **Parecer N° 766, de 05 de novembro de 2008**. Consulta sobre abono de faltas e integralização de carga horária por alunos que se ausentam das aulas por convicção religiosa.

PARÁ. **Lei Estadual N° 6140, de 24 de junho de 1997**. Determina o período para realização de provas nos exames vestibulares no Estado do Pará e dá outras providências.

PARANÁ. **Lei Estadual N° 11.662, de 10 de janeiro de 1997**. Torna obrigatório aos estabelecimentos de ensino da rede pública e particular, de 1°, 2°, e 3° graus, a abonação de faltas de alunos, motivadas por princípio de consciência religiosa.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGNERUS, M. D.; ELDER, G. H. Religion and vulnerability among low-risk adolescents. **Social Science Research**, v.32, n.2, p 633-658. 2003.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual N° 11.225, de 20 de novembro de 1999**. Estabelece períodos para realização de concursos destinados a provimento de cargos públicos e exames vestibulares no Estado de Santa Catarina e adota outras providências.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual N° 14.607, de 07 de janeiro de 2009**. Dá nova redação ao § 1° do art. 1° e ao art. 2° da Lei N° 11.225, de 1999.

SÃO PAULO. **Lei Estadual N° 12.142, de 08 de dezembro de 2005**. Estabelece períodos para a realização de concursos ou processos seletivos para provimento de cargos públicos e de exames vestibulares no âmbito do Estado e dá outras providências.

SÃO PAULO. CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer N° 442, de 25 de outubro de 2002**. Escusa de consciência.

SHÄFER, Jairo G. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, C. M. C. da. O STF e a Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado**, v.3, n.1, p.68-80. 2016.

SILVA, F. P. da; DALLANOL, R. S. A educação como processo da formação social do indivíduo. In: 1° Simpósio Nacional de Educação e XX Semana da Pedagogia. **Anais do ...** Cascavel, 2008. Disponível em

<http://www.unioeste.br/cursos/cascavel/pedagogia/eventos/ 2008/2/Artigo%2007.pdf>. Acesso em 06 março 2018.

STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TANSEL, A. **Determinants of school attainment of boys and girls in Turkey: individual, household and community factors**. Ankara: Middle East Technical University. 2000. 21p.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um Direito**. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 1996.

VASCONCELLOS, L. M. **Frequência e atraso escolar e sua relação com a renda familiar no Brasil**. São Paulo, 2003. 128f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

GT27: GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO

A MULHER E SUA REPRESENTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Paula Pinhal de Carlos[1]

Ana Carolina Tavares Torres[2]

RESUMO: Na ininterrupta busca por direitos, as mulheres tem se organizado em busca de ocupação de espaços públicos de poder, acarretando a necessidade de equidade nas legislações nacionais com intuito claramente reivindicatório e transformador, cuja utopia transita entre reconhecimento enquanto cidadã e efetivação de direitos, garantias e oportunidades. Tal processo não é estanque, havendo a necessidade de contínua busca de mudança de mentalidade, e a consequente ruptura de conceitos estabelecidos por inúmeros anos, principalmente no que diz respeito à impossibilidade de tomada dos referidos espaços. Com o intuito de mudar o panorama imposto, um grupo de mulheres posicionou-se como representante da população feminina na Assembleia Nacional Constituinte formada para construção da Carta Magna brasileira: o denominado "Lobby do Batom". Avalia-se então a possível repercussão positiva do mesmo no desenho das políticas públicas destinadas às mulheres e à família brasileira, tendo em vista que as demandas pautadas pelo movimento foram amplamente abarcadas pela Constituição Federal de 1988, o que repercutiu em medidas que estão sendo implantadas (ou não) e na construção de um Estado com uma democracia mais justa e igualitária contemplando as transformações sociais que ocorreram desde então e demonstrando ser digna a carinhosa alcunha de "Constituição Cidadã" concedida à Lei Maior do Brasil.

Palavras-chave: Assembleia Nacional Constituinte. Mulheres. Movimento Feminista. Lobby do Batom.Espaço de poder.

ABSTRACT: In the uninterrupted search for rights, women have organized themselves in search of occupation of public power spaces, bringing about the need for equity in national legislations with a clearly demanding and transformative purpose, whose utopia transitions between recognition as a citizen and the realization of rights, guarantees and opportunities. This process is not watertight, and there is a need for a continuous search for a change of mentality, and the consequent rupture of concepts established over many years, especially with regard to the impossibility of appropriating these spaces. In order to change the imposed scenario, a group of women positioned themselves as representative of the female population in the constituent assembly formed to build the Brazilian Magna Carta: the so-called "Lobby of the Lipstick". The possible positive repercussion of the same is then evaluated in the design of public policies aimed at women and the Brazilian family, considering that the demands set by the movement were broadly covered by the Federal Constitution of 1988, which had repercussions on measures being implemented (or not) and in the construction of a State with a more just and egalitarian democracy contemplating the social transformations

[1] Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) e doutorado pelo Programa Interdisciplinar em Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina (2011), com período sanduíche realizado no Institut National DÉtudes Démographiques de Paris (França). É professora assistente III da Universidade La Salle, no qual atua como professora permanente do Mestrado em Direito e como professora da graduação em Direito e Relações Internacionais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: gênero e sexualidade.;

[2] Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), possui MBA em Business Law pela FGV/RS (2010), mestranda em Direito pela Universidade La Salle (2018). É advogada corporativa, tendo atuado por mais de 15 anos em empresas de grande porte. Vice-Presidente da Comissão Especial da Advocacia Corporativa da OAB/RS, membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS, membro da Divisão Jurídica da Federasul e fundadora do WLM BRAZIL, associação civil sem fins lucrativos que proporciona mentoria para jovens advogadas..

that have occurred since then and proving to be fair the affectionate nickname of "Citizen Constitution" granted to the Greater Law of Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Um novo momento constitucional vem sendo desenvolvido na América Latina ao longo dos últimos anos. Não sem uma série de esforços de todos os cidadãos, que lutam para fazer com que a participação popular seja levada cada vez mais em conta.

Impossível não reconhecer dentre os grupos organizados em prol do novo constitucionalismo o protagonismo de movimentos que, mesmo sem terem uma origem necessariamente feminista, identificaram a necessidade de contemplar nas constituições as necessidades históricas de busca de igualdade pelas mulheres.

Em relação ao Brasil, argumentam Silva e Wright (2015, p. 170):

> No Brasil, a exemplo de alguns países vizinhos, as mulheres atuaram decisivamente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, articulando democracia participativa e representativa e ampliando, de maneira extraordinária, os direitos de cidadania feminina.

Para tanto, será estudado, entre outras coisas, o denominado "Lobby do Batom", grupo de pressão formado por deputadas, feministas e ativistas do movimento de mulheres na Assembleia Geral Constituinte brasileira, pois, de acordo com Silva (2008, p. 1):

> Para que as futuras gerações compreendam o papel mobilizador e articulador deste lobby, é importante fazer um exame acurado deste fenômeno, identificando-o como um instrumento de participação jurídico-política que legou uma importante contribuição não apenas para as mulheres brasileiras, mas, sobretudo, para a sociedade na qual estas estão inseridas e também para o próprio Estado que, desde a promulgação da Lei Maior, fora obrigado a observar que a questão da igualdade de gênero é, a um só tempo, direito de todos e todas como também dever e obrigação das instituições estatais.

A ideia é que se tenha uma interessante oportunidade de reflexão sobre o processo de inclusão das mulheres em espaços de poder público, mais especificamente no debate constituinte brasileiro e "na luta pelo reconhecimento e inclusão de seus direitos na Constituição de 1988." (AMÂNCIO, 2013, p. 72), já que:

> Destarte, é importante lembrar que a ausência de direitos, percebida pelas feministas, faz surgir o feminismo. Podemos dizer que o feminismo nasce exatamente onde e quando as primeiras feministas perceberam que as relações sociais eram historicamente marcadas pela subordinação da mulher e pela sua exclusão dos espaços sociais e de poder. Ou seja, perceberam que a sua história era a história da ausência de direitos. O binômio feminismo/direito, portanto, se entrelaça desde a origem das primeiras lutas das mulheres por um lugar social. (SILVA, 2008, p. 5).

Ou seja, necessário que sejam identificadas as formas que as mulheres se posicionaram e se organizaram para impugnar o status estabelecido e reivindicar seu lugar à mesa do debate e como cidadã detentora de direitos, construindo, a partir daí, um espaço público mais equânime, sadio e livre de opressão.

2 FEMINISMO CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi pioneira dentre as constituições nacionais ao estabelecer igualdade de direitos e obrigações para ambos os sexos, formalizando uma mudança necessária na percepção de obrigações sociais diferentes existente entre os gêneros.

Importante ressalvar que a publicação da Carta Magna vem ao encontro de um momento histórico único que, nas palavras de Alves (2012, p. 133) reflete um novo tempo no que diz respeito às constituições:

> A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como novo paradigma no Estado Democrático de Direito. Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado "novo constitucionalismo latino-americano", que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

Não por outro motivo, nas palavras de Silva e Wright (2015, p. 172):

> (...) as atuais Constituições de países como Brasil 1988, Colômbia 1991, Argentina 1994 e Venezuela 1999, foram elaboradas ou reformadas após a vigência de ditaturas militares e da aplicação de políticas neoliberais em seus territórios, o que torna possível a afirmação de uma nova fase do constitucionalismo na região.

E no contexto acima referido nos deparamos com a criação da Assembleia Geral Constituinte brasileira que "valoriza a participação cidadã e a inclusão social por meio dos direitos fundamentais.". (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 172), oportunidade em que as mulheres, impulsionadas pela intenção de transformação e expansão da democracia brasileira, lá ingressaram com o firme propósito de representar as mulheres brasileiras.

> "Ato em que as constituintes, mulheres organizadas, bem como femininas, apresentaram suas demandadas ao Congresso Nacional Constituinte, obtendo êxitos imprescindíveis para uma sociedade que preze por progresso e desenvolvimento." (MOREIRA, 2016, p. 219).

A primeira consequência da Constituição Federal de 1988 é a identificação da previsão do artigo 5º "caput" de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)" acompanhada imediatamente pelo inciso I que prevê: "Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (BRASIL, 1988), assim como a introdução de acentuadas alterações no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição que é considerada a base da sociedade.

A merecida e tão esperada mudança da abusiva e tão historicamente reforçada desigualdade formal, conquistada através da Constituição Federal de 1988, restou efetivada em diversos artigos, muitas vezes aparentemente repetitivos, como o já citado artigo 5º, inc. I ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição") e o artigo 226, § 5º que estabelece: "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". (BRASIL, 1988).

> A primeira vista redundante diante da afirmação do princípio da igualdade, tais preceitos são de extrema importância se analisados sob a ótica histórica de obtenção de direitos, já que por vezes se faz necessário que o óbvio seja proclamado. Ao tratar dos direitos sociais, dentre os quais está o direito dos trabalhadores, a Constituição de 1988, em seu artigo 7º, inciso XVIII faz referência a "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias", ampliando, portanto, o período de licença a maternidade, antes de oitenta dias. Somado a esse direito, a mulher também goza de assistência gratuita de seus filhos dependentes, em creches e pré-escolas até a idade de seis anos e proteção do mercado de trabalho mediante incentivos específicos, bem como a vedação de qualquer espécie de discriminação em razão do sexo. (LUCAS, 2007, p. 147).

E não foram somente os artigos acima descritos os previstos na Constituição Federal de 1988, várias sutilezas foram acrescidas, de forma a ampliar o leque de previsões que reforçam o intuito definitivo de igualar os gêneros e alavanca-los para uma nova condição de sociedade, senão vejamos:

> A Constituição de 1988 teve a preocupação de tratar equitativamente os gêneros de forma expressa em vários dispositivos, reconhecendo definitivamente a igualdade de direitos e deveres entre os sexos. Igualados também na sociedade conjugal, garantiu-se à mulher o direito legal de conjuntamente com o marido fixar o domicílio mútuo. A partir de então, o planejamento familiar passa a ser tarefa de ambos os gêneros, em igualdade de condições, modificando-se assim o 'estatuto legal das mulheres e evitando-se a ocorrência de desigualdades também no núcleo familiar, de

> forma a refletir a ideia de democratização da família. No plano jurídico nacional a Constituição de 1988 significou um marco no tocante aos novos direitos da mulher e à ampliação da cidadania. Como documento jurídico e político das cidadãs e cidadãos brasileiros buscou romper com um sistema legal profundamente discriminatório negativamente em relação ao gênero feminino. Ao equiparar direitos e obrigações entre homens e mulheres, em todos os níveis, a Constituição ensina que a igualdade de homens e mulheres está contida na norma geral da igualdade perante a lei, bem como em todas as normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo. A abolição da desigualdade formal representou uma das maiores, se não a maior, das conquistas femininas. (LUCAS, 2007, p. 148).

O princípio constitucional da igualdade foi longe o suficiente para influenciar as relações domésticas e familiares, tornando, pelo menos formalmente, o casamento uma verdade sociedade de iguais:

> Podem ser apontadas quatro vertentes básicas ditadas pelos artigos 226 e seguintes da Carta Magna: a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescendo-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto conforme Emenda Constitucional nº.66/2010; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem. (MIRANDA, 2010, p. 13).

Mas tais conquistas não foram concedidas sem movimento e sem batalha. Para entendermos melhor as conquistas rapidamente explicadas acima, a discussão sobre relações de gênero e direito precisam se avaliados, principalmente sob o prisma do feminismo. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176).

Quando foi referido o novo momento histórico das constituições é importante observar que a situação do Brasil possuia algumas particularidades relevantes, pois:

> Além de ser um dos primeiros países da região a experimentar este processo de redemocratização e elaboração constitucional com ampla participação social, após 21 anos de ditadura militar, o fez com a presença não somente de forças políticas de esquerda e de movimentos sociais que representam ideias progressistas, mas com a ampla e organizada participação das mulheres, dentre elas muitas feministas, atuando no âmbito da Assembleia Constituinte. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176).

Ao que parece todos os bons ventos sopravam para a mudança, sendo, no entanto, necessária uma ligação, uma espécie de ponte, entre os movimentos das mulheres e a velha política masculina e ortodoxa, o que foi possível com a experiência que falaremos agora. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176).

A história de cada uma das mulheres envolvidas no movimento não é algo que não estivesse borbulhando na sociedade da época, o que se seguiu foi a consequência natural de uma sociedade em ebulição, delineada ao ritmo e compasso do contexto histórico.

3 O LOBBY DO BATOM.

A campanha "Constituinte prá valer tem que ter palavra de mulher!", do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM)[3] foi criada para levar as reivindicações do movimento social à Assembleia Nacional Constituinte, envolvendo mecanismos de articulação e comunicação com segmentos organizados em todos os estados e na Capital Federal. "A meta da Campanha era percorrer o país promovendo espaços de debates com os movimentos de mulheres, a fim de constatar quais eram os problemas enfrentados por elas, para só então elaborar propostas que iriam ser levadas ao debate constitucional." (AMÂNCIO, 2013, p. 77)

> Para a legislatura de 1987 a 1991 foram eleitas 29 mulheres ao cargo de deputadas federais. Essas

[3] O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985, vinculado ao Ministério da Justiça, para promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país. (BRASIL, 2018).

> parlamentares, embora com características discrepantes entre si, conseguiram se unir em prol dos interesses das mulheres durante sua participação na Assembleia Constituinte, se autodenominando bancada feminina. (VERAS, 2013, p. 13).

Lideranças das mais diversas origens, crenças e ideologias puderam contribuir para a elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras, entregue em março de 1987, nas mãos do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, e dos presidentes das Assembleias Legislativas nos estados da federação. Seguindo-se, a partir daí, um intenso trabalho de articulação que diuturnamente trazia os assuntos levantados para intensos debates legislativos. (AMÂNCIO, 2013, p. 79).

> Percebemos que a Sessão da Câmara de Deputados, na qual foi entregue ao Presidente da República, Ulysses Guimarães, a "Carta das Mulheres" e na qual foram proferidos alguns dos discursos foi um momento de desabafo das deputadas federais acerca dos desafios vivenciados pelas mulheres brasileiras, especialmente, na política, um território, ainda, dominados por homens. (CARVALHO, 2012/2013, p. 11)

Nesse diapasão surge o denominado Lobby do Batom, uma combinação realizada entre inúmeros grupos feministas brasileiros, dentre eles partidos políticos, notadamente da esquerda que, juntamente com 26 (vinte e seis) deputadas federais, ou seja, a bancada constituinte feminina, "que tinha como meta: a participação junto ao processo constituinte para que a Constituição Federal de 1988 ratificasse a cidadania às mulheres brasileiras" (CARVALHO, 2012/2013, p. 2) para que de maneira completamente inovadora fossem agraciadas as propostas requeridas pelas mulheres brasileiras, contemplando-as na Constituição Federal que estava nascendo, e acabou se tornando uma experiência sem precedentes de associação entre entidades governamentais e sociais, cujo saldo foi de 80% das reivindicações aprovadas.

As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre os gêneros, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da anticoncepção. (SILVA, 2011, p. 229)

> Não resta dúvida de que depois do lobby do batom o modo como mulheres fazem movimento social e político neste país nunca mais foi o mesmo. É fato incontestável que mulheres marcaram, de forma indelével, a Constituição Federal de 1988, uma vez que cerca de 80% de suas reivindicações foram incorporadas ao texto constitucional e convertidas em direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 9).

Tendo em vista todas as forças contrárias encontradas, relevante observar a necessidade de união de forças entre toda a bancada feminina, acarretando:

> Diversas formas de atuar e acumular forças, construindo, coletivamente, os direitos inseridos na Constituição, os quais, em sua grande maioria, correspondem às históricas demandas das mulheres brasileiras. (SILVA, 2011, p. 296).

Ou seja, com a união das mulheres constituintes foi sendo construído, não sem enorme habilidade, acordos horizontais, consensos parciais e redes intensas de colaboração que unificavam e tornavam permeável, de forma irreversível, o exercício das práticas de mobilização política feminina. (GRAZZIOTIN, 2013).

> As deputadas constituintes trataram de se irmanar e se articular contra as discriminações (veladas ou ostensivamente) sofridas. Passaram a afirmar uma identidade coletiva relacionada ao gênero e sua capacidade de participação política, o que as fez mais próximas do movimento de mulheres do que de seus próprios partidos, quebrando, com isto, um modo de fazer política voltado à obediência cega, às orientações partidárias e aos ditames das agremiações políticas. Esta postura revelou que tanto as parlamentares oriundas de partidos de esquerda como aquelas partícipes dos grupos políticos mais conservadores estiveram, por conta de sua participação no "lobby do batom", atentas às desigualdades de gênero presentes na vida social e no mundo político em particular. (SILVA, 2011, p. 205)

A participação popular foi essencial para legitimar a Assembleia Geral Constituinte, não sendo diferente com a atuação do Lobby do Batom, que ungiu e legitimou o evento, em especial a atuação da bancada feminina, que com a incrível capacidade de capilarização do movimento, transbordou suas competências

para o universo econômico e social extremamente diversificado do Brasil. (GRAZZIOTIN, 2013).

> Mulheres de todo os quadrantes, de condições econômicas e sociais as mais diversas, as heroínas populares da nossa epopeia jurídica, fizeram ouvir a sua voz por meio destes institutos de participação popular direta, ampliando e repercutindo de forma mais intensa a ação política da bancada feminina. (GRAZZIOTIN, 2013)

A luta feminina na Constituinte visava garantir os direitos específicos da mulher e expressava, também, a sua visão de país, sobre a questão econômica e a questão social de uma forma global.

> Por todo o exposto, a história (de resistência e conquista) das feministas, mulheres organizadas e constituintes, inegavelmente, deixaram um legado primordial à sociedade brasileira.
>
> Afirmaram-se enquanto sujeito político e foram em busca da igualdade de gênero. As lutas individuais e coletivas, cotidianas e extra cotidianas, resultaram em uma intensa militância em prol de conquista de direitos equânimes, justiça social, pleno exercício de cidadania. A mobilização que as feministas desempenharam na constitucionalização de seus direitos certamente foi indispensável para construir uma sociedade igualitária, que preze por valores democráticos. Os resultados colhidos após a redemocratização são consequências de vários entraves e, principalmente, da presença atuante de mulheres constituintes na Assembleia Nacional Constituinte. (MOREIRA, 2016, p. 252)

Relevante enfatizar que a vitória na validação das normas referentes à condição feminina na atual Constituição Federal, especialmente as que visam assegurar, constitucionalmente, a igualdade entre gêneros, tão habilidosamente conquistada pelo Lobby do Batom, "não constitui obra do acaso, vez que se relaciona com o conjunto de lutas históricas travadas pelos movimentos feministas e de mulheres com vistas à conquista da cidadania plena para a metade feminina de nossa sociedade". (SILVA, 2011, p. 44).

No entanto, apesar do que possa parecer, no Brasil há um número reduzidíssimo de estudos dedicados a evidenciar a participação das mulheres no importante "processo de constitucionalização de seus direitos e de afirmação da igualdade de gênero no país" (SILVA, 2011, p. 44), contribuindo para a manutenção de uma visão androcêntrica, principalmente na linha constitucional, que tem no gênero masculino como paradigma e representação de poder.

> Esta lógica, a meu ver, não permite capturar e compreender o processo de desenvolvimento dos direitos de cidadania feminina no Brasil, nem tampouco a nova realidade social, na qual as mulheres, apesar de ainda numericamente subrepresentadas, afiguram-se, cada vez mais e graças a um longo processo de empoderamento feminino, como sujeitos políticos, cidadãs participativas, e, portanto, como sujeitos jurídicos, titulares (além de coautoras) de direitos constitucionais. Assim, malgrado seja o texto da Constituição um documento produzido democraticamente, inexistia abordagem histórica democrática, generificada e interdisciplinar do processo de sua elaboração, o que contribuía, ainda mais, para a invisibilidade social e jurídico-processual dos novos sujeitos de direitos constitucionais, dentre eles, as mulheres. (SILVA, 2011, p. 45).

De fato, a existência do Lobby do Batom, e sua construção coletiva e democrática, foram relevantes para o entendimento crescente em relação ao gênero feminino e suas necessidades, especialmente por comprovar a força da união e da mobilização nacional em prol de um objetivo comum que, de maneira inteligente e criativa, teve o condão de alterar a condição subalterna da mulher como ente detentor de direitos, pelo menos do ponto de vista legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O texto da Constituição Federal do Brasil é transparente e considerado como um texto jurídico de caráter progressista com relação aos assuntos de gênero. É necessário, no entanto, que a garantia constitucional seja refletida no cotidiano das pessoas, infelizmente não é a prática nacional, pois a violência contra a mulher permanece como uma dura realidade, e as diferenças entre sexos encontradas no mercado de trabalho ainda são relevantes, consideráveis e

minimizadores dos potenciais femininos. (MIRANDA, 2010, p. 3)

Ou seja, apesar de não haver dúvida de que após a Constituição Federal de 1988 mudou de forma muito profunda o modo com as mulheres são representadas na sociedade, refletindo fortemente no reconhecimento de direitos e obrigações, ainda há um longo caminho a ser percorrido para a efetivação da igualdade plena entre o masculino e o feminino. Para Lucas (2007, p. 148), "(...) apesar do importante avanço no âmbito jurídico, ainda existem resquícios de uma sociedade conservadora, no que concernem as relações travadas na sociedade".

Infelizmente as previsões legais, tanto da Carta Magna, quanto em eventuais legislações esparsas, apesar de serem relevantes conquistas, não significam a possibilidade imediata de fruição, o que torna necessário inúmeros movimentos de reforço para fortalecimento e implantação das conquistas, evitando-se o risco de que seja entendido que o trabalho já foi todo feito, pois, nas palavras de Silva e Wright (2015, p. 188):

> Afinal, em que pese todos os esforços envidados pelos feminismos ao longo da história, fazendo uso dos mecanismos de que dispunham para lograr a completa superação de um velho paradigma, ainda vivemos, lamentavelmente, sob a hegemonia de uma cultura política socialmente deletéria, qual seja, a cultura patriarcal contra a qual é preciso que o novo constitucionalismo se insurja, a começar pela visibilização e valorização da ação política das mulheres.

Em relação aos cuidados necessários para a manutenção e aprimoramento das relevantes conquistas, importante lembramos os ensinamentos de Jon Elster (1990, p. 108, 109), no texto "Reflexões sobre a transição para o socialismo", em que escreve:

> "(...) os meios devem compartilhar a natureza dos fins, pois de outra forma eles os subverteriam. Esse argumento, embora atraente, não é muito sólido. Deve ser contrabalançado pela visão oposta de que os meios muito semelhantes ao final nunca nos levarão a ele, pois se pressupõe que quase já o alcançamos (...)"

Ou seja, é necessária plena ciência de que a previsão do artigo 5º de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)" e de que "Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (Brasil, 1988), estipula um meta, uma utopia que direciona a um querer social, ainda longe de ser conquistado.

Como nos lembra Galeano (2000, p. 102):

> (...) está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.

Sigamos caminhando, pois a sociedade ainda encontra-se em premente transformação e movimentos como o Lobby do Batom precisam ser reeditados e reforçados para que tornem possível a efetivação dos direitos juridicamente conquistados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano**: características e distinções. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n.34, p.133-145, ago.2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/363-1431-1-pb.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. **"Lobby do Batom"**: uma mobilização por direitos das mulheres. Revista Trilhas da História, Três Lagoas, v.3, n. 5 jul-dez, p. 72-85. 2013. Disponível em: <http://seer.ufms.br/ojs/index.php/RevTH/article/view/444/244>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Disponível em: < http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CARVALHO, Liandra Lima. **Um estudo sobre o "Lobby do Batom" no processo da Constituição Federativa de 1988.** Revista FAFI©, v. 3, n. 3, 2012/2013. Disponível em: < http://www.fescfafic.edu.br/revista/index.php/artigos/72-um-estudo-sobre-o-%E2%80%9Clobby-do-batom%E2%80%9D-no-processo-da-constituicao-federativa-de-1988>. Acesso em: 19 dez. 2017.

ELSTER, Jon. **Reflexões sobre a transição ao socialismo**. Lua Nova, n. 22, p. 107-131, dezembro, 1990.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. 7. ed. Trad. de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2000.

GRAZZIOTIN, Vanessa. **A bancada do batom e a Constituição cidadã**. Congresso em Foco. 2013. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/a-bancada-do-batom-e-a-constituicao-cidada/#header>. Acesso em: 18 dez. 2017.

LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion. **A luta das mulheres e a conquista da igualdade jurídica no Brasil**. Revista do Curso de Direito da FSG, ano 1, n. 2, p. 135-150. Jul./dez. 2007. Disponível em:< http://www.fsg.br/public/oldFiles/Documentos/DIR/Revista%20do%20Direito/revista_direito_2.pdf#page=135>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Homens e Mulheres**: a isonomia conquistada. Revista Eletrônica: direito, justiça e cidadania. V.4, n. 2, 2010. Disponível em: < http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MOREIRA, Laís de Araújo. **Direito e gênero**: a contribuição feminista para a formação política das mulheres no processo de (re) democratização brasileiro. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, v. 5, n. 01, 2016. Disponível em: < http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/25010>. Acesso em: 19 dez. 2017.

SILVA, Salete Maria da. WRIGHT, Sonia Jay. **As mulheres e o novo constitucionalismo**: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. Revista Brasileira de História do Direito. v. 1, n. 2, p. 170-190. Jul/Dez, 2015.

SILVA, Salete Maria da. **O Legado jus-politico do lobby do batom vinte anos depois**: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal. 2008. Disponível em: http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf. Acesso em 18 dez. 2017.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo da Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%C3%A3o%20para%20PDF%20.pdf. Acesso em 19 dez. 2017.

VERAS, Gabriella Galdino. **A representação feminina na política brasileira**: análise sobre a efetividade da cota de gênero prevista na Lei 9.504/97. 2013. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5139/1/RA20505675.pdf. Acesso em 18 dez. 2017.

LEI MARIA DA PENHA: AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PARA AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Caroline Machado de Oliveira Azeredo[1]

RESUMO: A Lei Maria da Penha foi criada visando a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a garantir a igualdade entre gêneros e o direito a uma vida sem discriminação e violência. O objetivo principal da pesquisa é analisar as medidas protetivas de urgência, bem como a Lei 13.641/2018, que torna crime o descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Palavras-chave: Violência de Gênero. Lei Maria da Penha. Medida Protetiva.

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero é um problema recorrente na sociedade brasileira. Dados apontam que 106.093 mulheres foram mortas de 1980 a 2013 no Brasil, a metade delas nesta última década. (WAISELFISZ, 2015). Todavia, o atual estágio civilizacional repudia a situação de opressão de gênero, passando os Estados e a sociedade a tomar uma série de providências para coibi-la.

O Brasil ratificou convenções internacionais buscando combater a discriminação contra a mulher e todas as formas de violência de gênero, dentre as quais merecem destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Constituição Federal também se preocupou em combater a violência no âmbito da família e a discriminação contra a mulher, consagrando princípios, garantias e direitos, com ênfase no artigo 226, § 8º, que comanda a criação de mecanismos para coibir a violência nas relações familiares.

Desta forma, a Lei Maria da Penha foi criada visando a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo mecanismos de prevenção e assistência, medidas protetivas, criação de Juizados, dentre outras inovações.

O objetivo desse artigo é analisar as medidas protetivas de urgência, bem como a Lei 13.641/2018, que torna crime o descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

2 A LEI MARIA DA PENHA NO CONTEXTO DO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Para entender o fenômeno da violência contra a mulher, é necessário falar sobre gênero. O conceito de gênero foi elaborado a partir dos anos setenta, na segunda fase do feminismo, principalmente no campo das ciências sociais, sendo incorporado às diversas correntes feministas. Conforme Scott (1990), o gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, fundado nas diferenças percebidas entre os sexos. E, ainda, o gênero é uma primeira maneira de dar significado às relações de poder. Logo, existe uma diferença entre sexo e gênero, sexo é a categoria biológica, e gênero é a expressão culturalmente determinada da diferença sexual. Nesse contexto, Meyer (2007) define gênero:

> O conceito de gênero passa a englobar todas as formas de construção social, cultura e linguística implicadas com processos que diferenciam mulheres de homens, incluindo aqueles processos que

[1] Mestra em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE), especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) e bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE). Advogada e Analista Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade La Salle. carolineazeredoadv@yahoo.com.br

> produzem seus corpos, distinguindo-os e separando-os como corpos dotados de sexo, gênero e sexualidade. [...] Gênero aponta para a noção de que, ao longo da vida, através das mais diversas instituições e práticas sociais, nos constituímos como homens e mulheres, num processo que não é linear, progressivo ou harmônico e que também nunca está finalizado ou completo. (MEYER, 2007, p. 16).

Para Teles e Melo (2002, p. 16), o termo gênero é utilizado para demonstrar as desigualdades socioculturais existentes entre homens e mulheres, que repercutem na esfera da vida pública e privada, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente e estabelecem relações de dominação e submissão.

Desse modo, as diferenças entre homens e mulheres não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que são construídos socialmente o feminino e o masculino em diferentes sociedades e em diferentes épocas, fomentando as desigualdades. Portanto, é a cultura que proclama, por exemplo, o lar como lugar da mulher, da submissão ao homem. Especificamente, qualquer transgressão da mulher ao papel social feminino e a preponderância do poder masculino, acredita o homem poder agredi-la.[1]

A partir da categoria gênero, introduzida nos estudos sobre violência contra a mulher, surge uma nova terminologia, qual seja, "violência de gênero"[2]. Antes de analisar a violência de gênero, Grossi (1998) ressalta que a categoria *violência contra a mulher*, hoje de grande acepção no Brasil, passou a fazer parte do senso comum crítico a partir das mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres no final dos anos setenta. Em razão das inúmeras denúncias de *violência contra a mulher*, no âmbito familiar, o termo é usado como sinônimo de *violência doméstica.*

A partir dessa abordagem, cabe trazer a definição do termo "violência de gênero", frequentemente utilizado como sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica[3]. Apesar da sobreposição existente entre esses conceitos, há especificidades em cada um. A violência de gênero é mais geral. Abrange a violência doméstica e a familiar. Desta forma, para compreensão do tema, aborda-se o conceito de violência de gênero.

> [...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. (TELES; MELO, 2003, p. 18).

Strey (2004) sustenta que embora a violência de gênero possa incidir sobre homens e mulheres, pesquisas demonstram que a mulher é a maior vítima desse tipo de violência, com consequências físicas e psicológicas muito graves. Portanto, a autora entende que a violência seja, quase, sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica e familiar, embora com suas peculiaridades. E, ainda, define violência de gênero como o ato violento em função do gênero a que a pessoa pertence. Portanto, a violência é praticada porque a vítima é mulher ou homem.

Para tentar romper com essa cultura de práticas violentas contra a mulher, e retirar do espaço doméstico o problema, foi promulgada a Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu o apelido em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica em razão da violência doméstica perpetrada por seu ex-marido, ainda na década de 80. Seu ex-marido, um professor universitário, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirando contra ela, e na segunda tentando eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Maria da Penha ficou paraplégica.

As investigações começaram em 1983, mas a denúncia foi oferecida em 1984. Em 1991, o agressor foi condenado a oito anos de prisão. Recorreu em liberdade e, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Em

[2] Segundo Izumino (2004), "[...] a partir dos anos 90 a categoria violência de gênero passa a ser utilizada para definir a violência como aquela que é praticada contra a mulher por ela ser mulher, ou seja, como resultado dominação do homem sobre mulher.

[3] Izumino, no trabalho Juizados Especiais Criminais e a Violência de gênero, tece críticas quanto ao modo como a literatura sobre o tema tem utilizado o termo "violência de gênero". A autora aduz que o paradigma do patriarcado deve ser abandonado, pois ele é insuficiente para explicar as mudanças do papeis sociais e do comportamento de muitas mulheres diante da violência. Para Izumino quando se define violência de gênero como uma relação de dominação patriarcal, o poder das partes segue concebido como algo estático. (IZUMINO, 2005, p. 12-13).

1996, o agressor foi condenado à pena de 10 anos e seis meses. Foi preso em 2002, após 19 anos e seis meses dos fatos. Cumpriu apenas dois anos de prisão e hoje está em liberdade.

Em razão da demora na punição do agressor pelas leis da época, a repercussão foi de tal ordem que, com a ajuda de organizações de defesa dos direitos humanos - Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL)[4] e o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM)[5] - foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA denúncia relativa à impunidade do crime cometido contra a vítima. Aceita a denúncia, em 2001 o Estado brasileiro foi condenado internacionalmente.

O Relatório da OEA reconheceu a omissão e a negligência do Brasil em relação à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual" e "completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia".[6]

Em 2002, as organizações não governamentais Feministas Advocacy, Agende, Themis, Claden/Ipê, CEPIA e Cfemea reuniram-se para elaborar um anteprojeto de lei para combater à violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal projeto foi apresentado, em março de 2004, à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República – SPM, que instituiu um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar um Projeto de Lei tratando sobre mecanismos de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres (Decreto 5.030, de 31 de março de 2004).

Após diversos debates com representantes envolvidos na temática, em novembro de 2004, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei sob o nº 4.559/2004, que tinha como ementa a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dava outras providências. A relatora do Projeto de Lei, Deputada Jandira Feghali, realizou audiências públicas em vários Estados.

O Projeto de Lei foi aprovado nas duas casas legislativas e culminou na Lei 11.340/2006, sancionada pelo Presidente da República e publicada em 7 de agosto de 2006, com entrada em vigor em 22 de setembro do mesmo ano, denominando-se "Lei Maria da Penha".[7]

A Lei Maria da Penha é fruto de uma mudança na forma de enfrentar o problema da violência doméstica, com importante contribuição das feministas. Ela reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica. Ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres

---

[4] O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) é uma organização não-governamental, criada em 1991 como um consórcio de organizações de direitos humanos da América Latina e do Caribe. O objetivo principal é alcançar a plena implementação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno dos estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

[5] O Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) está constituído no Brasil desde 1995. É uma Organização regional que articula pessoas e organizações feministas da America Latina e Caribe. (CLADEM, 2014).

[6] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia, com base nos artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A denúncia alegou a tolerância do Brasil para com a violência sofrida por Maria da Penha, por não ter tomado as providências para processar e punir o agressor. Concluiu que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. A Comissão recomendou ao Estado brasileiro que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomendou a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref19>. Acesso em: 25 out. 2013.

[7] Há críticas acerca de uma lei que apresenta o nome de uma pessoa, pois ela pode ser interpretada de uma forma simbólica, mas, por outro lado, perde uma das suas principais característica, que é a impessoalidade. Sobre essa crítica ver Montenegro (2015, p. 106-113).

como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 9). A luta por direitos representa importantes avanços legislativos e políticas públicas. A elaboração e o processo legislativo contaram com a mobilização de organizações e movimentos feministas, que constituíram um campo de poder decisivo para a conquista de novos direitos.

De acordo com Azevedo (2008), "a elaboração da Lei nº 11.340/06 parte, em grande medida, de uma perspectiva crítica dos resultados obtidos pela criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) para o equacionamento da violência de gênero". A crítica sempre centrada contra a chamada banalização da violência com a aplicação de uma medida alternativa correspondente ao pagamento de uma cesta básica pelo acusado.

A promulgação da lei possibilitou, como um primeiro impacto, a mensagem massiva de que o Estado repudia a violência de gênero. Obviamente que essa construção de abominação sobre a violência não foi realizada somente em função do dispositivo legal e sim pelo espaço conquistado pelas mulheres na sociedade a refletir em mudanças no ordenamento jurídico. Dessa forma, há um mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção e a proteção das mulheres em situação de violência.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha reconheceu a necessidade de erradicar ou minimizar a opressão e a violência física e psicológica sofrida pela mulher ao longo dos anos, através de diversos instrumentos passíveis de enfrentamento do problema. Portanto, a Lei está voltada para a promoção da equidade de gênero e para a redução das diferentes formas de vulnerabilidade social, apontando a necessidade de políticas públicas articuladas e capazes de incidir sobre o fenômeno da violência contra a mulher. (BARSTED, 2011, p. 17).

A Lei 11.340/2006 não criou novos tipos penais, mas acrescentou à parte final do artigo 61, II, f, do Código Penal mais uma circunstância agravante: "[...] com violência contra mulher na forma da lei específica"[8] e alterou o artigo 129 do Código Penal, com o acréscimo de pena introduzido no parágrafo 9º. O artigo 129 do CP descreve o crime de lesão corporal como "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", estabelecendo a pena de detenção de três meses a um ano. Se a violência ocorre no ambiente doméstico (parágrafo 9º), a pena passa a ser de três meses a três anos, antes a pena era de seis meses a um ano. Houve somente mudança no limite mínimo e máximo de duração da pena. E, ainda, acrescentou um parágrafo ao artigo 129 do CP, aumentando a pena em um terço para quem pratica lesões corporais contra vítima portadora de deficiência, na hipótese do parágrafo 9º.[9]

Com a criação da Lei Maria da Penha, o problema da violência doméstica é tratado de forma integral, com medidas de natureza penal e extrapenal. De acordo com Campos e Carvalho (2011), "a lei se desvincula daquele campo nominado exclusivamente como *penal* e cria um sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da lei". *À vista disso,* rompe com a visão meramente punitivista e incorpora as perspectivas da prevenção, assistência e contenção da violência, além de criar medidas protetivas de urgência e juizados especializados. (CAMPOS, 2015, p. 520).[10]

Conforme determinado pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, a Lei Maria da Penha vem para assegurar os direitos das mulheres em situação de violência (art. 1º):

---

[8] CP, art. 61: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica. [Grifo nosso].

[9] CP, art. 129, § 9º: Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência

[10] Nesse sentido, Pasinato (2015, p. 534) afirma que "a Lei Maria da Penha classifica-se como uma legislação de 'segunda geração' que atende às recomendações das Nações Unidas para adoção de medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres que extrapolam as ações de justiça criminal, punitivas e restritivas de direitos para os agressores, e promovem o acesso das mulheres ao direito de viver sem violência".

> Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Ao mudar a expressão *vítimas de violência* para *mulheres em situação de violência* o objetivo é oferecer uma alternativa para mulher. O termo "vítima" indica verdadeira complexidade da situação de violência doméstica, para além dos preceitos classificatórios e dicotômicos do direito penal ortodoxo (p. ex. Sujeito ativo e passivo, autor e vítima). (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

> A expressão mulheres em situação de violência foi consolidada e indica a recuperação da condição de sujeito. Ao mesmo tempo, a expressão permite perceber o caráter transitório desta condição, fato que projeta o objetivo da Lei, que é a superação da situação momentânea de violência em que vivem estas mulheres. (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 146).

Há um deslocamento discursivo que coloca a mulher em outro lugar, em um lugar de transição de uma situação vitimizante para a de superação. (CAMPOS; CARVALHO, 2011). Sendo assim, a mudança no termo tem como objetivo demonstrar a situação momentânea de violência e a possibilidade de a mulher recuperar a sua autonomia. A mulher não é mera vítima, ela tem autonomia e poder para romper o ciclo de violência e recuperar sua condição de sujeito. Para tanto, há a necessidade de combinar inúmeras e efetivas políticas públicas além do âmbito criminal/judiciário, estendendo-as para várias áreas, como por exemplo, de saúde pública e educação.

Dentre suas principais características destacam-se a perspectiva da complexidade da violência doméstica e familiar visualizada pelo tratamento integral, multidisciplinar e em rede; a tutela penal exclusiva para as mulheres e a criação da categoria normativa de violência de gênero; as definições de violência para além dos tipos penais tradicionais (violência física e ameaça); a unificação dos procedimentos judiciais cíveis e criminais em um mesmo juizado em virtude de um único fato gerador – a violência – evitando-se que a mulher tenha de percorrer duas instâncias judiciais; as medidas protetivas de urgência que objetivam oferecer um mecanismo rápido de contenção da violência sem necessariamente instaurar um inquérito policial; as medidas extrapenais, de natureza preventiva, que pretendem intervir no contexto cultural para mudar as noções estereotipadas de gênero; a redefinição da expressão "vítima" (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Verifica-se que, com a edição da Lei Maria da Penha, o Estado cumpre sua obrigação de proteção constitucional e internacional, bem como estabelece jurisdição e mecanismos específicos para prevenção, assistência, proteção e garantia dos direitos da mulher em situação de violência.

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SEU DESCUMPRIMENTO

A previsão de medidas protetivas de urgência constitui um dos aspectos mais inovadores da lei, pois diferentemente da lógica do processo penal, na qual as prisões provisórias adquirem o papel de medida cautelar por excelência para proteção da vítima contra a reiteração delitiva, a Lei Maria da Penha ofereceu uma série de possibilidades para além da prisão cautelar – embora a prisão preventiva seja mantida como possibilidade. (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 148).

O caráter de urgência recomenda que os pedidos tramitem de forma independente da investigação criminal constituindo um procedimento administrativo próprio (artigo 12, III) com informações relevantes e suficientes para dar conhecimento ao juízo competente a respeito da situação de vulnerabilidade e risco na qual a mulher se encontre. Dadas as características da violência doméstica e familiar (que ocorre predominantemente no espaço privado, quando o(a) agressor(a) se encontra sozinho(a) com sua vítima, que sucede de forma recorrente dada a intimidade e coabitação entre as partes, entre outras características), o relato da situação deve basear-se especialmente nas declarações da mulher, que deve ser orientada a

descrever os fatos de forma mais detalhada e completa possível. (PASINATO et al., 2016).

As medidas protetivas poderão ser concedidas pelo Juiz, a pedido da ofendida e do Ministério Público.[11] A autoridade policial deverá tomar as medidas cabíveis no momento que tomar conhecimento do fato, bem como o Ministério Público tem igual compromisso.

A vítima, ao registrar a ocorrência na polícia, pode requerer as medidas protetivas. Assim, quando houver necessidade da concessão das medidas protetivas, a autoridade policial (que recebeu a denúncia) deverá remeter ao juízo expediente apartado no prazo de 48 horas. A decisão do magistrado deve se efetivar no prazo de 48 horas, independentemente de audiência das partes ou de manifestação do representante do Ministério Público. Cabe ao juiz também, quando for o caso, encaminhar a mulher ao serviço de assistência judiciária e comunicar o Ministério Público para que adote as mediadas cabíveis.

Destaca-se que em relação ao prazo para a concessão das medidas protetivas de urgência, pesquisas indicam que varia e não raramente ultrapassa a previsão legal de 48h (AZEVEDO et al., 2016).

O juiz poderá determinar as seguintes medidas ao agressor (art. 22): a suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar ou lugar de convivência da vítima; proibição de aproximação da ofendida, fixando limite mínimo de distância; proibição de contato com a ofendida e familiares; suspensão de visitas; fixação de alimentos provisórios ou provisionais.

Além disso, o Juiz poderá adotar medidas protetivas à ofendida (art. 23 e 24): encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar a separação de corpos; suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor, dentre outras.

Importante observar que o rol de medidas protetivas é exemplificativo, podendo o Juiz adotar outras providências que entender cabíveis.[12] Dessa forma, a Lei Maria da Penha elenca um rol de medidas para contribuir com o fim da violência contra a mulher. Elas buscam garantir a segurança pessoal, patrimonial e dos filhos da mulher em situação de violência.

Pesquisa realizada sobre medidas protetivas em Porto Alegre no ano de 2014 aponta que as medidas protetivas de urgência mais solicitadas pelas mulheres que procuram a polícia civil são as de caráter proibitivo, referentes à proibição de contato entre as solicitantes e os acusados, quando os mesmos residem em locais diferentes, e as medidas de afastamento, quando dividem a mesma residência. (AZEVEDO et al., 2016).

No que tange à concessão das medidas protetivas solicitadas, a referida pesquisa indica que a maior parte delas é deferida. Todos os pedidos marcados por situações de ameaças ou agressões costumam ser concedidos pelos juizados. Só não ocorre o deferimento daqueles pedidos de medida protetiva justificados por circunstâncias de natureza não criminal. (AZEVEDO et al., 2016). Por sua vez, pesquisa realizada sobre medidas protetivas julgadas no Distrito Federal entre 2006 e 2012 revela que em 48% dos casos as medidas são negadas por falta de informações para análise dos requerimentos. (DINIZ; GUMIERI, 2016, p. 215).

Muitos obstáculos são enfrentados para que as medidas sejam aplicadas de forma mais efetiva. Uma vez concedida a medida, a questão que se coloca é a sua eficácia. Muitas vezes a medida é deferida e a mulher não toma conhecimento do deferimento, pois para tanto precisa comparecer novamente ao Juizado. Caso

[11] Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1o As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2o As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3o Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

[12] Art. 22 § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

tome conhecimento, não há mecanismos ágeis e eficazes para dar efetividade às mesmas, e tem se verificado casos em que mulheres que receberam a medida protetiva acabaram novamente agredidas ou até mortas pelos agressores (AZEVEDO et al., 2016).

Entre os obstáculos estão também aqueles de natureza operacional, como a inadequação de procedimentos administrativos e burocráticos; e a falta de regulamentação de procedimentos integrados às políticas institucionais. Há também aqueles relacionados à criação de políticas, serviços, programas ou mecanismos para dar maior eficácia para as medidas de proteção, incluindo o aumento dos quadros de profissionais capacitados e em número compatível com o volume de procedimentos que tramitam entre os serviços e a formação de equipes multidisciplinares cuja ausência, muitas vezes, impede que a aplicação dessas medidas ultrapasse o aspecto formal com encaminhamentos para serviços de apoio psicossocial que possam ajudar as mulheres a adotarem novas condutas diante do risco e informá-las sobre a busca de ajuda. (PASINATO et al., 2016).

No que se refere ao cancelamento das medidas protetivas de urgência, a pesquisa aponta que em juízo ela costuma ocorrer a partir da resolução de outros conflitos relacionados àquele que motivou o encaminhamento das partes ao juizado, como o estabelecimento de pensão alimentícia e guarda de filhos em comum. Foi possível verificar a existência de uma ponderação por parte das vítimas, e mesmo de alguns agressores, que a proteção garantida pelas medidas protetivas possuem um efeito temporário, estando a necessidade de utilização de muitas delas em casos de separações conjugais marcadas pela impossibilidade de acordo entre as partes e que acabam resultando em agressões. (AZEVEDO et al., 2016).

As medidas protetivas possuem natureza cautelar, com possibilidade de evolução até a prisão preventiva do agressor, com base no artigo 20 da Lei Maria da Penha.[13] Portanto, a Lei concede ampla discricionariedade ao juiz para decidir sobre a necessidade de prisão cautelar do indivíduo acusado de prática de violência doméstica e familiar. (AZEVEDO, 2008). O artigo 313 do CPP[14] também permite a decretação da prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Importante destacar que em caso descumprimento da MPU há a possibilidade que o agressor seja responsabilizado penalmente pelo crime de desobediência (art. 359, CP). Contudo, o tema era controverso na doutrina e jurisprudência. Nesse contexto, o STJ concluiu que a pessoa que descumpria uma medida protetiva não poderia ser presa, pois a conduta não era tipificada, sendo cabível a requisição de força policial e a imposição de multas, entre outras sanções.

Para colocar fim as divergências, foi publicada a Lei 13.641/18, no dia 04/04/18, que altera a lei Maria da Penha para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência impostas em razão de violência contra mulheres. O novo crime foi acrescentado no art. 24-A da Lei Maria da Penha, estabelecendo pena de detenção de 3 meses a 2 anos para quem desobedecer a decisão judicial, ou seja, descumprir a medida protetiva. Além de responder pelo crime previsto na Lei Maria da Penha, o agressor também vai responder por um novo crime, do artigo 24-A. Tal situação pode gerar um aumento de pena.

Destaca-se que a pena cominada faz com que o delito se insira na definição de infração penal de menor potencial ofensivo. Mas, tratando-se de crime tipificado na Lei 11.340/06, não são admissíveis os benefícios de que trata a Lei 9.099/95.

Ademias, nos termos do §1 do Art.24-A, a configuração do crime de descumprimento independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. Portanto, o legislador previu expressamente que também haverá o crime de descumprimento se o sujeito descumprir medida protetiva imposta em

[13] Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

[14] Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

processo cível.

Em relação à fiança, de acordo com o disposto no § 2º do art. 24-A, no caso de prisão em flagrante apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. Portanto, impõe-se uma limitação a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança aos casos de infração com pena de até 04 anos.

Por fim, o § 3º do art. 24-A dispõe que o descumprimento da decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência, caracterizando o crime de desobediência, não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Portanto, a partir da vigência da nova lei, descumprir medida protetiva é crime, passível de detenção de três meses a dois anos, impondo-se punição específica para os atos de desobediência. Trata-se de buscar a efetivação das medidas, que muitas vezes é simplesmente ignorada ou reiteradamente descumprida pelo agressor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha busca garantir que as mulheres violentadas rompam com o silêncio, busquem a proteção do Estado e a punição do agressor, sendo resultado de uma conquista importante para a dignidade e para a reparação das injustiças cometidas, representado um marco importante na prevenção e repressão da violência de gênero, reconhecendo que toda mulher tem direito a uma vida sem violência, discriminação e humilhação.

A previsão de medidas protetivas de urgência constitui um dos aspectos mais inovadores e importantes da lei. Portanto, a Lei Maria da Penha elenca um rol de medidas para contribuir com o fim da violência contra a mulher, dentre elas, afastamento do lar ou lugar de convivência da vítima; proibição de aproximação da ofendida. Contudo, sabe-se da dificuldade de efetivação de tais medidas, ante a ausência de mecanismos ágeis e eficazes para dar efetividade às mesmas, a falta de políticas públicas, bem como a ausência de profissionais capacitados e o investimento na rede de proteção.

No que tange ao descumprimento das medidas protéticas, foi publicada a Lei 13.641/18, no dia 04/04/18, que altera a lei Maria da Penha para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Portanto, a partir da vigência da nova lei, descumprir medida protetiva é crime, passível de detenção de três meses a dois anos, impondo-se punição específica para os atos de desobediência. Trata-se de buscar a efetivação das medidas, que muitas vezes é simplesmente ignorada ou reiteradamente descumprida pelo agressor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de., L. M.; RATTON, J. L.; VASCONCELLOS, F. B.; BORBA, C. G. C.; COUTO, V. A.; SILVA, C. C. Aplicação das medidas protetivas para as mulheres em situação de violência nas cidades de Porto Alegre (RS), Belo Horizonte (MG) e Recife (PE). In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). **Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública. Brasília, DF: Ministério da Justiça**, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 267-302

_____. **Sistema Penal e Violência de Gênero Análise Sócio-Jurídica da Lei 11.340/06**. Sociedade e Estado, v. 23, p. 113-135, 2008.

_____; CELMER, Elisa Girotti. **Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006**. Boletim IBCCRIM, nº 170, jan. 2007.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Pena**l. 16ª ed. Atual. Editora: Revistas dos

Tribunais, 2014.

_____.Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>: Acesso em: 31 out. 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

DINIZ, D.; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). **Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública. Brasília**, DF: Ministério da Justiça, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 205-231.

GROSSI, Miriam. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (Org.). **Masculino, feminino, plural**: gênero na interdisciplinariedade. Florianópolis: Mulheres, 1998b. p. 293-313.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça para todos**: juizados especiais criminais e a violência de gênero. Tese (Doutorado) – Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/pf-pagu/public-files/arquivo/130_izumino_wania_pasinato_termo.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à Justiça. **Plural**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, v. 12, p. 79-104, 2005.

MEYER. Dagmar Estermann. Gênero e educação: teoria e política. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (Org.). **Corpo, gênero e sexualidade**: um debate contemporâneo na educação. 3. ed. Petropólis: Vozes, 2007.

MONTENEGRO, Marilia. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PASINATO, Wânia. **Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios**. Estudos feministas, Florianópolis, 23 (2): p. 533-545, maio-agosto/2015.

PASINATO, W.; GARCIA, I. J.; VINUTO, J.; SOARES, J. E. Medidas protetivas para mulheres em situação de violência. In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 233-265.

STREY, Marlene Neves; Violência de gênero: uma questão complexa e interminável. In: STREY, Marlene N.; AZAMBUJA, Mariana P. Ruwer; JAEGER, Fernanda Pires (Org.) **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre, EDUPUCRS, 2004. p. 13-44.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Primeiros Passos).

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. A família, a violência e a justiça: conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Civitas**: Revista de Ciências Sociais, v. 13, p. 136-153, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Homicídio de mulheres no Brasil**. Mapa da Violência 2015. . Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

A IMPORTÂNCIA DO FEMINISMO PARA O RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DO RESULTADO DE PESQUISA "DIREITOS HUMANOS NA INTERNET: UM OLHAR SOBRE A MULHER"

Rafaela Weber Mallmann [1]

Vera Lucia Spacil Raddatz [2]

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de apresentar o resultado do Projeto de Pesquisa Mídia e Sociedade: o direito à informação, com o subprojeto – Direitos Humanos na Internet: um olhar sobre a mulher, desenvolvido junto ao programa de Pós Graduação Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, com fomento de bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. A partir das palavras-chave "direitos humanos" e "mulher", buscou-se nas redes sociais *Twitter, Facebook* e na ferramenta de pesquisa *Google* as notícias que mais repercutiram a respeito durante o período de agosto de 2017 a abril de 2018. Desse modo, apresenta-se uma análise juntamente com o referencial teórico utilizado durante a pesquisa, buscando discutir o feminismo como meio para o reconhecimento da igualdade de gênero.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Mulher. Sociedade em Rede. Gênero. Feminismo.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca apresentar o resultado do Projeto de Pesquisa Mídia e Sociedade: o direito à informação, com o subprojeto – Direitos Humanos na Internet: um olhar sobre a mulher. Os objetivos do Projeto se concentram em compreender o papel dos meios de comunicação como mediadores do processo do direito à informação, da cidadania e direitos humanos; de identificar que tipo de informações circula sobre a mulher nas mídias sociais, bem como identificar como a mulher está sendo representada na mídia a partir de conteúdos que circulam na internet, por meio de sites, blogs e redes sociais e por fim analisar a relação entre essas representações da mulher e os direitos humanos.

A perspectiva utilizada neste trabalho é a de apresentar o resultado da pesquisa relacionando-o à necessidade do feminismo como forma de buscar uma igualdade de gênero não apenas no campo formal, mas no material também. É feita uma breve abordagem histórica da mulher, passando por conceitos importantes como a questão do gênero, da misoginia e do patriarcado presentes na sociedade, visto que são refletidos no resultado presente na análise do item 4. Desse modo, busca-se discutir por que o feminismo é um movimento necessário, e de que modo não se trata apenas de um conceito, mas sim, de um complexo operador ético-político, analítico, crítico e desconstrutivo, que coloca em questão as relações sociais e aponta o que está acontecendo nessa realidade para resultar nos dados coletados na pesquisa, que tem enfoque principal a questão da violência contra a mulher.

2 METODOLOGIA

Esta pesquisa tem caráter qualitativo e baseia-se na análise se dos dados obtidos a partir de páginas na internet. A técnica de coleta de dados se desenvolve por meio da inserção de palavras-chave de forma

[1] Acadêmica de Direito; Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq e integrante do Projeto Mídia e Sociedade: o direito à informação, com o subprojeto: direitos humanos na internet: um olhar sobre a mulher, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. E-mail: rafa.w.mallmann@hotmail.com;

[2] Doutora em Comunicação e Informação pela UFRGS; Professora do Curso de Mestrado em Direitos Humanos e dos Cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da UNIJUÍ; Coordenadora do Projeto Mídia e Sociedade: o direito à informação. E-mail: verar@unijui.edu.br.

contínua, de um mesmo IP de computador, tendo claro que o sistema de algoritmos que faz a seleção personalizada do material direciona automaticamente a coleta para o tipo de dados procurados, em razão de que esse sistema reúne as informações e as destina ao usuário, considerando o seu perfil de rotina de busca.

Dentro do cronograma da pesquisa, os dados foram coletados no Twitter, Facebook e Google no período de dez meses, de agosto de 2017 a abril de 2018, de segunda-feira a sexta-feira. Partindo da busca pelas palavras-chave "direitos humanos" e "mulher", observou-se o que mais repercutiu a respeito do tema durante o período, incluindo notícias, comentários, vídeos e imagens. Os dados, salvos em arquivo do word, eram armazenados por pastas e ao fim de cada mês obtinha-se o resultado das matérias que mais repercutiam em forma de comentário, replicações ou publicações. Reunidas em tabelas, no final de cada mês analisava-se a notícia que mais repercutia, sempre levando em conta que o campo de busca de cada internauta é diferente, recebendo informações a partir do que a rede fornece com base em suas buscas. Desse modo, se tem um panorama geral do que foi encontrado para dar prosseguimento à análise da pesquisa, que será apresentada no item 4 deste texto, à luz da perspectiva dos direitos humanos e estudos de gênero.

3 O FEMINISMO COMO O CAMINHO PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E DA IGUALDADE DE GÊNERO

Pensar a mulher hoje é refletir sobre seu passado histórico e filosófico considerando as relações de poder entre os sexos como base para o desenvolvimento da sociedade atual. Para iniciar o debate convêm relembrar a célebre frase de Simone de Beauvoir que afirma: "ninguém nasce mulher, torna-se mulher" (BEAUVOIR, 2016, p.11). Para Beauvoir, o gênero é uma construção social e cultural. O 'tornar-se mulher' não determina qual 'ser' está passando por este processo, ou seja, não necessariamente será uma fêmea. Quando Judith Butler discute mais profundamente esta questão, explica que se, como Beauvoir afirma ser o corpo uma situação, "não há como recorrer a um corpo que já não tenha sido sempre interpretado por meio de significados culturais, consequentemente, o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva" (BUTLER, 2016, p. 29), sendo apresentado como gênero desde o sempre. Desse modo, o corpo é visto como um meio passivo no qual se inscrevem os significados culturais, sendo considerado por Butler, ele próprio uma construção, não se podendo "dizer que os corpos tenham uma existência significável anterior à marca de seu gênero" (BUTLER, 2016, p. 29). Assim, neste texto, são apresentadas breves considerações acerca da história das mulheres, para adentrar no conceito de gênero e o feminismo como um caminho para o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres e a igualdade de gênero.

A partir destas definições, apresenta-se o feminismo como um movimento libertário, que por sua essência, critica o modelo atual de sociedade apresentado, como um padrão heteronormativo, do homem, branco e ocidental. Quando se referencia ao conhecimento científico para determinar a história das mulheres, a crítica feminista surge no sentido de questionar a ciência denunciando seu caráter particularista, ideológico, racista e sexista (RAGO, 1998, p.4). Tal modelo de saber ocidental cria uma característica identitária às Ciências Humanas, de modo que o pensamento universal do homem deixa marginalizada qualquer referência fora deste padrão, tornando-o incapaz de pensar a diferença.

Assim, como observa Margareth Rago (1998, p. 5), "as noções de objetividade e de neutralidade que garantiam a veracidade do conhecimento caem por terra, no mesmo movimento em que se denuncia o quanto os padrões de normatividade científica são impregnados por valores masculinos". Com esta análise, é possível destacar as relações de poder que constituem a produção dos saberes. Apresenta-se a importância do movimento feminista como meio de desconstruir a história criada pelos homens sobre as mulheres, demonstrando que o lugar de fala da mulher é essencial para a construção da veracidade e objetividade desta história.

Colling (2014, p. 13) determina que "para uma história das mulheres, é necessário que a história geral passe a ser entendida como resultado de interpretações, de representações, que têm como fundo relações de poder". Assim, a ideia de construção histórica da mulher a partir das relações sociais pode ser vista como o

meio de estabelecer o pensamento simbólico da diferença entre os sexos, o que abre espaço para o debate sobre a construção do gênero.

Falar sobre gênero remete à Joan Scott, teórica que trata sobre o uso da categoria de gênero para a análise histórica. Segundo Scott (1989), o núcleo essencial da definição de gênero "baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder" (SCOTT, 1989, p.21). Nota-se deste modo que os papeis sociais designados historicamente ao homem e a mulher, são a construção do gênero em si. À mulher se destina o âmbito privado, o cuidado do lar, do marido, da família. Como esposa, santificada, tem a virgindade muito estimada, digna de ser conservada e louvada, bem como manter-se submissa ao homem. Este, por sua vez, o provedor do sustento, o pater famílias, a quem se destina o âmbito público das relações sociais. Cria-se assim um discurso misógino, que tem por intuito relacionar as mulheres à loucura, à histeria, à natureza. Como se por ser mulher deve se dedicar ao lar, pois teria devido à sua natureza um 'instinto materno' – o que não passa de mais um mito criado para determinar um local privado para a vida das mulheres.

Segundo Marcia Tiburi (2018, p. 39) "a misoginia é o discurso de ódio especializado em construir uma imagem visual e verbal das mulheres como seres pertencentes ao campo negativo", afirmando que a violência física também é linguagem e que "atos de violência, seja verbal ou física, seja espancamento ou estupro, são de uma lógica diabólica que transforma em negativo tudo aquilo que visa a destruir" (TIBURI, 2018, p.39).

Visto tal desigualdade no tratamento histórico entre homens e mulheres, questiona-se a respeito da igualdade de gênero no âmbito das disposições de proteção no Direito. Santos e Lucas (2015) afirmam que "apesar de termos evoluído em termos de positivação normativa de uma quantidade significativa de dispositivos voltados à proteção dos dominados e violentados, as comunicações do sistema patriarcal não foram interrompidas" (p.36), atuando ainda nos processos de dominação e violência. Extrai-se que ainda que a legislação tenha ampliado muito seu campo de proteção legal aos grupos descriminados (considerando aqui as mulheres, mas é possível citar homossexuais, negros e demais grupos chamados 'minoritários'), a violência continua presente e noticiada no dia a dia, como será apresentado mais detalhadamente na análise da pesquisa.

Pensar o patriarcado é compreendê-lo como o "próprio sistema do saber com suas regras, seu controle do conhecimento e da ideia de verdade. No patriarcado, saber e poder unem-se contra os seres heterodenominados como mulheres". (TIBURI, 2018, p.71). Este sistema alimenta a violência de gênero, como por exemplo, o feminicídio, que cada vez mais se tem conhecimento a respeito do termo, visto que é instituída uma Lei (13.104/2015) que considera homicídio qualificado o praticado contra mulheres por razões da condição do sexo feminino, incluindo, portanto, no rol de crimes hediondos. Mas por qual motivo ainda se legitimam condutas violentas contra as mulheres?

É clara a constatação de que utilizar-se do sistema punitivo estatal é uma grande falha no objetivo de diminuir a criminalidade. Para responder ao questionamento, Marcia Tiburi afirma que a docilização e submissão das mulheres tem tudo a ver com a questão do feminicídio. Argumenta que "todas as vezes que as mulheres se tornaram indesejáveis ou inúteis, perigosas ou desobedientes, elas foram perseguidas e mortas" (TIBURI, 2018, p.50), sendo tais atrocidades sustentadas pelo discurso misógino. Assim, é criado o 'feminino', como meio de docilizar as mulheres. Este termo surge para "salvaguardar a negatividade que se deseja atribuir a mulheres no sistema patriarcal. Elogiado por poetas e filósofos, o feminino nada mais é do que a demarcação de um regime estético-moral para as mulheres marcadas pela negatividade" (TIBURI, 2018. p.50). Acontece que a docilização e submissão das mulheres está sendo questionada diariamente por elas mesmas, o que gera desconforto em homens que crescidos em uma cultura machista enraizada, não sabem lidar com a mulher que diz não, que não aceita ser submissa, que busca sua emancipação em todos os campos da vida. Desse 'não saber lidar' surgem as mais diversas reações, desde violências morais, físicas e psicológicas até o próprio feminicídio.

Tiburi aponta para o fato de que entre o "elogio do caráter feminino e o feminismo há um abismo estético, ético e político, um abismo antropológico que reproduz questões teológicas" (TIBURI, 2018, p.50).

É necessário questionar-se a respeito de o elogio do feminino feito pela lógica patriarcal servir para esconder o ódio ao feminismo e, inevitavelmente, às mulheres. Instituições como o Estado, Mídia, Igreja, Família e Capital vendem seus discursos como verdadeiros, no qual essencializam o feminino. O que o feminismo faz é questionar esta lógica e demonstrar que "há algo de errado na pretensa neutralidade da sociedade patriarcal, ela mesma uma grande propaganda, um sistema de autoelogio que precisa desabonar o outro para sobreviver. Daí a invenção do feminino" (TIBURI, 2018, p.51).

A partir deste cenário, é disseminado o pré-conceito em relação ao feminismo, buscando enaltecer o feminino, como se ao uma mulher ou qualquer ser humano se dizer feminista, está indo contra o estado natural das coisas, contra a 'verdade' criada pelo sistema patriarcal, no qual esta verdade é poder de morte, violência simbólica e física contra as mulheres, levando à realidade de que "caso se contentem em ser bem femininas e dóceis, podem até se salvar do espancamento e da morte" (TIBURI, 2018, p. 51).

Ao pensar sobre o feminismo, é preciso levar em conta toda a complexidade que o termo traz consigo, pois é mais do que um conceito ou sistema de pensamento, é um "complexo operador ético-político, analítico, crítico e desconstrutivo e serve como lente de aumento que põe foco sobre as relações humanas e sobre os aspectos ocultados nessas relações" (TIBURI, 2018, p.71). É uma leitura do mundo que põe em questão o que existe, para então analisá-lo. Sendo assim, é um signo para muitas definições possíveis, carregadas das mais diversas potências. Tiburi (2018) aponta para o feminismo como um método de "transformação social capaz de modificar tanto a microfísica quanto a macroestrutura da sociedade – que foi alicerçada no patriarcado machista e sexista, o qual tem sua base de conhecida violência contra as mulheres, não por acaso excluídas do sistema do poder-saber" (TIBURI, 2018, p. 72).

Desse modo, apresenta-se o feminismo como caminho para o reconhecimento da igualdade de gênero, visto que tem como base a busca por um mundo livre de discursos de ódio misóginos e machistas contra as mulheres, o que acarreta na busca por uma educação de gênero, de modo que possa livrar também e principalmente os homens desta cultura enraizada na sociedade que tanto prejudica a vivência harmônica da humanidade. Referencia-se também o feminismo como meio de efetivar os direitos humanos das mulheres, buscando então explicar brevemente o que são estes direitos humanos e por que tão importantes.

Os direitos humanos podem ser entendidos como direitos inerentes a todos os seres humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em seu artigo I dispõe que "Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie [...]". Desconsiderando raça, cor, sexo ou qualquer outra característica identitária de cada um para ter seu caráter universal.

Lucas (2013) afirma que se trata do reconhecimento da humanidade do homem, independente da cultura e tradições de determinados grupos e acrescenta que a "coexistência moral de todos os homens, independentemente do pertencimento à determinada condição histórico-cultural, deve orientar, de forma direta, a compreensão, também moral, dos direitos humanos" (LUCAS, 2013, p.23). Este autor considera que esses direitos devem "levar o homem à reflexão sobre a sua condição última enquanto ser universal, fortalecendo a compreensão acerca de sua existência singular e elevando o tratamento jurídico de suas relações a um mínimo ético" (p. 23). A importância da Declaração de 1948 se dá ao ser a prova de que a humanidade partilha alguns valores comuns. Bobbio (1998, p.28) considera que "podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens".

Para tanto, os direitos humanos são uma construção histórica e não dados por natureza. Para destacar tal afirmação, Bobbio (1992, p.19) argumenta que "o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas". Assim, a partir da Declaração de 1948, grupos feministas começaram a questionar se o padrão de universal presente na Declaração era representado pelo homem branco ocidental, o que seria, portanto, fruto da construção de uma sociedade patriarcal.

Considerando a importância e relevância da Declaração, esta serviu como base para a proposta de diversas Organizações Não Governamentais (ONGs) e grupos feministas que lutam para por em prática

a igualdade de tratamento que é um dos principais fundamentos da DUDH, criando assim, diversas Convenções e Declarações sobre os direitos das mulheres a partir da estrutura legislativa da Organização das Nações Unidas (ONU). Segundo Bunch (1995, p.13) "as mulheres estão transformando o conceito de direitos humanos para tratar as degradações e violações de que são uma ameaça fundamental à nossa dignidade humana e o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". Desse modo, percebe-se a importância do feminismo como forma de emancipação das mulheres e principal mecanismo de luta para a proteção e criação de meios que protejam os direitos humanos das mulheres.

4 ANÁLISE DA PESQUISA

Neste item do texto socializa-se o resultado do Projeto de Pesquisa de modo que, primeiramente, são apresentadas as notícias de cada mês e como repercutiram, para após ser feita uma análise geral dos fatos relacionando com a bibliografia utilizada. Os comentários mencionados foram retirados, alguns, dos próprios sites das notícias e, outros, de postagens do Twitter que mencionam determinado caso.

Para iniciar, a notícia referente ao mês de agosto de 2017, publicada no dia 29, diz respeito a um homem que ejacula no pescoço de uma passageira dentro de um ônibus na Avenida Paulista em São Paulo. Segundo matéria publicada pelo site Revista Fórum, a mulher "estava dormindo e foi atingida no pescoço pela ejaculação de um homem que estava se masturbando" (*on-line*), imediatamente ao se dar conta do ocorrido, a mesma começou a gritar para que tirassem o homem de perto dela. O motorista do ônibus trancou as portas e apenas permitiu a saída com a chegada da polícia.

Quanto aos comentários referentes ao fato, observa-se o Usuário 1: "que nojo! tem que cortar de vez bem rente o bilau desse energúmeno !" ; Já o Usuário 2 cita o projeto de Bolsonaro sobre castração, afirmando que "se o projeto de Bolsonaro fosse aprovado, este tarado, que já deve ter histórico de estupro e abuso sexual, já seria castrado quimicamente. Bolsonaro para Presidente em 2018".

No mês de setembro, a notícia mais repercutida foi sobre a Pastoral Carcerária que denunciou 'suicídios em série' na Penitenciária Feminina de Santana e teme violação de direitos humanos. Em matéria publicada no G1 São Paulo (*on-line*) no dia 19, a Pastoral Carcerária, ação da Igreja Católica que zela pelos direitos humanos no sistema prisional, recebeu a denúncia de um quinto caso de suicídio em três meses na Penitenciária Feminina de Santana, na Zona Norte de São Paulo. O ofício entregue ao Ministério Público e à Defensoria afirma que "o número de mortes em um curto espaço de tempo pode significar uma tendência epidêmica, além de uma omissão estatal em relação aos cuidados com a saúde física e psíquica das presas" (*on-line*). A Promotoria instaurou um inquérito civil e investiga as condições da Penitenciária Feminina de Santana e eventuais irregularidades no local.

Quanto aos comentários, o Usuário 1 afirma que: "Os Direitos (Desu) Humanos deveriam denunciar ao MP o aumento de homicídios e crimes hediondos que ocorrem todos os dias no Brasil em proporção cada vez maior". Já o Usuário 2 observa que: "Apesar do aumento da participação de mulheres no mundo do crime, poucas são aquelas que realmente estão delinquindo por iniciativa própria. Grande parte das mulheres encarceradas então ligadas ao mundo do tráfico de drogas. Essa ligação com as drogas, quase sempre é feita pela convivência com companheiros".

No mês de outubro, o ditador da Coréia do Norte Kim Jong-um, determinou que sua irmã caçula, Kim Yo-jong, de 30 anos, vai substituir Kim Kyong Hee, tio de ambos, como membro permanente do Politburo. Em matéria publicada pelo site Terra (*on-line*), no dia 8 de outubro de 2017, é questionado sobre pouco se saber a respeito da irmã do ditador. Afirma-se que "recentemente ela foi incluída em uma lista de figuras do regime alvo de sanções internacionais por suspeita de ter cometido 'graves abusos contra os direitos humanos'" (*on-line*). Kim Yo-jong é frequentemente vista com o irmão e já foi apontada como vice-diretora do departamento de propaganda do país, assim como responsável por cuidar da imagem pública do ditador.

Michael Madden, especialista em Coréia do Norte na Universidade John Hopkins afirma que "Kim Yo-kong recebeu educação privada em casa e junto com Kim Jong-un frequentou duas escolas perto de Berna, na Suíça, durante a década de 1990 e início dos anos 2000" (*on-line*), enfatizando que mais tarde

frequentou a universidade na Coréia do Norte, fazendo cursos na Europa Ocidental pouco depois. Quanto aos comentários, o Usuário 1 afirma: "toda vez que a situação fica feia para a comunistada, eles começam a promover mulheres, gays, negros ou deficientes na hierarquia do Partido Comunista. Depois que não interessa mais, tudo volta ao anormal". Já o Usuário 2 comenta: "Todo petista tem a mesma cara de bunda gorda desse leitão ridículo"; e por fim o Usuário 3 escreve "Eu pegava a irmã dele. Bonitinha".

A notícia que mais repercutiu no mês de novembro foi a respeito da vinda da filósofa Judith Butler ao Brasil. Ocorreram manifestações no Sesc Pompeia/SP, onde Butler palestrou a respeito da democracia. De acordo com os manifestantes, ela estava 'pregando uma ideologia de gênero', e 'acabaria com a familia' por querer dizer às crianças que 'não são meninos ou meninas'. Butler é uma das filósofas feministas de maior expressão na atualidade e que trata a respeito da teoria queer, afirmando que a condição de gênero é uma construção social e performativa. A notícia, portanto, selecionada é a de manifestações no aeroporto de Congonhas, quando Butler, esperando para embarcar ao Rio de Janeiro, é agredida.

A matéria publicada no dia 10 de novembro de 2017, no site Época Globo (*on-line*), afirma que a filósofa estava na área de check-in do Aeroporto de Congonhas, quando foi perseguida por "uma mulher que segurava um cartaz com uma foto sua desfigurada e gritava repetidos xingamentos. Além de sofrer a agressão verbal, Judith também foi empurrada com o cartaz, feito de madeira e cartolina" (*on-line*). Também é relatado sobre as manifestações em frente ao Sesc Pompeia, em que um grupo de manifestantes formado por jovens, adultos e senhores "esbravejavam palavras de ordem e recados irados, amplificados por uma caixa de som improvisada sobre um carro estacionado na calçada. 'Para os comunistas, os fascistas, as feministas… Tenho um recado para vocês: a revolução familiar começou', ouvia-se" (*on-line*). É relatado também que os manifestantes criaram uma boneca feita de sacos de lixos, roupas velhas e um sutiã rosa com um chapéu negro pontudo e uma imagem do rosto de Butler, remetendo momentos da inquisição, figurando Butler como bruxa. Enquanto isto, cartazes escritos diziam "Menos bruxas e mais príncipes e princesas" (*on-line*).

Quanto aos comentários, Usuário 1: "Parabéns aos heróis que a hostilizaram! Desapareça parasita!", enquanto o Usuário 2 afirma: "Faisão velho ridículo. Queria o que? Aplausos, pela destruição de famílias? Mereceu o tratamento recebido". Já o Usuário 3: "Essa 'filósofa' é nada mais, nada menos, que uma mulher frustrada, mal resolvida sexualmente, sem identidade alguma, querendo confundir as cabeças de seres humanos indefesos e alienados".

No mês de dezembro, a notícia da vez é sobre a ministra de Direitos Humanos, Luislinda Valois (PSDB), que solicitou ao presidente Michel Temer (PMDB) o valor de R$ 300 mil em retroativos oriundos de abatimentos de seu "salário integral". De acordo com a matéria publicada pelo site Midiamax no dia 12 de dezembro de 2017, Luislinda foi criticada por ter comparado seu ofício, com salário superior a R$ 33 mil, à "escravidão" (*on-line*), afirmando que deveria receber acima do valor permitido pelo teto constitucional, limite ao qual seu salário chega. A ministra pedia na Justiça o "direito de receber mais de R$ 61 mil parte por seu salário como ministra, e parte como desembargadora aposentada. Seu pedido foi negado, em vista do teto constitucional" (*on-line*).

Segundo a matéria, Luislinda pediu R$ 300 mil retroativos dos valores que foram abatidos, desde que foi empossada como ministra, pelo teto constitucional. No pedido encaminhado a Temer, "disse passar por um 'tratamento absolutamente desigual' em relação a outros servidores" (*on-line*). Quanto aos comentários, o Usuário 1 afirma: "Não podem fazer isso, a ministra Luislinda dos direitos humanos vai correndo defender a vítima da sociedade (o bandido), a vitima real é quem tem culpa de estar na mira do revolver dele". Já o Usuário 2: "aquela ministra dos Direitos Humanos devia por um uniforme e ir lavar banheiros, isso que gente como ela merece, fica falando que R$30.000 de salário faz ela se sentir uma escrava.. põe ela num banheiro de boteco pra ganhar R$400 por mês pra ver como é bom".

Em janeiro de 2018, a matéria publicada pelo site Uol Notícias (*on-line*), no dia 18, apresenta como manchete que a morte de mulheres é "verdadeira derrota para o Brasil", segundo a ONG Human Rights Watch. O relatório anual da entidade apontou que casos crônicos de violações aos direitos humanos persistem no Brasil, destacando a violência contra a mulher, ao lado da ação violenta das polícias e da situação nos presídios.

O pesquisador sênior da entidade no Brasil, César Muñoz, coordenador do relatório, considerou

que "ainda são altos os números que revelam mortes de brasileiras em razão do gênero. Só em 2016, por exemplo, ano-base para o levantamento, mais de 4.600 mulheres foram assassinadas no país por razões atreladas à própria condição de serem mulheres" (*on-line*), principalmente em casos de violência doméstica.

Desse total, destacou o relatório, o "Ministério Público apresentou denúncia em ao menos 2.904 casos – alguns Estados não disponibilizaram ou forneceram dados parciais –de suposto feminicídio" (*on-line*). O pesquisador aponta para a morte de tantas mulheres serem uma verdadeira derrota para o Brasil, "uma vez que grande parte desses casos poderia ter sido prevenida. São revoltantes esses números" (*on-line*).

Quanto aos comentários, o Usuário 1 aponta: "nossa constituição não reconhece o feminicidio, uma vez que essa lei é discriminatória, onde reza, com todas as letras que a vida de um homem vale menos do que de uma mulher ! portanto, é inconstitucional e sua elaboração teve fins claramente demagógico e eleitoreiro! me pergunto onde estão os juristas desse país para dar fim a essa verdadeira aberração jurídica!", enquanto o Usuário 2 afirma: "sou absolutamente a favor de aumentar as penas para qualquer tipo de homicídio. Não entendo a diferença de se matar um homem ou uma mulher. Se fosse para haver agravante este deveria ser para crimes contra as crianças. E também não entendo a lógica esquerdista que se diz indignada com o tratamento dado aos presos, que vira e mexe quer repensar as penas para os crimes, inclusive homicídios, não quer a punição de menores infratores por que não acha que os criminosos são reeducados no cárcere, mas sim estimulados a praticar mais crimes ainda, porém, se o crime é contra a mulher, acham que agravar a pena, apenas nestes casos, é bom. É muita cafajestagem desse povo".

No mês de fevereiro, em matéria publicada no dia 23 pelo G1 Globo do Mato Grosso, a partir da decisão do STF no dia 20 do mesmo mês, metade das 200 presas grávidas ou com filhos de até 12 anos em MT poderá aguardar julgamento em casa. O número completo de presas ainda está sendo levantado pela Sejudh.

A Segunda Turma do STF decidiu, em maioria, pelo benefício do habeas corpus. "De acordo com o relatório da sessão, o pedido foi feito pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (Cadh), que alegaram que a prisão preventiva de mulheres grávidas constitui tratamento desumano, cruel e degradante" (*on-line*). O documento também aponta que as gestantes são privadas do acesso a programas de saúde pré-natal, além de assistência durante a gestação e pós-parto, enquanto aguardam ao julgamento na prisão. "Citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, e realçaram que esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas" (*on-line*), diz trecho do relatório.

As mulheres aguardando julgamento e suspeitas de crimes violentos ou ameaça contra os filhos não serão beneficiadas pelas medidas, assim como as que já foram julgadas e condenadas não poderão deixar a prisão. Os membros do Cadh relataram ao STF, durante a sessão que a "realidade 'duríssima' de grávidas presas inclui partos em solitárias, sem assistência médica ou enquanto estão algemadas. Também apontaram que a falta de pré-natal acarreta em transmissões de doenças graves ao bebê, como sífilis" (*on-line*). Foi mencionado também a respeito da falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, afirmando não ser raros os casos de partos nas celas, corredores ou pátios das prisões, enfatizando os abusos no ambiente hospitalar como "isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades" (*on-line*), apontando tais fatos serem de forma "absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI" (*on-line*).

O relator Lewandowski concede a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, de "todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015)" (*on-line*). Quanto aos comentários o Usuário 1 destaca que: "desde que, enquanto no domicílio, realmente cuidem de seus filhos, conscientizem-se do ato cometido e não se deixem levar ao delito mais um vez ... Terão duas funções, uma não ameniza a outra, há de serem conjuntas".

No mês de março de 2018, no dia 14, é publicada uma matéria no site G1 Globo Rio de Janeiro (on-

line), noticiando a morte da vereadora Marielle Franco, atingida por 4 tiros dentro de um carro na Rua Joaquim Palhares, no bairro do Estácio, na Região Central do Rio, por volta das 21h30 desta quarta-feira (14). Além da vereadora, o motorista do veículo, Anderson Pedro Gomes, também foi baleado e morreu. A assessora de Marielle que também estava dentro do carro foi atingida por estilhaços. A principal linha de investigação da Delegacia de Homicídios é execução. De acordo com a polícia, um carro emparelhou ao lado do veiculo em que Marielle se encontrava e disparou.

Marielle havia participado no início da noite de um evento chamado "Jovens Negras Movendo as Estruturas" (*on-line*), na Rua dos Inválidos, na Lapa. A policia investiga a partir da hipótese de que os criminosos acompanharam o carro de Marielle por algum tempo, visto que o veiculo tem filme escuro nos vidros, portanto é possível que já sabiam a posição de cada um dentro do carro.

O site aponta que um dia antes de ser assassinada, Marielle reclamou da violência na cidade, no Twitter. Questionando no post a ação da Polícia Militar: "Mais um homicídio de um jovem que pode estar entrando para a conta da PM. Matheus Melo estava saindo da igreja. Quantos mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?" (*on-line*). Na mesma rede social, Marielle chamou o 41° BPM de "Batalhão da morte", no sábado (10). "O que está acontecendo agora em Acari é um absurdo! E acontece desde sempre! O 41° batalhão da PM é conhecido como Batalhão da morte. CHEGA de esculachar a população! CHEGA de matarem nossos jovens" (*on-line*), escreveu ela.

Quanto à repercussão nas redes, o presidente interino Michel Temer postou em seu Twitter "lamento esse ato de extrema covardia contra a vereadora Marielle Franco. Solidarizo-me com familiares e amigos, e acompanho a apuração dos fatos para a punição dos autores desse crime". Famosos e intelectuais também manifestaram sobre a morte de Marielle (G1 *on-line*). Caetano Veloso publicou uma homenagem em um vídeo em que interpreta sua música "Estou triste", usando no texto hashtags "Luto por Marielle" e "Marielle Presente". A cantora Teresa Cristina também prestou homenagem à Marielle. "Difícil pensar alguma coisa nesse momento de tanta dor. Que os familiares de Marielle Franco encontrem algum conforto diante de tamanha brutalidade". A atriz Mônica Iozzi, contou em uma postagem que conhecia Marielle, e afirma "ela lutava pela paz, por oportunidades iguais para todos. Denunciava a corrupção na câmara, na polícia...", escreveu. Os atores Debora Bloch, Mateus Solano, Fabiana Karla e Julia Konrad, o cantor Emicida, a jornalista Carol Barcellos, as cantoras Elza Soares, Marisa Monte, Karol Conka, também se manifestaram nas redes. A repercussão foi internacional, sendo noticiado o fato pelos jornais The New York Times, The Washington Post e na rede ABC News, na televisão estatal Televisión del Sur, a "Telesur", com sede na Venezuela, pelo jornal "Clarín", da Argentina, o jornal britânico "The Guardian", entre outros.

Por fim, no dia 20 de abril de 2018, é publicada matéria no site G1 Globo Música (*on-line*) a respeito do cantor Biel que é acusado de agredir esposa e modelo, Duda Castro. Biel publicou um vídeo em sua conta no Instagram no qual aparece a modelo jogando um copo contra ele, entretanto, não dá para saber com exatidão se o objeto atingiu o rosto de Biel, como ele afirma ser o motivo de ter feito 13 pontos no local.

Duda Castro acusa seu marido de tê-la agredido no dia 1º de abril, durante uma discussão entre o casal em sua casa em Los Angeles, nos Estados Unidos. De acordo com ambos, "o episódio terminou com Duda presa pela polícia. Ela ficou detida por 24 horas. Nenhum dos dois especifica as acusações criminais" (*on-line*), afirma a matéria. Através de nota enviada por sua assessoria ao G1, Duda afirma que o caso será julgado no dia 26 de abril, enquanto ele diz que os dois têm uma audiência marcada no dia 30 para mediar uma ordem de restrição contra ela pedida pelo advogado do cantor.

Duda conta que na noite da briga também foi agredida pela irmã do cantor, e que chegou a desmaiar. Segundo ela, "o episódio foi planejado por Biel e seus amigos, para que ele não perdesse seu visto de trabalho" (*on-line*). A mesma afirma também que nos últimos meses sofreu agressões físicas, sexuais e morais do marido e o acusa de traição em diversas oportunidades, afirmando que foi obrigada a dormir no chão e que ele a prendia fora de casa quando saía. "Fui ao meu limite na Páscoa e acabei tendo uma terrível briga com ele. Estou destruída e pesando 43 quilos, só quero minha alegria de viver de volta" (*on-line*), afirma a modelo.

Segundo Biel, o fato aconteceu porque ela não aceita o processo de divórcio do casal. Em vídeo publicado por ele, Duda aparece gritando com alguém, que não é possível ser identificado. "Eu paguei tudo

para você. Paguei para que você estivesse aqui." (*on-line*) Ela então joga um copo de vidro em direção à pessoa, e é possível ouvir o vidro quebrando. Biel afirma: "se eu tenho andado mais desaparecido que o normal é porque desde que voltei com meu visto de trabalho do Brasil a Duda tem agido insanamente. Ela está desesperada." (*on-line*). O jovem diz que seu advogado pediu uma ordem de restrição contra ela, que a impedirá de chegar a cerca de 90 metros do cantor pelos próximos 5 anos.

Quanto aos comentários, Usuário 1: "Não tenho pena de vhaghabund4 que se envolve com funkeiro, as consequências sempre aparecem, achava que seria uma vida de novela? flores? perfeição? o Funk prega o contrário, ele prega a submissão das mulheres, trata vocês como boneca inflável e depósito de phorrh4, é isso que vocês são pra esses marginais. A ciência deveria estudar os funkeiros, essas pragas demoram pra morrer, meu discurso é de ódio sim, esses l1x0s estão contaminando o Brasil" . Enquanto o usuário 2 afirma: "a mulher é presa no exterior, e aqui no Brasil a notícia é que o marido agrediu a mulher. Terra de bananas".

Com o teor das notícias e dos comentários, nota-se que a sociedade continua a reproduzir discursos de ódio misóginos contra as mulheres. Enquanto as chamam de "vagabunda (notícia de abril), bonitinha (notícia de outubro), mulher frustrada, mal resolvida sexualmente (notícia de novembro)", criam categorias pejorativas para se referirem a elas, menosprezando sua condição e sua posição social. As três mulheres mencionadas nestes comentários ocupam posições sociais reconhecidas, e de algum modo, de poder. Butler ocupa o espaço do conhecimento, Kim Yo-jong ocupa um alto cargo no governo da Coréia do Norte, enquanto Duda Castro faz parte do cenário da moda.

Quando a mulher sai do ambiente privado para adentrar ao público, é frequentemente alvo deste tipo de comentário, visto que diante do sistema de uma sociedade patriarcal, abriram mão da docilização de seus corpos e submissão para ocuparem espaços reconhecidos, buscando sua emancipação e assim, sendo atingida por discursos de parcela da sociedade que não aceita ver a mulher na posição de fala.

Nos meses de setembro, janeiro e março, são noticiados casos como o de suicídio em série na Penitenciária Feminina de Santana, a morte de mulheres como sendo uma verdadeira derrota para o Brasil e o caso da morte da vereadora Marielle. É possível destacar que a violência contra as mulheres, de modo que atinjam a integridade de seus corpos, é o que mais repercute no ambiente das redes. No caso dos suicídios na Penitenciária, é investigado se houve violação aos direitos humanos de forma recorrente a estas mulheres, buscando encontrar o motivo que as levou tirarem a própria vida. Já referente à morte da Marielle e das demais mulheres, o tema remete às questões relacionadas a mortes de mulheres no relatório da ONG Human Rigths Watch, do qual se extrai de maneira geral a referência aos direitos humanos, o que representa também a principal pauta de luta da vereadora, que foi executada e ainda não se tem conhecimento a respeito da autoria do crime. Nestes casos em questão, o respeito à dignidade humana e à vida foram violados.

É de conhecimento notório que a situação do sistema carcerário brasileiro é caótica, levando a um cenário de depósito de corpos. Quando se fala em mulheres presas, é importante considerar as peculiaridades de tratamento, visto que tal sistema é feito para homens e não atende as condições básicas da vida das mulheres, como cuidados com a higiene e a questão da gravidez. Neste sentido, surge no mês de fevereiro, a decisão do STF de que metade das 200 presas grávidas ou com filhos de até 12 anos em MT poderá aguardar julgamento em casa. É apontado pela matéria que no relatório consta que as gestantes são privadas do acesso a programas de saúde pré-natal, além de assistência durante a gestação e pós-parto. Quando se afirma a universalidade dos direitos humanos, os ambientes como as penitenciárias também devem ser provedores das mínimas garantias para a dignidade humana, assim como todos os demais setores do Estado e da sociedade.

Interessante observar, por fim, o caso da ministra Luislinda que pediu R$ 300 mil retroativos a Temer. Esta notícia em questão traz uma reflexão mais considerável para o tema 'direitos humanos' do que 'mulher', para usar como base as palavras chave utilizadas na pesquisa. Nos comentários é notável a falta de conhecimento a respeito do que são os direitos humanos. Quando afirma o usuário 1 que "a ministra Luislinda dos direitos humanos vai correndo defender a vítima da sociedade (o bandido)", leva a discussão a um senso comum disseminado de que tal direito 'defende bandido'.

Raddatz (2015) aponta para o período da ditadura militar no Brasil, quando em relação aos defensores dos direitos humanos havia a acusação e "a divulgação – por meio de um número reduzido, mas densamente

influente, de setores da mídia – da ideia de que as organizações de que faziam parte atuavam em favor de terroristas e subversivos" (RADDATZ, 2015, p.47). Desse modo, explica que após a ditadura esta acusação continuou a ser divulgada diariamente por frases prontas como a expressão conhecida "que atribui aos militantes o desejo de 'só servir para defender bandidos e marginais', como ainda, não raramente, se pode ouvir em programas de rádio e TV, especialmente aqueles voltados para os setores sociais que a grande mídia chama de 'classe D e E'" (RADDATZ, 2015, p.47).

O resultado destes programas fortalece o preconceito contra defensores e movimentos de direitos humanos, o que preserva "uma cultura excludente e geradora do medo que impede a compreensão dos princípios desses direitos em específico e dificultam a formação de uma sociedade na qual os indivíduos se reconheçam como sujeitos de direitos em geral" (RADDATZ, 2015, p.47). Assim, nota-se que a sociedade necessita de uma educação para os direitos humanos de modo que compreenda seu real significado, livre de pré-conceitos historicamente relacionados ao tema.

De modo geral, o resultado da Pesquisa reflete o sistema patriarcal medido por questões de violência contra a mulher e violação aos direitos humanos. Quando se fala no feminismo como modo de emancipação das mulheres e de ser o caminho para o reconhecimento da igualdade de gênero, busca-se oportunizar também aos homens que reconheçam o que representa ser mulher nessa sociedade e ajudem da forma que puderem, principalmente não reproduzindo o machismo e a misoginia tão presentes nos comentários e os atos de violência presentes nas notícias.

A busca pela igualdade envolve diversos fatores cotidianos, desde o respeito à diferença, o respeito à mulher e quando se fala em mulher, se refere a todo ser que se identifica como tal, até questões mais básicas que inclusive estão presentes nas legislações, mas que na prática não há sinal delas, como exemplo mais gritante: a equidade salarial entre homens e mulheres.

O reconhecimento da igualdade de gênero é um pilar do Estado Democrático de Direito, e desse modo, deve servir como base para qualquer ação do governo ou da sociedade. Bobbio (1992, p.208) afirma que "para além das razões de método, pode-se aduzir em favor da tolerância uma razão moral: o respeito à pessoa alheia. Também nesse caso, a tolerância não se baseia na renúncia à Própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia". Desse modo, busca-se apresentar a necessidade do feminismo como maneira de apresentar o mundo de forma que o respeito e a igualdade entre todos os seres humanos seja um fim universal. Não se busca apresentar verdades ou discuti-las, mas sim fatos que apresentam o ponto de vista do indivíduo que é violado e oprimido diariamente pelas mais diversas formas possíveis, e que busca acabar com qualquer forma de opressão para viver livre conforme sua dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O resultado do subprojeto Direitos Humanos na internet: um olhar sobre a mulher, inserido no Projeto de Pesquisa Mídia e Sociedade: o direito à Informação apresenta em sua maioria casos de violação aos direitos humanos das mulheres. As notícias de violência são as que mais repercutiram nos meios digitais. Os comentários com cunhos pejorativos referenciando as mulheres demonstram o caráter misógino e machista presente na sociedade e refletido nas redes.

Observa-se também a falta de conhecimento da sociedade a respeito do que são direitos humanos. Assim, afirma-se a necessidade de investir em uma educação que apresente tais direitos de forma livre de pré-conceitos, demonstrando seu real significado e apresentando a importância que tem o reconhecimento de tais direitos para viver com um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito que é a dignidade humana.

O resultado da pesquisa também aponta para um sistema de sociedade patriarcal em que nas relações de poder, a desigualdade entre homens e mulheres é evidente. A emancipação de muitas mulheres, como a ida do espaço privado para o espaço público, passa por situações das mais diversas, em que a mais clara delas

é a resposta violenta que os homens reproduzem ao não aceitarem tal condição. Dessa maneira, o feminismo luta para o fim de tal repressão e também para que os homens ajudem as mulheres nesta causa, pois é uma questão que envolve todos, visto que o machismo e o sistema patriarcal afeta tanto homens quanto mulheres, desenvolvendo estereótipos a cada um de modo que quem sair 'fora do padrão' será motivo de vergonha ou alvo de piadas.

É possível constatar a importância e a necessidade do reconhecimento da igualdade de gênero no campo material e formal. Desse modo, apresentou-se o feminismo como uma forma de visão de mundo em que esta igualdade pode ser atingida a partir da reflexão que se faz a respeito do cenário atual e histórico da condição da mulher.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** a experiência vivida. Volume 2, tradução Sérgio Milliet – 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

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

BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective**.** In: PETERS, Julie; WOLPER, Andrea (Orgs.) **Whomen's right humans rights**: internacional feminist perspectives. Nova York: Routledge, 1995. P. 11-17.

BUTLER Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. 12° ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

COLLING, Ana Maria. **Tempos diferentes, discursos iguais**: a construção histórica do corpo feminino. Dourados, MS: Ed UFGD, 2014.

DUDH. Declaração Universal de Direitos Humanos. In: www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf Acesso 23 de abril de 2018.

FINCO, Nina. Filósofa Judith Butler é agredida em Congonhas antes de deixar São Paulo ÉPOCA GLOBO. Disponível em: https://epoca.globo.com/cultura/noticia/2017/11/filosofa-judith-butler-e-agredida-em-congonhas-antes-de-deixar-sao-paulo.html . Acesso em: 15 de abril de 2018.

GARCIA, Janaina. Morte de mulheres é "verdadeira derrota" para o Brasil, diz ONG Human Rights Watc. UOL. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/18/morte-de-mulheres-e-verdadeira-derrota-para-o-brasil-diz-human-rights-watch.htm Acesso em: 18 de abril de 2018.

G1 Mato Grosso. Metade das 200 presas grávidas ou com filhos de até 12 anos em MT poderá aguardar julgamento em casa. Disponível em: https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/metade-das-200-presas-gravidas-ou-com-filhos-de-ate-12-anos-em-mt-pode-aguardar-julgamento-em-casa.ghtml Acesso em: 18 de abril de 2018.

G1. Biel é acusado de agredir esposa, Duda Castro, e diz que ela jogou um copo em seu rosto. Disponível em: https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/biel-e-acusado-de-agredir-esposa-duda-castro-e-diz-que-ela-jogou-um-copo-em-seu-rosto.ghtml Acesso em: 18 de abril de 2018.

G1 Rio de Janeiro. Morte de vereadora no Rio repercute na imprensa internacional. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/morte-de-vereadora-no-rio-repercute-na-imprensa-internacional.ghtml Acesso em: 02 de abril de 2018.

GONÇALVES, João Ricardo; LEITÃO, Leslie; ARAÚJO, Marina; TEIXEIRA, Patricia; G1 Rio e TV Globo. Vereadora do PSOL, Marielle Franco é morta a tiros na Região Central do Rio. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/vereadora-do-psol-marielle-franco-e-morta-a-tiros-no-centro-do-rio.ghtml Acesso em: 18 de abril de 2018.

LONGO, Ivan. Assédio no ônibus: Homem ejacula no pescoço de passageira na avenida Paulista. FÓRUM. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/2017/08/29/assedio-no-onibus-homem-ejacula-no-pescoco-de-passageira-na-avenida-paulista/. Acesso em: 15 de abril de 2018.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade:** um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí:

Unijuí, 2013.

PADILHA, Joaquim. Ministra de Direitos Humanos pediu R$ 300 mil retroativos a Temer. MIDIAMAX. Disponível em: https://www.midiamax.com.br/politica/2017/ministra-de-direitos-humanos-pediu-r-300-mil-retroativos-a-temer/ Acesso em: 18 de abril de 2018.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. **Educação e comunicação para os direitos humanos**. Ijuí: Unijuí, 2015.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história in: Pedro, Joana; Grossi, Miriam (orgs.)- **masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Ed.Mulheres,1998.

REIS, Vivian. Governo de SP confirma quarta morte de mulher em presídio feminino após denúncia. G1 GLOBO SÃO PAULO. Disponível em: https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/pastoral-carceraria-denuncia-quarto-caso-de-suicidio-em-tres-meses-em-penitenciaria-feminina-de-sp.ghtml Acesso em: 15 de abril de 2018.

SANTOS, André Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in) diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCOTT, Joan. **Gender:** a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. Tradução: Christine Rufino Dabat Maria Betânia Ávila. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1A_js0dViSdn2LEdD4fLYfgXxhNvBFhIl . Acesso em: 22 de abril de 2018.

TERRA. Quem é a misteriosa irmã de Kim Jong-un e nova "poderosa". Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/mundo/asia/kim-yo-jong-quem-e-a-misteriosa-irma-do-ditador-norte-coreano,2cfe4c755637f5d6c00f63b767729747nwik6vbt.html/ Acesso em: 15 de abril de 2018.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum:** para todas, todes e todos. 5ªediçaõ. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

UMA ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES, DOCUMENTOS E NORMAS, EM EDUCAÇÃO SEXUAL, ORIENTAÇÃO SEXUAL, GÊNERO E SEXUALIDADE NA PRODUÇÃO ACADÊMICO-CIENTÍFICA BRASILEIRA NO PERÍODO DE 2006 A 2015

Autor

RESUMO: Esta pesquisa qualitativa, é parte de uma pesquisa maior, de cunho teórico, trata-se de uma revisão sistemática. A investigação está inserida na Linha de Pesquisa "Formação de Professores, Teorias e Práticas Educativas" do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade La Salle e tem como objetivo analisar os descritores Educação Sexual, Orientação Sexual, Sexualidade e Gênero na Educação Básica no Brasil, presentes nas publicações realizadas em periódicos nacionais escritos em Língua Portuguesa no espaço temporal 2006-2015. O recorte ora apresentado trata-se das publicações selecionadas que tratam mais especificamente dos documentos e normativas que buscaram implementar e Educação sexual , Orientação sexual, Sexualidade e Gênero na educação brasileira, O corpus investigativo será composto pelas publicações realizadas em periódicos nacionais na área de avaliação da Educação, escritos em Língua Portuguesa, na base Scielo Educa. A análise dos dados realizou-se através da Análise de Conteúdo (BARDIN, 1988). Quanto à formação docente específicas para estas temáticas, os artigos apresentaram diferentes propostas e um significativo número de produções de estudos citando os PCNs (Parâmetros Curriculares Nacionais - Orientação sexual) entre outros documentos, políticas e normativas como norteadores destas formações, indicando programas e cursos aos docentes de uma forma mais integral e redimensionadora da sexualidade e gênero em seus diferentes aspectos que a Educação Sexual deve preconizar nas escolas.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo é um recorte de uma pesquisa qualitativa, de cunho teórico, que efetuou-se através uma revisão sistemática. e teve como objetivo analisar os descritores Educação Sexual, Orientação Sexual, Sexualidade e Gênero na Educação Básica no Brasil, presentes nas publicações realizadas em periódicos nacionais escritos em Língua Portuguesa no espaço temporal 2006-2015. O presente artigo percorrerá os 7 artigos selecionados que analisaram os Discursos, Legislações, Documentos e Normas com os descritores ES, OS, Gênero e Sexualidade. Define-se que esses artigos encontram os que remetem-se ao que se denomina nesta categoria documentos para orientar, legislar, regulamentar ou fundamentar legalmente as questões relativas ES, OS, Gênero e Sexualidade nos espaços educacionais: Altmann e Martins, 2009; Pereira e Bahia, 2011; Furlani, 2008; Lima e Dinis, 2007; Cesar, 2009; Stromquist, 2007; Viana, 2006.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este estudo é uma pesquisa qualitativa, com apoio em dados quantitativos, do tipo de revisão sistemática definida como de caráter bibliográfico e desta forma defini-se como "de caráter bibliográfico trazer em comum o desafio de mapear e de discutir uma certa produção acadêmica em diferentes campos do conhecimento, tentando responder que aspectos e dimensões" (FERREIRA, 2002, p. 257).

Quanto à revisão sistemática, Hearst, Grady, Barron e Kerlikowske (2003) descrevem que consiste em uma abordagem padronizada para identificar e apresentar aqueles estudos publicados – e, eventualmente, não-publicados – na literatura com relevância ao tema de interesse. Os procedimentos metodológicos comumente utilizados no processo de revisão sistemática incluem: (a) formulação da questão de pesquisa; (b) identificação dos estudos concluídos; (c) definição de critérios de inclusão e exclusão; (d) extração uniforme de características e resultados de cada estudo; (e) apresentação clara e uniforme dos resultados.

Uma revisão sistemática, de acordo com Munzlinger (2012), é um método de revisão bibliográfica do estado da arte, também, considerada como um processo de apoio à condução de estudos. É um meio de identificar, avaliar e interpretar todas as pesquisas disponíveis, atuais e relevantes para uma questão de pesquisa específica, área temática, ou fenômeno de interesse. Este tipo de pesquisa revisão sistemática tem como objetivos buscar fundamentação teórica relevante e levantar o estado da arte. Pretende-se resumir e confrontar as evidências existentes sobre um dado assunto, tema, problema, além de proporcionar a busca de novas linhas de investigação e identificar lacunas que se evidenciaram, recomendando pesquisas futuras.

A proposta metodológica de revisão sistemática demonstra, também, a crescente quantidade de produções acadêmicas e de pesquisas sobre as mais variadas áreas do conhecimento e a devolução e a utilidade pública das informações e seu retorno à sociedade. Assim Pillão (2009) aponta, como justificativa para elaboração dessas pesquisas, o significativo crescimento numérico (aspecto quantitativo) e a diversidade de enfoques (aspecto qualitativo) da produção científica desenvolvida em torno de uma área em um determinado período.

Na mesma linha de entendimento, quanto à importância da pesquisa que tem como metodologia a revisão sistemática, Simó (2010) destaca que essas pesquisas recaem na necessidade de dar visibilidade às produções das áreas.

Pretende-se identificar uma produção significativa e diversificada sobre a temática, ou seja, a pesquisa bibliográfica é um exaustivo estudo das produções acadêmicas sobre o tema pretendido. Neste sentido, Gil (2012, p. 50) destaca que "parte dos estudos exploratórios pode ser definido como pesquisas bibliográficas, assim como certo número de pesquisas desenvolvidas a partir da técnica de análise de conteúdo". A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas (GIL, 2012). A Caracterização do estudo é de uma pesquisa, de cunho teórico, é uma revisão sistemática e tem como objetivo analisar os descritores sobre Educação Sexual, Orientação Sexual, Sexualidade e Gênero presentes nas publicações realizadas em periódicos nacionais na área de avaliação da Educação, escritos em Língua Portuguesa, qualificados na base de dados EDUCA no espaço temporal de 2006 a 2015. o recorte do estudo aqui apresentado será de artigos que trataram mais especificamente de programas governamentais, legislação educacional e documentos norteadores sobre gênero e sexualidade na educação.

3 GÊNERO, SEXUALIDADE E NORMAS LEGAIS PARA A EDUCAÇÃO: PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS, LEGISLAÇÃO EDUCACIONAL E DOCUMENTOS NORTEADORES SOBRE GÊNERO E SEXUALIDADE NA EDUCAÇÃO

Parte-se, nesta pesquisa, de um entendimento que, a partir dos meados dos anos 80, iniciou-se uma intensa demanda por trabalhos na área da sexualidade nas escolas. A sexualidade, como um tema e fator constituinte do processo educativo, ocorreu somente nos anos 1980-2000; e a preocupação de órgãos públicos, as Secretarias de Educação das esferas municipal e estadual, também ocuparam-se em propor projetos de orientação sexual nas escolas. Isto se deu ao advento de alguns fatores que preocupavam educadores com relação às temáticas ligadas ao comportamento sexual de adolescentes, ao crescimento da gravidez das adolescentes e ao aumento da contaminação pelo HIV (vírus da AIDS). A princípio, acreditava-se que as famílias apresentavam resistência à abordagem dessas questões no âmbito escolar (RIBEIRO, 2004).

Convém também ressaltar que, em relação a estas questões, os anos 70 e 80, muitas destas iniciativas, em que se abordavam as temáticas relativas à sexualidade, acabaram por alimentar uma visão conservadora de educação sexual – uma espécie de política sexual voltada a conter ameaças à família e ataques à normalidade heterossexual (WEEKS, 1999, p.76). Conforme observa Louro (2004, p. 130), "as políticas curriculares são, então, alvo da atenção de setores conservadores, na tentativa de regular e orientar crianças e jovens dentro dos padrões que consideram moralmente sãos" .

Em relação às demais temáticas em torno das sexualidades, das homossexualidades, bissexualidades

e demais identidades e expressões de gênero, não são manifestações ou temáticas novas no espaço escolar. No entanto, no Brasil, só a partir da segunda metade dos anos de 1980, elas começaram a ser discutidas mais abertamente no interior de diversos espaços sociais – entre eles, a escola e a universidade (sobretudo nos programas de pós-graduação, a partir dos quais se constituíram núcleos de estudos e pesquisas sobre Gênero e a área de Estudos Gays e Lésbicos). Até então, nas escolas, quando os temas relativos à sexualidade apareciam no currículo, ficavam circunscritos às áreas de Ciências ou, eventualmente, à Educação Moral e Cívica que era uma disciplina adotada pelo Decreto-lei 869, de 12 de setembro de 1969, que vigorou de 1969 a 1986 (BRASIL, 1969).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990) são outros dois documentos fundamentais que embasam uma concepção moderna e democrática sobre os direitos das crianças e dos adolescentes. Ressalta-se a Constituição Federal de 1988 que define, no seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, não especificando, no entanto, o tema gênero e sexualidade. O ECA também não afirma os direitos em relação à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, possuindo antes um caráter de proteção em relação à exploração da sexualidade pelo mundo adulto (PIROTTA; PIROTTA, 1999).

Esta temática é destacada nas políticas públicas na área de gênero e sexualidade tais como: os Parâmetros Curriculares Nacionais (1998), propostos pelo MEC, cujo objetivo é incorporar no currículo de forma a compor um repertório articulado e aberto a novos temas entre eles: a Orientação Sexual, o Programa de Formação de Professores: Gênero e Diversidade na Escola, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais (2009).

No Brasil, a educação inclusiva está amparada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), que assegura o direito à escola a todas as pessoas (brasileiras ou estrangeiras residentes no País), sem discriminar negativamente singularidades ou características específicas de indivíduos ou grupos humanos. Também, a partir da promulgação da LDB 9394/96 questões referentes à formação de docentes e aos cursos de formação de docentes foram cada vez mais alvo de discussões (BRASIL, 1996).

Em 1997, diversas comissões de especialistas foram instituídas com a tarefa de realizar a elaboração das Diretrizes Curriculares para os cursos de nível superior do país. Entende-se que o tema gênero e sexualidade deve estar presente na formação de professores para atuar na educação básica, cujo professor tem a oportunidade de refletir sobre suas crenças, seus valores, seus discursos, suas ideologias, seu posicionamento frente à diversidade cultural, de gênero e sexual. "A universidade tem um papel importante nessa formação, podendo contribuir para uma sociedade menos homofóbica, misoginica e sexista, em prol do respeito e do reconhecimento das diversidades" (CRUZ, 2014, p.30).

Compartilha-se nesta pesquisa sobre ES, OS, Sexualidade e Gênero como descritores presentes nas publicações aqui analisadas, a noção de metodologia de ensino nos PCNs, propostos pelo MEC. Conforme os Parâmetros Curriculares Nacionais (1997), seu objetivo é incorporar no currículo de forma a compor um repertório articulado e aberto a novos temas. Entende o tratamento didático que contemple sua complexidade e sua dinâmica, dando-lhes a mesma importância das áreas convencionais. Neste sentido, currículo ganha em flexibilidade e abertura, uma vez que os temas podem ser priorizados e contextualizados de acordo com as diferentes realidades locais e regionais e outros temas podem ser incluídos (PCNs, 1998)

Sobre os PCNs, na sua versão Temas Transversais, apoia-se no sentido que o tema pode trazer a contribuição pedagógica-social:

> Por serem questões sociais, os Temas Transversais têm natureza diferente das áreas convencionais. Tratam de processos que estão sendo intensamente vividos pela sociedade, pelas comunidades, pelas famílias, pelos alunos e educadores em seu cotidiano. São debatidos em diferentes espaços sociais, em busca de soluções e de alternativas, confrontando posicionamentos diversos tanto em relação à intervenção no âmbito social mais amplo quanto à atuação pessoal. São questões urgentes que interrogam sobre a vida humana, sobre a realidade que está sendo construída e que demandam transformações macrossociais e também de atitudes pessoais, exigindo, portanto, ensino e aprendizagem de conteúdos relativos a essas duas dimensões. (BRASIL, PCNS: TEMAS TRANSVERSAIS, 1998, p. 26).

A Orientação Sexual como tema transversal é considerada, aqui neste estudo, como imanente aos processos de aprendizagem e composta por um conjunto de atividades escolares, propostas pelo professor, para atingir determinado objetivo (TRAVERSINI; COSTA, 2006). Longe de manter a neutralidade, caracteriza-se por ser historicamente construída envolvendo formas de saber, relações de poder e construções discursivas, relacionadas com as diferentes áreas do conhecimento; intencionalmente escolhidas para produzir determinado tipo de conduta do sujeito, seja em relação ao conhecimento a ser adquirido/ construído; seja em relação aos comportamentos esperados dele como aluno na escola e, independente do tempo, do espaço e das condições de seu desenvolvimento não é possível vincular a metodologia desenvolvida a uma postura progressista ou conservadora do professor (GORE, 1995).

Da mesma forma o documento PCNs em relação a Orientação Sexual na escola revela que:

> A escola, ao definir o trabalho com Orientação Sexual como uma de suas competências, o incluirá no seu projeto educativo. Isso implica uma definição clara dos princípios que deverão nortear o trabalho de Orientação Sexual e sua clara explicitação para toda a comunidade escolar envolvida no processo educativo dos alunos. Esses princípios determinarão desde a postura diante das questões relacionadas à sexualidade e suas manifestações na escola, até a escolha de conteúdos a serem trabalhados junto aos alunos. A coerência entre os princípios adotados e a prática cotidiana da escola deverá pautar todo o trabalho (BRASIL, MEC/PCNS, 1997 p. 299).

Desde a apresentação dos PCNs à comunidade educacional e, mais especificamente os PCNs tema transversal, a OE é designada à escola e a essa tem sido atribuída a responsabilidade de preencher algumas lacunas deixadas pelas famílias em educar seus filhos e filhas, sobre este tema, cabendo aos professores das diversas áreas do conhecimento a tarefa de orientação quanto à sexualidade, numa perspectiva transdisciplinar:

> [...] que os professores apresentam uma resistência para assumirem, na prática pedagógica, um trabalho sistemático, que envolva os vários aspectos da sexualidade, procurando eximir-se dessa tarefa, deixando-a a cargo dos professores de Ciências e/ou Biologia. Serão esses resultados consequência de como representam a sexualidade? Os docentes representam a sexualidade como um fator fundamental sobre o qual os alunos necessitam ser esclarecidos, o que vem demonstrar uma preocupação com problemas sociais, tais como: gravidez precoce, o aborto e a Aids. Mas os docentes se contradizem, apesar de mostrarem-se receptivos à discussão da temática da sexualidade, ela encontra-se associada aos valores, aos tabus e aos preconceitos deles (LIRA; JOFILI, 2011, p134)

Em relação à Orientação Sexual como tema transversal relacionado aos PCNs para esta temática, encaminham-se os educadores para uma visão mais problematizadora, requerendo dos alunos posicionamentos e reflexões e não uma disciplina conteudista, já desgastada nesta temática, como é o caso de atribuir ao professor de Ciências ou Biologia tratar este tema.

> O trabalho de Orientação Sexual na escola se faz problematizando, questionando e ampliando o leque de conhecimentos e de opções para que o próprio aluno escolha seu caminho. A Orientação Sexual aqui proposta não pretende ser diretiva e está circunscrita ao âmbito pedagógico e coletivo, não tendo, portanto, caráter de aconselhamento individual nem psicoterapêutico. Isso quer dizer que as diferentes temáticas da sexualidade devem ser trabalhadas dentro do limite da ação pedagógica, sem invadir a intimidade e o comportamento de cada aluno ou professor (BRASIL, MEC/PCNS,1997, p. 299).

Considera-se, também, como ponto de partida, de ações no âmbito educacional, que abordaram as temáticas sobre sexualidade e Gênero no período de 2006 a 2015, o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB (Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais "Brasil sem Homofobia" (BRASIL, 2004), considerado um programa de base fundamental para ampliação e fortalecimento do exercício da cidadania no Brasil.

É importante ressaltar, como política governamental para as questões de gênero e sexualidade, o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres através da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/ PR), foi criada em 1º de janeiro de 2003, com status de ministério. No item 7, destaca o reconhecimento da violência de gênero, raça e etnia como violência estrutural e histórica, que

expressa a opressão das mulheres que precisa ser tratada como questão de segurança, justiça e saúde pública; a inclusão das questões de gênero, raça e etnia nos currículos escolares. No item 10 deste documento, pontua a busca de práticas educativas, a produção de conhecimento, a educação formal, a cultura e a comunicação não discriminatória. (BRASIL, 2004)

A 3ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (3ª CNPM) ocorreu em dezembro de 2011, com 200 mil participantes em todo o país e 2.125 delegadas na etapa nacional. Como resultado, temos o PNPM (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres) 2013-2015, com maior inserção das temáticas de gênero em diversas frentes do governo. Destaca-se aqui os itens: 2- Educação para igualdade e cidadania e 9- Enfrentamento do racismo, sexismo e lesbofobia.

Em 2014, é aprovado o Plano Nacional de Educação (PNE)[1], Lei nº 13.005, de 25 junho de 2014, com vigência por dez anos. O plano indica a: "Construção de uma nova ética [...] de modo a incluir, efetivamente os grupos historicamente excluídos: entre outros, negros, quilombolas, pessoas com deficiências, povos indígenas, trabalhadores do campo, mulheres, lésbicas, gay, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT)" (BRASIL, 2011, p.56).

O documento acima apresentado, PNE (2014), considera dez diretrizes: **I** - erradicação do analfabetismo; **II** - universalização do atendimento escolar; **III** - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; **IV**- melhoria da qualidade da educação; **V** - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; **VI**- promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; **VII**- promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; **VIII**- estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; **IX** - valorização dos (as) profissionais da educação; **X** - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental. O PNE 2014, também, estabelece metas e estratégias.

Na meta 14, há uma emenda, proposta e apresentada por 10 deputados/as, que adiciona uma nova estratégia e tem como redação:

> desenvolver, garantir e ampliar a oferta de programas de formação inicial e continuada de profissionais do magistério [...] sobre sexualidade, diversidade, relações de gênero e Lei Maria da Penha n° 11.340/03, em instituições de ensino superior públicas, visando superar preconceitos, discriminação, violência sexista e homofóbica no ambiente escolar (BRASIL, 2011).

A homofobia é uma das principais causas de discriminação nas escolas. De acordo com uma pesquisa realizada em 500 escolas em 2010, pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), 26,6% dos/as alunos/as entrevistados/as concordaram com a afirmação "Eu não aceito a homossexualidade"; 25,2% concordaram com "Pessoas homossexuais não são confiáveis"; 23,2% com "A homossexualidade é uma doença"; 21,1% com "Os alunos homossexuais não são normais" e 17,7% com "Os alunos homossexuais deveriam estudar em salas separadas" (FIPE, 2010).

4 AS DETERMINAÇÕES OU NORMATIVAS LEGAIS EM EDUCAÇÃO SEXUAL, ORIENTAÇÃO SEXUAL, GÊNERO E SEXUALIDADE.

Considera-se, nesta pesquisa, que estas determinações ou orientações contidas nestes documentos são citadas, recomendadas ou avaliadas em diversos artigos analisados nesse trabalho de revisão sistemática. Ocorre que, nesta categoria a seguir analisada, entende-se que determinados artigos seguem um posicionamento descritivo ou reflexivo, mais diretamente as posições dos documentos propriamente dito. Por isso, esta escolha categórica destes estudos se fez necessária.

Retomam-se aqui alguns acontecimentos pontuais para contextualizar a partir de que período histórico e as possíveis determinações ou normativas legais, deste estudo pode considerar como práticas

[1] PNE – Plano Nacional de Educação.

educativas em ES nas escolas, no Brasil.

Pode-se entender que a educação sexual já é pensada nos anos de 1970, tendo em vista a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e curiosidades sobre a reprodução e fisiologia humana, incluída nos procedimentos pedagógicos sobre o planejamento familiar, nos espaços educacionais. No início dos anos 80, o discurso da saúde e da biologia ocupava intensamente espaço das práticas pedagógicas na sociedade. (CESAR, 2009)

Duas décadas mais tarde, a epidemia de HIV/AIDS tive um grande impacto na educação, na medida em que crescia o paradigma da informação como "arma" contra a epidemia. Assim, a escola, no início dos anos 90, foi tomada como um lugar fundamental para a propagação de informações sobre o "sexo seguro", as quais incluíam, além do contágio do HIV/AIDS e outras DSTs, a "gravidez na adolescência", que, para os especialistas, começou a ser tomada como um "problema pedagógico" importante. A partir desse momento, o discurso da sexualidade, nas escolas brasileiras, foi definitivamente colonizado pela ideia de saúde e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e da gravidez na adolescência, tomadas como sinônimo de problema de saúde física e social.

O tema da prevenção foi assumido de maneira tão definitiva que os programas estabeleceram uma conexão direta com outro problema que deveria ser debelado no interior da instituição escolar, isto é, o uso de drogas. Assim, projetos como prevenção de DST/AIDS, gravidez e uso de drogas foram desenvolvidos com base na ideia de prevenção como paradigma do discurso sobre a educação sexual (CADERNOS SECAD, 2007).

As preocupações em torno das sexualidades, das homossexualidades e das identidades e expressões de gênero também não são novas no espaço escolar. No entanto, no Brasil, só a partir da segunda metade dos anos de 1980, elas começaram a ser discutidas mais abertamente no interior de diversos espaços sociais – entre eles, a escola e a universidade (sobretudo nos programas de pós-graduação, a partir dos quais se constituíram núcleos de estudos e pesquisas sobre Gênero e a área de Estudos Gays e Lésbicos). "Até então, nas escolas, quando os temas relativos à sexualidade apareciam no currículo, ficavam circunscritos às áreas de Ciências ou, eventualmente, a Educação Moral e Cívica" (BRASIL, CADERNOS SECAD, 2007, p.12).

Retomando alguns aspectos importantes sobre como é a Educação sexual nas escolas, sedimentou-se, em orientações formais, na segunda metade dos anos de 1990, no âmbito de um conjunto de reformas educacionais, um importante documento denominado Parâmetros Curriculares Nacionais, produzido pelo governo brasileiro. Os PCNs (1998) foram concebidos como resposta e solução para grande parte dos problemas educacionais no Brasil, bem como resposta à inserção na Constituição de 1988 de temas oriundos dos movimentos sociais, tais como as questões étnico-raciais, o meio-ambiente, a educação sexual e as questões de gênero, esquecidas desde os projetos dos anos 70. Inspirada pela reforma educacional espanhola, organizada pelo partido popular, ultraconservador, no início dos anos 90, a educação brasileira tomou para si a concepção dos temas transversais e instituiu a educação sexual como um dos temas a serem trabalhados nos *PCNs*. O fascículo sobre o Tema Transversal *Orientação Sexual*, publicado em 1997, consolidou definitivamente a escolarização de uma educação do sexo (CÉSAR, 2004).

Demais documentos, referenciados em muitos artigos aqui selecionados, são ações no âmbito educacional, que abordaram as temáticas sobre sexualidade e Gênero no período de 2006 a 2015, como o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB (Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais "Brasil sem Homofobia" (2004), considerado um programa de base fundamental para ampliação e fortalecimento do exercício da cidadania no Brasil.

Também, importante ressaltar, como política governamental para as questões de gênero e sexualidade, o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres - PNPM (2004), através da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/ PR), foi criada em 1º de janeiro de 2003, com status de ministério. No item 7, destaca-se o reconhecimento da violência de gênero, raça e etnia como violência estrutural e histórica, que expressa a opressão das mulheres que precisa ser tratada como questão de segurança, justiça e saúde pública; a inclusão das questões de gênero, raça e etnia nos currículos escolares. No item 10 deste documento, pontua-se a busca de práticas educativas, a produção de conhecimento, a educação formal, a cultura e a comunicação não discriminatórias.

Importante destacar que, na categoria a seguir denominada, Discursos, Legislações, Documentos e Normas foram encontrados artigos científicos que foram classificados nos descritores ES, OS, Sexualidade e Gênero em uma discussão ou reflexão mais específica com estes documentos norteadores como, por exemplo, os PCNs (1997,1998). Ocorre que na leitura dos 62 artigos na pesquisa maior, 17 desses se referem de alguma forma aos PCNs[2] em seus textos. Essa ocorrência demonstra a relevância destes documentos como possíveis, norteadores e referenciais das políticas de implementação da Educação sexual nas escolas de educação básica no Brasil. Destacam-se aqui os artigos que citaram ou referenciaram os PCNs[3] em seus textos: Altmann (2007, 2009); Silva e Megid (2006); Alencar et al., (2008); Mano (2008); Coelho e Campos (2015); Santos (2011); Lima e Dinis (2007); Pereira (2011); Silva e Lacerda (2010); Quirino (2012); Rosislato (2009 A, 2009 B); Ferreira e Barzano (2013); Cesar (2009); Borges (2008); Viana e Unbehaum, (2006) textos estes referenciados nesta pesquisa.

5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Na temática categorizada como Discursos, Legislações, Documentos e Normas os artigos analisados discutiram como foram instauradas as políticas para ES, OS, Sexualidade e Gênero. Estas apontam que, atualmente, são diversos os fatores que demandam da sociedade brasileira a constituição de uma agenda social, política e educacional que, além de não mais negligenciar questões relativas a gênero, à identidade e à orientação sexual. Da mesma forma, situe estas políticas e normativas para ES, OS, Sexualidade e Gênero entre suas prioridades e as contemple a partir das perspectivas da inclusão social e da cultura dos direitos humanos. Nesse sentido, os artigos destacados que seguem, trazem discussões sobre estas temáticas, a partir de produções de artigos, selecionados neste estudo.

O estudo que Altmann e Martins (2009) traz como objetivo refletir sobre o tema da educação sexual à luz dos conceitos de ética, liberdade e autonomia. E ainda destaca as orientações dos PCNs no que refere ao trabalho com educação sexual na escola especialmente na questão ética de não seguir um modelo moral prescritivo. A questão ética, apontada nos PCNs (1997), quando se trata de trabalhar sexualidade e gravidez nas escolas, deveria seguir o sentido de produzir um processo de autonomia e liberdade nos educandos nas temáticas de sexualidade e gravidez.

No texto também eleito em destaque sobre ES, OS, Sexualidade e Gênero nas escolas, Pereira e Bahia (2011) discutem que a educação é um direito fundamental garantido internacional e nacionalmente. Estes autores apontam que um passo adiante no ensino sobre diversidade sexual na escola foi dado em 2004, quando, a partir do citado programa "Brasil sem Homofobia", é criada a SECAD (Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade). Pereira e Bahia (2011) defendem uma educação sexual emancipatória, ou seja, uma educação na perspectiva que não se restringe ao mero aprendizado dos aspectos anatômicos e biológico do corpo humano. Ou seja uma educação sexual que dirija-se a uma vivência saudável, amorosa e segura da sexualidade como um componente tão importante, como os demais do desenvolvimento humano.

Outra situação importante a ser novamente mencionada é a que está colocada no texto de Cesar (2009), que analisa os principais caminhos "epistemológicos" que os discursos sobre a sexualidade e o gênero percorreram na instituição escolar ao longo de quase um século. A partir de uma perspectiva ancorada nos conceitos de Foucault (1984, 1986, 1988) especialmente as noções de dispositivo da sexualidade e biopolítica, analisou-se essa produção discursiva e institucional acerca da sexualidade. O autor deste artigo engendra nesta visão a compreensões sobre a diversidade sexual por meio de questionamentos oriundos da teoria

[2] Convém ainda salientar qual o ordenamento legal dos PCNs: Os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs) são diretrizes concebidas pelo Governo Federal, divididas por disciplinas, que servem como referência e como base para municípios e Estados construírem seus currículos, demonstrando, portanto, o que os professores devem ensinar. Os PCNs não têm **caráter legal e não eram obrigatórios,** mas foram amplamente adotados pelas redes públicas e particulares do Brasil.

[3] Os Principais documentos intitulados PCNs (Parâmetros Curriculares Nacionais) citados ou referenciados nos 17 artigos foram: **Parâmetros curriculares nacionais**: apresentação dos temas transversais, ética. Brasília: MEC/SEF, 1997., **Parâmetros curriculares nacionais**: pluralidade cultural, orientação sexual. Brasília: MEC/SEF, 1997, **Parâmetros Curriculares Nacionais:** terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais. Brasília: MEC/SEF, 1998, **Parâmetros curriculares nacionais**: Orientação Sexual. SEF ⊠ Brasília: MEC, 1998, **Parâmetros Curriculares Nacionais:** Ensino Fundamental: Orientação sexual. Brasília: Ministério da Educação, 1999.

Queer, tomada como referência decisiva para a discussão da fala docente e de documentos oficiais presentes na escola a respeito de gênero e sexualidade.

No estudo selecionado, Stromquist (2007), examina o conceito de qualidade de ensino no contexto das principais políticas globais e regionais propostas por agências financiadoras internacionais. Conclui que os discursos desses grupos distintos e influentes revelam que a qualidade é definida e avaliada exclusivamente em termos cognitivos e reduzida as duas habilidades básicas: matemática e leitura. A qualidade, portanto, está dissociada de processos de transformação social, aos quais a educação deveria prestar uma contribuição essencial. A autora enfatiza que é necessário que a qualidade ultrapasse a questão do acesso e inclua o tratamento igualitário de meninas e meninos na sala de aula, bem como um conteúdo curricular que despolarize o conhecimento das identidades de gênero que afetam o cotidiano das pessoas, tais como educação sexual, violência doméstica e cidadania.

Vianna e Unbehaum (2006) corroboram com as posições de Stromquist (2007) quando ponderam que a defesa da qualidade da educação é um consenso no Brasil. No entanto, ambos os autores afirmam que, quando se fala em qualidade da educação, significa atribuir um sentido para a escola. Dessa forma, a importância na construção de um projeto de qualidade, no qual deve-se incluir o reconhecimento da importância da etnia, da geração, da diversidade sexual e do gênero nas relações escolares e na formação docente.

Ressalta-se que o estudo Vianna e Unbehaum (2006) examina a inclusão da perspectiva de gênero na educação infantil e no ensino fundamental, no período de 1988 a 2002, com ênfase no Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil (RCNEI) e nos Parâmetros Curriculares Nacionais para o ensino fundamental (PCN). Os autores concluem que, embora esses documentos constituam importantes instrumentos de referência para a construção de políticas públicas de educação no Brasil, a partir da ótica de gênero, contribuindo com a formação e com a atuação de professoras e professores, essas políticas não são devidamente efetivadas pelo Estado até este estudo ter sido concluído.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recente estudo de Vieiera e Matsukura (2017) ressaltam que deve-se repensar o modo como as práticas de ES são desenvolvidas para que estas se aproximem do que é preconizado pelas políticas, de forma que seja possível a superação do modelo curricular e disciplinar predominante nas intervenções de educação sexual nas escolas. Conforme preconizado pelos PCNs, a sexualidade é uma temática a ser abordada de forma transversal e interdisciplinar nas escolas.

A Educação começa desde o nascimento, ocorrendo no âmbito familiar, na comunidade, no trabalho, junto com os amigos, nas igrejas, na mídia e na escola. E para alcançar o desenvolvimento pleno do indivíduo, faz-se necessário que a escola exerça seu papel de instituição educacional inserindo a orientação sexual a fim de capacitar a criança a lidar com a própria sexualidade. No entanto, os PCNS foram substituídos a partir de 15 de Dezembro 2015 pela Base Nacional Comum Curricular que determinará o conteúdo que todas as escolas do País deverão ensinar, garantindo desta forma equidade ao sistema educacional.O documento é uma substituição aos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), criados pelo governo federal com a finalidade de servir comto referência na elaboração dos currículos das redes.

A análise do texto da Base Nacional Comum Curricular (MEC, 2016) revela que a **orientação sexual**, antes contemplada pelos PCNs como um dos temas transversais a ser trabalhado em sala de aula, não aparece entre os chamados temas integradores do novo documento.Os temas integradores dizem respeito a questões que atravessam as experiências dos sujeitos em seus contextos de vida, contemplando aspectos para além da dimensão cognitiva, dando conta da formação política, ética e identitária dos estudantes, assim como estados e municípios retiram de seus planos de educação referencias a identidades de gênero, diversidade e orientação sexual.

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) parece não conter a mesma concepção dos PCNs. Esta perspectiva parece derivar da própria concepção que estrutura a Base, extremamente organizada em

termos de séries e disciplinas. Enquanto os temas transversais, propostos pelos PCNs, a orientação sexual podia ser discutida desde o primeiro ano do Ensino Fundamental até o último do Ensino Médio, isto é, deveria permear toda a educação do aluno. O sentido da transversalidade diz respeito à possibilidade de se estabelecer, na prática educativa, uma relação entre aprender na realidade e da realidade de conhecimentos teoricamente sistematizados (aprender sobre a realidade) e as questões da vida real (aprender na realidade e da realidade) (PCNs, 1997).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, R. A.; SILVA, L.; SILVA, F. A.; DINIZ, R. E. S. Desenvolvimento de uma proposta de educação sexual para adolescentes. **Ciência e Educação**, Bauru: UNESP, v. 14, n. 1, p. 159-168, 2008.

ALTMANN H.. A sexualidade adolescente como foco de investimento político-social. **Educ. Rev.** [online]. 2007, n.46, pp. 287-310. ISSN 0102-4698.

_____. Educação sexual em uma escola: da reprodução à prevenção. **Cad. Pesquisa.** [online]. 2009, vol.39, n.136, pp. 175-200. ISSN 0100-1574.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 869, de 12 de Setembro de 1969.** Dispõe sobre a inclusão da Educação Moral e Cívica como disciplina obrigatória, nas escolas de todos os graus e modalidades, dos sistemas de ensino no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-869-12-setembro-1969-375468-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 de Abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 8.069**. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 13 de julho de 1990.

_____. **Lei nº 9.394**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 26 de dezembro de 1996.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: apresentação dos temas transversais, ética. Brasília: MEC/SEF, 1997.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: pluralidade cultural, orientação sexual. Brasília: MEC/SEF, 1997.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares Nacionais:** terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais. Brasília: MEC/SEF, 1998.

_____. **Parâmetros curriculares nacionais**: Orientação Sexual. SEF. Brasília: MEC, 1998.

_____. **Parâmetros Curriculares Nacionais:** Ensino Fundamental: Orientação sexual. Brasília: Ministério da Educação, 1999.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares Nacionais**: pluralidade cultural e orientação sexual. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

_____. **Lei nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 2011, 2014.

_____. **Plano nacional de políticas para as mulheres**. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

_____. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (Secad/MEC). **Gênero e diversidade sexual na Escola**: Reconhecer diferenças e superar preconceitos/ Cadernos SECAD. 4. Brasília, 2007.

CESAR, M. D. A. Lugar de Sexo é na Escola? Sexo, Sexualidade e Educação sexual. In: **Sexualidade**. Secretaria de Estado da Educação. Superintendência de Educação. Departamento de Diversidades. Núcleo de Gênero e Diversidade Sexual. Curitiba: SEED - PR, 2009, p. 49 - 58.

COELHO, L. Jorge; CAMPOS, L. M. Lunardi. Diversidade sexual e ensino de ciências: buscando sentidos. **Ciência educ**.[online]. 2015, vol.21, n.4, pp. 893-910. ISSN 1980-850X.

CRUZ, Lilian Moreira**. Discursos cambiantes sobre corpo, gênero e sexualidade no curso de Pedagogia da UESB.** Jequié: UESB, 2014.

FERREIRA, N. S de A**.** As pesquisas denominadas "estado da arte". **Revista Sociedade & Educação**, ano XXIII, n. 79, agosto de 2002.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GORE, J. M. Foucault e a Educação: Fascinantes Desafios. IN: SILVA. Tomaz Tadeu da. **O sujeito da Educação:** estudos foucaultianos. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

HEARST, N.; GRADY, D.; BARRON, H. Y.; KERLIKOWSKE. Pesquisas com dados existentes: Análise de dados secundários, estudos suplementares e revisões sistemáticas**.** IN: HULLEY, S. B.; CUMMINGS, S. R.; BROWNER, W. S.; GRADY, D. G.; NEWMAN, T. B.. **Delineando a pesquisa clínica**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

LIMA, F. M.; DINIS, N. F. Corpo e gênero nas práticas escolares de Educação Física. **Currículo sem Fronteiras**, v.7, n.1, p.243 - 252, Jan/Jun, 2007.

LIRA, A.; JOFILI, Z. O tema transversal orientação sexual nos PCN e a atitude dos professores: convergentes ou divergentes? **Ensino, Saúde e Ambiente**, Niterói, v. 3, n. 1, p. 22-41, 2010. Disponível em: <http://www.ensinosaudeambiente.uff.br/index.php/ensino saudeambiente/article/view/105/104>. Acesso em: 27 Abril. 2018.

MANO, . M. F.**_Amor e sexo: mitos, verdades e fantasias de jovens avaliam potencial de material multimídia educativo em saúde. R.J.** Ciência & Educação, v. 15, n. 3, p. 647-658, 2009.

MUNZLINGER, E.. **Sistematização de revisões bibliográficas em pesquisas da área de IHC.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Campina Grande, 2012.

PEREIRA G. R. e BAHIA A. G. M. F. **Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola:desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático.** Curitiba: Educar em Revista, Editora UFPR n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011.

PILLÃO, D**. A pesquisa no âmbito das relações didáticas entre matemática e música:** estado da arte. 109f. Dissertação (Mestrado em Educação). Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PIROTTA, W. R. B.; PIROTTA, K. C. M. O adolescente e o direito à saúde após a Constituição de 1988. In: SCHOR, N.; MOTA, M. S. F. T.; BRANCO, V. C. (Org.). **Cadernos Juventude, Saúde e Desenvolvimento.** Brasília, DF: Ministério da Saúde: Secretaria de Políticas de Saúde, 1999.

QUIRINO G da S. e ROCHA J. B. da **Sexualidade e educação sexual na percepção docente.** Curitiba: Educar em Revista, Editora UFPR n. 43, p. 205 a 224, jan./abr. 2012.

ROSISTOLATO**, P. da R. Gênero e cotidiano escolar: dilemas e perspectivas da intervenção escolar na socialização afetivo-sexual dos adolescentes**. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(1): 296, janeiro-abril/2009.

ROSISTOLATO**, P. da R. Orientação sexual na escola: expressão dos sentimentos e construção da autoestima.** R. bras. Est. pedag., Brasília, v. 90, n. 225, p. 367-384, maio/ago. 2009.

SANTOS, R. A. P. dos. Corpo, sexualidade e diferença: um ensaio sobre a convivência escolar. **Contrapontos** [online]. 2011, vol.11, n.03, pp. 288-298. ISSN 1984-7114.

SILVA R. C. P. e MEDG J. **Formação de professores e educadores para abordagem da educação sexual na escola: o que mostram as pesquisas.** *São Paulo,Ciência* E *Educação*, v. 12, n. 2, p. 185-197, 2006.

SILVA, A. C. da; SIQUEIRA, V. H. Ferraz de e LACERDA, N. G. **Literatura e sexualidade: visibilidades e silenciamentos nas apropriações docentes. Educ. Real.** [online]. 2010, vol.35, n.01, pp. 233-251. ISSN 0100-3143.

SIMÓ, C. H. **O estado da arte das teses acadêmicas que abordam arte e inclusão:** um recorte de 1998 a 2008 no Brasil. 2010. 181f. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais). Centro de Artes, Universidade do Estado de Santa

Catarina, Florianópolis, 2010.

RIBEIRO. (Org). **Sexualidade e educação:** aproximações necessárias. São Paulo: Arte & Ciência, 2004.

TRAVERSINI, C. S.; COSTA, Z. L. S. Formas de ensinar produzem o aprender? **VI Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul**. Anais. Santa Maria, RS: UFSM, 2006.

WEEKS, J. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado:** pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

CRISE DA DEMOCRACIA: REFLEXOS NO MOVIMENTO FEMINISTA

Amanda Netto Brum[1]

Jessica Cristianetti[2]

RESUMO: A pesquisa analisa os principais avanços da teoria feminista na perspectiva da Democracia em tempos de crise. Tenciona assim entender o atual contexto democrático vivenciado no Brasil, e posteriormente como isso afeta o desenvolvimento das lutas feministas. Por fim, suscita a reflexãosobre as possibilidades democráticas de se manter estáveis as demandas dos movimentos feministas, pensando-se em uma justiça tripartite pautada na teoria dos contrapúblicos subalternos e na paridade de participação dos indivíduos afetados. Para tanto, a técnica de pesquisa da documentação indireta utilizada foi a documental. Promoveu-se ainda a revisão bibliográfica ancorada na teoria de Nancy Fraser e comentadores. Compreendeu-se que, com o início do atual governo, vivenciou-se uma onda de suspensão de conquistas/direitos das minorias sociais,e tais retrocessos vêm atingindo as mulheres de forma específica. Resta comprovado que, em tempos de crise, torna-se fundamental pensar sobreo atual contexto democrático experienciado no Brasil- e consequentemente dos movimentos sociais, fundamentalmente o feminismo-haja vista a relevância de não apenas validar a concessão de direitos, mas especialmente a manutenção das demandas dos movimentos sociais já conquistadas. Por conseguinte, é premente concluir que a oportunidade do ativismo das mulheres constituído pela multiplicidade de esferas públicas concorrentes contra-hegemônicas pode desvelar-se na forma de uma estratégia adequada para viabilizar o avanço na efetivação do direito das/para as mulheres, baseando-se na interseccionalidade implicada nesse contexto -ou seja, em que medida pode proporcionar a desconstrução da desigualdade de gênero, na esfera do reconhecimento, da redistribuição e representação,em nível transnacional.

Palavras-chave: Democracia. Gênero. Contrapúblicos Subalternos.

CRISIS DEMOCRACY: REFLEXES IN THE FEMINIST MOVEMENT

ABSTRACT: The research analyzes the main advances of feminist theory in the perspective of democracy in times of crisis. It intends to understand the current democratic context experienced in Brazil, and later how this affects the development of feminist struggles. Finally, it raises a reflection on the democratic possibilities of maintaining the demands of the feminist movements, considering a tripartite justice based on the theory of subaltern counterpublics and on parity of participation of the affected individuals. To do so, the research technique of the indirect documentation used was documentary. We also promoted the bibliographic review anchored in the theory of Nancy Fraser and commentators. It was understood that, with the beginning of the current government, there was a wave of suspension of achievements / rights of social minorities, and such setbacks have hit women specifically. It remains to be seen that, in times of crisis, it is fundamental to think about the current democratic context experienced in Brazil - and consequently the social movements, fundamentally feminism - has the relevance of not only validating the granting of rights, but especially the maintenance of demands of the social movements already conquered. It is therefore imperative to conclude that the opportunity for women's activism constituted by the multiplicity of competing public counter-hegemonic spheres can be unveiled in the form of a suitable strategy to enable progress to be made in the realization of women's rights, in the intersectionality implied in this context - that is, to what extent it can provide the deconstruction of gender inequality in the sphere of recognition, redistribution and

[1] Discente de Doutorado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em direito e justiça social – FURG/RS.

[2] Discente de Doutorado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em direito público pela mesma Instituição. Bolsista CNPQ.

representation, at the transnational level.

Key-words: Democracy. Gender. Subaltern counterpublics.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de crise das instituições democráticas- principalmente após junho de 2016[3]- calham a reflexão acerca dos direitos das mulheres até aqui consagrados e a ponderação sobre como caminhar daqui para frente, em se tratando de reconhecimento, de redistribuição e de representação. Nessa perspectiva, a conquista de direitos para as mulheres ainda caminha lentamente, ainda que com dificuldade busque avançar a cada dia. Ademais, após o *impeachment* da primeira mulher Presidenta do Brasil e da instauração de um novo governo liderado por um homem - que como primeiro ato extinguiu importantes Ministérios para as minorias sociais, como o Ministério da Cultura, das **Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos**, dos quais, os últimos dois com seus respectivos assuntos debatidos no domínio do **Ministério da Justiça e Cidadania- convém discutir o futuro das pautas sociais no atual mandato presidencial, enfatizando-se as questões de gênero.**

A democracia abarca o ambiente cujas demandas devem ser reivindicadas, embora se questione: a esfera pública tradicional, como propugna Habermas, é capaz de abarcar a interseccionalidade de gênero? Nesse sentido, mostra-se importante a contribuição da teórica do reconhecimento Nancy Fraser, já que constrói uma teoria tripartite da justiça e o conceito de contrapúblicos subalternos a partir de um viés deontológico e não sectário. Então, para refletir sobre a atualidade da Democracia e dos movimentos feministas, como referencial teórico recorreu-seos estudos de Flávia Biroli, historiadora que se dedica aos estudos de gênero e democracia; de Luis Felipe Miguel, estudioso da Democracia e das desigualdades; e de Maria Eugenia Bunchaft, jurista que teoriza acerca da democracia e da filosofia política de gênero.

2 DEMOCRACIA EM CONTEXTO DE CRISE

Para situar o contexto brasileiro, é necessário remontar alguns anos. Em 2010, uma mulher alcançou o mais alto cargo político nacional: a Presidência da República. Após a reeleição para o segundo mandato em 2014, foi acusada de crime de responsabilidade, e em junho de 2016, o Congresso Nacional aprovou o *impeachment* de Dilma Rousseff, cujo cargo foi tomado pelo Vice-Presidente Michel Temer[4]. Insta ressaltar que os partidos políticos de ambos abrangem agendas antagônicas, o que acabou por afetar a democracia nacional, posto que em vez de Michel Temer continuar o projeto político do Governo de Dilma Rousseff, não foi o que aconteceu, deixando clara e evidente a fragilidade da Democracia brasileira, entre outras situações que serão expostas.

Neste capítulo objetiva-se refletir sobre as políticas afirmativas para mulheres desenvolvidas no âmbito do governo petista, e posteriormente analisar como podem ser pensadas hoje, em um contexto de crise de legitimidade democrática. Nesse panorama,"A conjuntura brasileira e mundial pode ser entendida como de profunda crise política e econômica, mas também de ampliação e redefinição de movimentos e organizações que têm como objetivo reformar ou revolucionar a sociedade e renovar a democracia". (BIROLI, 2017, p. 89).

Biroli (2017) volta o olhar para a esquerda no Brasil, e na senda de seus obstáculos e de seus potenciais, rememora que a ação mais próxima e conjunta com o Estado se iniciou com a chegada do Partido dos Trabalhadores (PT) ao poder, fortemente vinculado a movimentos sociais - como o das mulheres. À vista disso, entre 2003 e 2016, o movimento de mulheres atingiu ampla participação nas disputas políticas e na elaboração de políticas públicas no âmbito do Estado, das quais, muitas atividades ocorridas no contexto

[3] O contexto social e político que marca a referida data será explicado no tópico 1.

[4] Dilma Rousseff, concorrendo como *cabeça de chapa*, e Michel Temer, como vice, formaram a coligação *Coma Força do Povo*, composta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), sagrando-se vitoriosos nas eleições presidenciais em 2014.

de importantes Ministérios. Em ressalva à *era Petista*[5] no governo, Biroli (2017) esclarece que a ação dos movimentos de mulheres em conjunto com o Estado foi ambivalente nesse espaço de tempo, já que possibilitou acumular experiências, avançar certas demandas feministas, entretanto, limitou-se frente às alianças conservadoras com as quais o PT governou durante todos esses anos.

Para o alcance do poder, promoveram-se então alianças políticas com pastas conservadoras, religiosas, neoliberais, o que ocasionou limitações ao poder do PT para criar e desenvolver demandas mais inclusivas. Na visão de Miguel e Biroli (2017), a fase do PT no poder foi compreendida como um novo ciclo dentro do ciclo da Constituinte de 1988, cuja ascensão conglobou como características:

> a ampliação dos investimentos sociais, a redução da pobreza e o aumento do valor real do salário mínimo. Um novo ativismo estatal rompe com o credo do livre mercado que orientava gestões precedentes. Ao mesmo tempo, permanece a alta lucratividade dos bancos e das grandes empresas, sem maiores desafios ao rentismo ou à transferência do fundo público para investidores privados. (MIGUEL; BIROLI, 2017, p. 08).

Em outras palavras, para aqueles eleitores que esperavam amplos processos de retirada de poder das grandes organizações econômicas, reestruturação efetiva de classes e promoção dos direitos de minorias em grande abrangência, não foi bem assim. O PT, para poder implementar as demandas dos movimentos sociais, teve que ao mesmo tempo permitir o desenfreado lucro econômico das grandes corporações, dentro do possível no contexto capitalista. Ou seja, a ideia é a de que o PT conseguira prover auxílio para os mais pobres, contudosem prejudicar os lucros da elite. (MIGUEL; BIROLI, 2017). Na mesma linha de raciocínio, Pinto (2017, p. 148) pondera que

> Não parece haver barreiras intransponíveis para as democracias sobreviverem em sociedades desiguais; o que é facilmente verificável são seus limites de promover sociedades direcionadas para a justiça social, uma vez que suas elites estão sempre muito atentas em impedir transformações que possam diminuir as desigualdades a ponto de ameaçar seus interesses e privilégios.

Na leitura de Miguel e Biroli (2017, p. 08), "o PT que chegou ao poder em 2003[6] era uma versão bastante modificada do partido criado pouco mais de duas décadas antes. Se um dia foi criticado por ser demasiado principista e sectário, agora se mostrava pragmático e acomodatício". No entanto, mesmo assim viabilizou o engajamento de grupos minoritários na política - muitas vezes, à margem, mas comacesso ao Estado como nunca visto antes-desafiando hierarquias e provocando a atuação dos movimentos sociais no país.Em concordância com a concepção de Nancy Fraser, pode-se então concluir que o PT cumpriu uma agenda de políticas afirmativas e não transformativas[7].

Nesse ínterim,o *impeachment* de Dilma foi ocasionado por forças capitalistas que não mais aceitavam os avanços dos direitos das minorias estigmatizadas, e que apesar de o governo ter feito pouco,contemplaram o suficiente para atingir o mais alto cargo político nacional. (Miguel; Biroli, 2017). Logo, o que se intenta depreender com tal exposição sobre o governo petista é que "A retirada de uma presidente sem que houvesse crime de responsabilidade revela que a regra de que o voto é a única porta de entrada para o poder político foi "flexibilizada"". (MIGUEL; BIROLI, 2017, p. 09).

Explica-se: sabe-se que a discussão da existência (ou não) de crime de responsabilidade no governo Dilma revela-se controversa, porém parte-se da perspectiva dos teóricos, até porque dois dias após o

---

[5] Nesse escrito, a *era petista* refere os trezeanos emque o Partido dos Trabalhadores conduziu o Governo Federal do Brasil, inicialmente com Luiz Inácio Lula da Silva como Presidente da República, e após, dois mandatos com Dilma Rousseff à frente do Governo Federal brasileiro.

[6] Em 2003, o Partido dos Trabalhadores com Luiz Inácio Lula da Silva chega pela primeira vez à Presidência da República brasileira.

[7] Fraser (2001) distingue remédios afirmativos e transformativos: os primeiros estão conectados ao "multiculturalismo dominante", em que advoga reparar o desrespeito por meio da reavaliação das identidades injustamente desvalorizadas de grupos, deixando intactos tanto o conteúdo dessas identidades, quanto as diferenciações de grupos que as embasam.Portanto, a forma como o governo petista governou foi pautada em remédios afirmativos, pois, ao mesmo tempo em que se objetivava auxiliar as camadas mais vulneráveis da sociedade, não havia impacto na estrutura de base de toda a desigualdade - qual seja, o grande lucro das importantes corporações. Porém, é possível compreender que muitas desses remédios afirmativos têm efeitos transformativos em longo prazo, como é possível visualizar-se com as cotas sociais, por exemplo.

impeachment, o Senado aprovoua lei que permitiu uma das formas de pedalada pela qual Dilma foi retirada do cargo presidencial - o que no governo Temer seria possível sem nenhum tipo de acusação por crime de responsabilidade. Com esse pensamento, é nítido que a Democracia resta abalada, tendo em vista que os Congressistas representantes do povo brasileiro votaram pelo *impeachment* fundamentando-se em Deus ouno futuro de seus filhos, afirmando que seria o fim da corrupção - ou seja, nada que realmente justificasse o voto a favor do *impeachment* pela acusação de crime de responsabilidade- num contexto que sugeriu vontades particulares à frente do voto como instituto supremo da Democracia. Miguel (2017, p. 46) assertivamente constata que

> A democracia brasileira era reconhecidamente falha, mesmo sem levar em conta sua ligação com o avanço social. Ela ainda era insuficientemente inclusiva, com um eleitorado imaturo, atravessada por práticas patrimonialistas, sujeita a formas de manipulação da vontade coletiva – as críticas eram variadas, dependendo de onde partiam. Mas era consensual a idéia de que suas regras tinham chegado para ficar, em particular o fato de que *o poder político deveria ser conquistado pelo voto*. (grifos nossos).

Miguel (2017) aduz ainda que a democracia requer a anuência dos governados por meio dovoto, o que teria sido abandonado com o *impeachment*.Com isso ocorreua ruptura do consenso de que o voto popular sintetiza o único meio autêntico de alcançar o poder, o que simbolizaum perigo para a manutenção de um estado democrático.

O Presidente Michel Temer, com a anuência do Congresso e o consentimento do Supremo Tribunal Federal (STF), procurou avançar rapidamente na agenda de retrocesso que almeja impor ao Brasil. Algumas iniciativas de seu governo já apontam que este é o futuro pretendido, como a aprovação da reforma trabalhista, o avanço do fundamentalismo, as intervenções militares para conter a violência, o corte de políticas sociais, a extinção de Ministérios importantes, dentre outras ações. (MIGUEL, 2017)

Tais análises oportunizam inferir que as estruturas da Democracia restam abaladas e que o movimento feminista perde forças, por motivos como a tomada do poder por um partido que não se fundamenta em movimentações sociais em prol de minorias; a exclusão do Ministério das Mulheres e a composição de Ministérios apenas por homens; a relativização do voto como poder de elegibilidade; o avanço do fundamentalismo; e o teto dos gastos públicos que poderá afetar as políticas públicas até aqui desenvolvidas.

Em contrapartida, quando a esquerda comandava o país havia forte cobrança pela incorporação das demandas feministas, o que hoje perde força com o atual governo, num contexto de crise democrática. Posto isso, delineia-se o panorama estabelecido pelos estudiosos que embasaram esta pesquisa, e diante disso, a próxima etapa do trabalho versa sobre a discussão e as consequências desse período para o movimento feminista e social como um todo.

3 UMA ANÁLISE DO FEMINISMO

O feminismo tem experimentado uma série de formatos e de discursos, embora ainda assim se constitua a partir de um núcleo essencial de valores e de metas que define identidades e abrange toda a polifonia cultural do próprio movimento. Dessa feita, "a tarefa fundamental deste movimento, realizada por meio de lutas e discursos, é a de (re)construir as identidades femininas destituindo as instituições sociais da marca de gêneros". (CASTELLS, 2010, p. 237). A rigor, a força e a vitalidade do movimento feminista residem em sua diversidade e em seu poder de adaptar-se aos diversos contextos, (re)organizando-se as fontes de resistência à dominação. (CASTELLS, 2010).

Há que se considerar, nesse âmbito, que o feminismo, com múltiplos discursos, foi alavancado por lutas e por discursos que propunham - e ainda propõem - basicamente a reconstrução das identidades femininas, desestabilizando e subvertendo as instituições sociais das marcas de gênero. (BUTLER, 2015). Todavia, nas variadas fases do movimento, muitas foram as bandeiras de luta pelas quais as necessidades políticas de cada tempo possibilitaram - e possibilitam - discursos distintos em diferentes contextos históricos. Além disso, as intersecções sociais e culturais do feminismo com movimentos de lutas de

diferentes classes e grupos configuraram e delinearam diferentes espaços dos movimentos, assim como diversas fases - as quais se popularizaram como *ondas*. (NARVAZ; KOLLER, 2006).

Historicamente, o feminismo tornou-se, a partir da década de 1980, mais plural, mais presente e mais visível em novos espaços: nos Estados, nos organismos internacionais, na Academia e na cultura. (MONTEIRO, 2014). Na América Latina, as vozes feministas ecoaram inicialmente nas novas tendências econômico-políticas iniciadas na região. O feminismo latino-americano "transformou suas estratégias de incidência de maneira que fossem mais contundentes e pragmáticas nos novos cenários de relações de poder e opressões de gênero que os fenômenos do neoliberalismo unidos à globalização carregavam consigo". (MONTEIRO, 2014, p.77).

No Brasil, por sua vez, "as lutas feministas são localizadas, inicialmente, na resistência à ditadura militar de 1964. Os primeiros grupos e encontros assim caracterizados - como feministas- se deram no início de 1970". (BIROLI, 2017, p. 104). Nesse sentido, na década de 1980, no cenário latino-americano e em especial no Brasil, o movimento feminista se ampliou, e seus eixos de questionamentos e de atuação passaram a relacionar-se com as dimensões de cidadania. De lá para cá, o movimento feminista brasileiro englobou novos espaços e diferentes grupos de mulheres. "As feministas brasileiras estiveram envolvidas na construção de documentos que resultaram de encontros internacionais sobre direitos humanos, direitos das mulheres e combate ao racismo". (BIROLI, 2017, p.96).

O fato de o movimento feminista da América Latina (e especialmente o brasileiro) ter nascido plural e heterogêneo (ALVAREZ, 2014) possibilitou ao movimento intersecções sociais e culturais. "Nesse sentido, parece relevante destacar que o feminismo possui uma história marcada por alianças com outras causas sociais". (MOYORGA, 2014, p.26). Daí torna-se imprescindível que a noção de interseccionalidade entre categorias sociais ocupe lugar central nas discussões feministas:

> A confrontação radical das desigualdades de gênero, de uma forma que considere igualmente as diferentes posições das mulheres, parece implicar a confrontação de outras formas de desigualdade, como as de raça e de classe. Requer, portanto, a reconceitualização da democracia com base nas diferenças de gênero, mas também o compromisso com o enfrentamento das causas estruturais das diversas desigualdades. Não é preciso diluir especificidades das formas de opressão existentes em dada sociedade, mas reconhecer que o foco no indivíduo ou nos ganhos restritos de um grupo (como as mulheres brancas, de classe média e profissionalizadas) pode ofuscar as causas estruturais das desvantagens de muitos indivíduos e grupos em posição subalterna. (MIGUEL;BIROLI, 2014, p. 148-149).

Isso porque, como adverte Fraser (2001), a interseção de gênero, de raça e de classe pode intensificar os resultados indesejados quanto à questão de injustiça, visto queconsidera os eixos de desigualdade entre as identidades femininas (entre mulheres e mulheres), as quais muitas vezes constituem identidades distintas entre si. Vale lembrar que issotambém ocasiona a fragmentação de subjetividades e de conhecimentos distintos acerca das desigualdades. (SOUZA, 2015).

Em síntese, a luta, por exemplo, das feministas negras se desveladistinta das feministas brancas, posto que na batalha das primeiras, ao sexismo soma-se o racismo, assim como o enfrentamento das feministas lésbicas que se revela diverso das feministas heterossexuais, já que a homofobia é acrescida na batalha daquelas. Foi então a partir dos anos de 1990 que muitas redes e movimentos fortemente institucionalizados para os padrões do campo emergiram, e o PT, já nessa época, era considerado como ator relevante no campo feminista. (BIROLI, 2017). Ademais,

> algo que é importante levar em consideração não apenas pelo fato de que muitas organizações ligadas ao partido atuaram no Estado, mas também porque o enfraquecimento recente do partido tem implicações para muitos movimento e organizações que atuaram e produziram conquistas nas décadas recentes. (BIROLI, 2017, p. 105).

No entanto, embora se reconheça que na *era petista*, no contexto do Brasil, muitos avanços ocorreram ainda nas interações cotidianas, verifica-se que as identidades femininas encontram-se no cenário social, cultural e político brasileiro à margem da esfera pública oficial, e não são apropriadas - e assim não se apropriam - efetivamente dos discursos construídos nesses espaços e consequentemente são interditadas das arenas discursivas para deliberar sobre necessidades, objetivos e estratégias. (FRASER, 1992).

A rigor, as alianças políticas efetuadas pelo PT durante sua gestão motivaram que pautas/ganhos feministas fossem limitados em detrimento da governamentalidade. Exemplo disso ocorreu com a agenda dos direitos sexuais e reprodutivos, que ainda no governo de Luiz Inácio Lula de Silva perdeu lugar e prioridade, restando delimitada pelas alianças conservadoras[8] com as quais o PT geriu. Embora continuasse presente nos documentos das conferências e nos planos de ação, sua pauta foi crescentemente bloqueada. (BIROLI, 2017). Além do mais, no contexto de crise das instituições democráticas brasileiras, principalmente, após junho de 2016, retrocessos sociais no contexto brasileiro vêm ocorrendo, o que tem *agravado a interdição* feminina nas esferas públicas. Destarte, embora

> o percentual de mulheres economicamente ativas aumentou significativamente no Brasil, passando de 18,5% em 1970 para um teto de 59% em 2005, mantendo-se desde então em cerca de 56%. As mulheres são mais escolarizadas do que os homens, tendo em média 8 anos de estudos, enquanto eles têm 7,5". Entre as mulheres brancas, 23,6% frequentavam o ensino superior em 2011, contra 18,3% dos homens brancos, entre as pessoas pretas e pardas 10,9% das mulheres e 7,4% dos homens frequentavam o ensino superior no mesmo ano. (BIROLI, 2017, p.93).

Constatam-se ainda muitosexemplos de interdição vivenciados pelas mulheres no contexto brasileiro - a saber, as situações deprecarização que mulheres negras vivenciam no mercado de trabalho; a abjeção experimentada por mulheres transexuais e travestis nos espaços públicos; o silenciamento das mulheres de classe baixa; ea interdição das vivências das sexualidades femininas direcionadas especialmenteàs mulheres lésbicas. De fato, por meio do padrão discursivo dual do público/privado, institucionalizou-se que o espaço feminino contempla o privado, enquanto o masculino, o público. Contudo, mesmo que algumas mudanças na organização das esferas sociais e culturais ocorram, as representações de poder constituem espaços privilegiados de dominação masculina. (FRASER, 2009).

Nesse âmbito, ilustra-se o flagrante baixo número de mulheres nas disputas eleitorais no contexto social brasileiro (MACEDO, 2014): no último processo eleitoral (em 2016), por exemplo, nas eleições municipais, 86,4% das pessoas eleitas para o cargo de vereador eram homens. No mesmo pleito, em mais de um quarto das Câmaras Legislativas do país (1.286 entre 5.568) foram eleitos apenas homens (BIROLI, 2017), embora as mulheres no cenário eleitoral brasileiro representem 52% do universo de pouco mais de 144 milhões de eleitores.

A histórica sub-representação das mulheres no cenário político-eleitoral desencadeou a necessidade da produção legislativa no sentido de *incentivar* e de estabelecer maior participação feminina no processo político-eleitoral. Desde 1997, vigora no Brasil a chamada *Cota de Gênero* nos sistemas proporcionais, por meio da Lei nº 9.504/1997. O *déficit* de participação política feminina no Brasil se potencializa por fatores como as representações simbólicas que estigmatizam mulheres, inferiorizando-as (subordinação de status) e, sobretudo, o efetivo impacto da sobrecarga decorrente do trabalho reprodutivo no que concerne às tarefas domésticas (esfera econômica). (FRASER, 2009). Logo, o *déficit* de participação das mulheres nos espaços públicos de representação política nacional denota uma herança na sociedade heterossexista que impede e inviabiliza a construção da democracia plena no Brasil. (BUNCHAFT, 2016).

Nesse cenário, para além do baixo número de mulheres eleitas,deve-se considerar também o crescente número de homens e demulheres eleitos atualmente com "plataformas contrárias à *ideologia de gênero* e ao direito ao aborto, em alguns casos abertamente preconceituosos e em outros evocando a defesa da família de forma que estigmatiza e suspende direitos para quem não se encaixa nos modos de vida moralmente corretos". (BIROLI, 2017, p.113).Percebe-se assim que não apenasoreconhecimentodos direitos das mulheres ainda esbarra em antigas estruturas de poder conservadoras, sexistas e androcêntricas (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR,2016), mas fundamentalmente que os agentes de reação em tempo de crise buscam reescrever a agenda *política* feminina.

Há, no cenário brasileiro atual, uma *onda* de suspensão de direitos contrária ao contexto democrático vivenciado, até então, pelo Brasil a atingir as mulheres de forma específica. Nisso reside a importância da análise da teoria de Fraser. Propõe-se, portanto, a seguir, evidenciarque a construção teórica delineada a partir do olhar de Biroli, de Miguel e de Bunchaft sinaliza alcance teórico para pensar o atual contexto

[8] Essas alianças passaram a ter mais peso com as opções feitas para dar sustentação ao governo a partir da crise do mensalão em 2005 (BIROLI, 2017, p. 96).

democrático vivenciado no Brasil, haja vista que *reativar* concepções emancipatórias e de empoderamento com a adoção da análise tridimensional de justiça social e do conceito de contrapúblicos subalternos pode estruturar um projeto democrático no contexto societário brasileiro. (FRASER, 2009).

4 ESFERA PÚBLICA HOMOGÊNEA X CONTRAPÚBLICOS SUBALTERNOS

Nancy Fraser, filósofa estadunidense, concentra-se nodesenvolvimento de uma teoria da justiça deontológica e não sectária baseada no Reconhecimento. Nessa construção, postula que para que a teoria da justiça seja efetivada, é necessário um caráter tridimensional pautado nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação, a partir de uma leitura global. Segundo leciona Pinto (2017, p. 149), "A questão do reconhecimento aparece como princípio fundante de uma democracia justa". Ou melhor: interligam-se a necessidade de reconhecimento e a perfectbilização de um contexto democrático equitativo.

Convém lembrar também que, nas pressuposições de Bunchaft (2015), indubitavelmente um aspecto marcante das democracias é a busca pelo atendimento das necessidades das minorias, como ocorre com as mulheres. Daí a necessidade de reativar concepções emancipatórias e de empoderamento com a adoção de uma análise tridimensional de justiça social proposta por Fraser (2003). Portanto, reconhecimento refere-se à questão de *status* social, redistribuição ao problema de classes inerente ao capitalismo, representação está ligada àpossibilidade de conceder voz a grupos estigmatizados em um contexto político pós-westfaliano.

Já a injustiça redistributiva surge em um contexto de divisão injusta quando os bens econômicos são divididos de maneira a lesar determinados indivíduos, visualizando-se a injustiça, por exemplo, quando mulheres recebem salários menores, quando ocupam cargos inferiores e ainda no momento em que acrescentam o trabalho doméstico não pago em contraposição ao que ocorre com o homem. (FRASER, 2003). "[...] o resultado é uma estrutura econômica que gera formas específicas de injustiça distributiva de gênero, incluindo a exploração de gênero, a marginalização econômica e a privação". (FRASER, 2003, p. 20). A compreensão de Fraser (2003) é a de que as mulheres são prejudicadas por um padrão institucionalizado que as inferioriza quando em comparação com os homens, o que configura uma problemática de status que requer reconhecimento para sanar tal nãoreconhecimento.

Ao examinar a luta dos movimentos em um contexto de globalização (pós-westfaliano), julgou ser necessária uma terceira dimensão: a participação. Tendo em vista que os grupos minoritários não têm voz no processo político como participantes em igualdade de condições, importa lutar por suas demandas de forma que não se restrinjam a fronteiras territoriais que frequentemente não suprem suas necessidades. (FRASER, 2010). Para ilustrar a necessidade da terceira dimensão, Fraser (2009) menciona o próprio movimento feminista, que reivindica reformas da legislação em âmbito internacional, portanto, não mais se limita a lutar contra formas de dominação masculina locais. Dessa forma, nota-se que existem demandas sociais que não têm razão de existir apenas no contexto nacional ou regional, exigindo respostas às injustiças de enquadramento em nível global, como as reivindicações de movimentos das minorias sexuais como de gays, de lésbicas e de transexuais.

No tocante àesfera da participação, elencam-se três núcleos de anormalidade: as questões de *quem* tem o direito de realizar reclamações de justiça em relação ao *o quê*, epor último, asdisputas em relação ao *como*. O *o quê* da justiça representa objeto de disputa, ou seja, desacordos acerca de qual deve ser o foco central:se questões de injustiça de classe, de não reconhecimento ou de ausência de representação. No que tange ao *quem*, este passa a existir diante da ausência de visibilidade comum, uma vez que não existe um *quem* determinado, o qualpode ser doméstico e territorial, ou por outra perspectiva, um *quem* regional, transnacional, global. (FRASER, 2010). O *como* evidencia um *déficit* democrático, tendo em vista que não há uma visão comum deste *como*, portanto, se coloca a questão: como efetivar uma perspectiva baseada na justiça? (FRASER, 2009).

Constitui-se, por conseguinte, a estrutura tripartite preconizada por Fraser com vistas a construir uma proposta teórica que viabilize o fim das injustiças e que proporcione paridade de participação entre os cidadãos. O reconhecimento, a redistribuição e a representação são três esferas sem hierarquia entre si, em que todas estão imbricadas, apoiando-se uma na outra. Exemplifica-se com o fato de a mulher na sociedade

receber salários menores (má redistribuição), não ser reconhecida com igualdade quando comparada ao homem (não reconhecimento), e em nível global, sofrer coma falta de voz no campo da política (má representação).

Para Fraser (2009), no momento em que se opta por uma abordagem democrática do *como*, a teoria da justiça adquire a forma adequada para o contexto de uma sociedade em escala global, e a compreensão de justiça como paridade de participação propiciao modelo exato de reflexividade que é exigida no contexto transnacional. Logo, fica evidente o porquê não é possível desvincular uma esfera/dimensão da outra, estando todas interconectadas entre si, com a ideia de que "[...] nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento, isoladamente, são suficientes". (FRASER, 2003, p. 19). Ressalta-se que:

> As lutas por justiça em um mundo globalizado não podem alcançar êxito se não caminharem juntamente com as lutas por *democracia metapolítica*. Então, nesse nível também, não há redistribuição ou reconhecimento sem representação. (FRASER, 2009, p. 34).

Compreende-se que a discriminação praticada contra as mulheres estabelece uma categoria híbrida decorrente da má redistribuição, do não reconhecimento e da ausência de voz na esfera pública, importando então considerar o fato de que o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado tomado por homens e trabalho doméstico não remunerado imposto a mulheres. Em retomada ao que aqui já se discutiu sobre os três níveis de injustiça propostos por Fraser, "[...] em cada caso, o efeito é a criação de uma classe de pessoas desvalorizadas que se veem impedidas de participar como pares uns com os outros na vida social". (FRASER, 2003a, p. 29-30). É nesse sentido que Fraser vê a necessidade de um princípio normativo: a paridade de participação, conceituada na perspectiva deontológica de priorização do justo sobre o bem, o que representaria o principal objetivo da teoria da justiça desenvolvida.

> A distribuição de recursos materiais deve ser de molde a garantir a independência e a "voz" dos participantes. Este chamarei a condição objetiva de paridade participativa. [...]. Em contraposição, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valor cultural exprimam igual respeito por todos os participantes e garantam a igualdade de oportunidade para alcançar a estima social. Este chamarei a condição intersubjetiva da paridade participativa. (FRASER, 2003a, p. 36).

Nessa perspectiva, necessita-se da satisfação do reconhecimento, da redistribuição e da representação - a última teorizada posteriormente, a fim de atingir a paridade de participação de minorias sociais e de garantir a justiça social. Com isso, Fraser propõe a possibilidade de igual participação de todos os indivíduos como pares nas interações sociais, sem afastar ninguém em virtude do não reconhecimento, da má distribuição ou da ausência de representação, o que ocasionaria um ato de violação à justiça. Portanto, a paridade de participação poderia ser definida como: "[...] para respeitar a igualdade de autonomia e de valor moral dos demais, é preciso conceder-lhes o status de participantes de pleno direito na interação social". (FRASER, 2003b, p. 172).

Fraser (1992) elabora uma teoria democrática que visa efetivar as injustiças (teoria tripartite) e que esboça, juntamente com a implementação do princípio normativo da paridade de participação, que tal empenho se dá através da construção do conceito de contrapúblicos subalternos, em contraposição com Habermas (1962), que teorizou a esfera pública como única/oficial e homogênea. Biroli (2014, p. 31), em concordância de pensamento, critica a ideia de esfera pública homogênea ao referir que "os valores que nela imperam não sãoabstratos nem universais, mas se definiram, historicamente, a partir da perspectiva de alguns indivíduos em detrimento de outros".

Fraser recorre ao mesmo raciocínio para fundaro conceito de contrapúblicos, entendidos comomúltiplas esferas de circulação de discursos em que grupos socialmente estigmatizadospoderiam ter voz para reivindicar de forma crítica suas necessidades, "[...] cada luta histórica contra injustiça tem envolvido a criação de novos vocabulários para articulação de injustiças que previamente são inominadas". (FRASER, 2008, p. 310-326). O próprio movimento feminista emergiu com novas expressões-como *estupro*, *assédio sexual*, dentre outras. Na esteira doideário de Fraser, os contrapúblicos de resistência possibilitaram aos movimentos sociais expandir a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas, ampliando o universo da razão pública, por meio de formas críticas de comunicação expressas, dentro da ideia de contrapúblicos, que são "[...] arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos

socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades". (FRASER, 1992, p. 123).

Por meio da noção de contrapúblico, "Fraser desenvolve uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescenta uma dimensão mais política à noção de esfera pública". (LARA; FINE 2007, p. 38). Bunchaft (2016) complementa que Fraser pretende demonstrar como em processos discursivos da esfera pública os grupos sociais com desigualdade de poder tendem a desenvolver estilos culturais desigualmente valorados. Assim, por meio das múltiplas esferas possibilita-se a grupos sociais estigmatizados a reflexão acerca de injustiças, como a má redistribuição, o não reconhecimento e a ausência de representação, permitindo que os afetados se insurjam contra padrões impostos socialmente. Para exemplificar, citam-se as mulheres, que quando se unem em prol dadesconstrução de padrões criados pela dominação masculina desenvolvem e aperfeiçoam contra discursos aos padrões impostos e oportunizam a transgressão de conceitos pautados por uma cultura machista e conservadora.

Defende-se que o princípio da paridade de participação se potencializa pelos contrapúblicos, diferentemente de um público único e condescendente. Fraser organiza sua teoria aparentemente por fases, porém a teoria é uma unidade. Ao atingir o ideal de contrapublicidade, objetiva-se dar condições (satisfação das três dimensões da teoria) para discursos críticos sobre a condição social das minorias, potencializando a igualdade de participação e efetivando a justiça social. Conclui-se então pela necessidade de desconstruir a dicotomia homem-mulher, desestabilizando as identidades de gênero, o que se faria possível pela constatação de determinados públicos alternativos que inspirem e potencializem a circulação de discursos de oposição de grupos excluídos da esfera pública oficial - como, por exemplo, as mulheres.

Por último, o modelo de *status*de Fraser revela-sedeontológico e não sectário, ou seja, "[...] não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para a concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem". (FRASER, 2003a, p. 31). Diante do contexto de crise democrática vivenciado em nosso país, é premente refletir que alcance o ativismo das mulheres- constituídopor uma multiplicidade de esferas públicas concorrentes contra-hegemônicas - pode desvelar-se na forma de uma estratégia adequada para viabilizar o avanço da efetivação do direito das/para as mulheres, baseando-se na interseccionalidade implicada nesse contexto, ou em outros dizeres, em que medida esse ideal pode proporcionar a desconstrução da desigualdade de gênero, na esfera do reconhecimento, da redistribuição e representação, em nível transnacional. Acredita-se finalmenteque a teoria desenvolvida seja essencial ao contexto vivenciado, aopropiciar um processo dialógico, enfraquecido após o abalo das estruturas democráticas brasileiras, e ao potencializar o engajamento das mulheres, com vistas a retomarem a luta pela desconstrução dos padrões hegemônicos impostos pela história de dominação masculina.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou a análise dos principais pontos da teoria feministadeNancy Fraser na perspectiva da Democracia em *tempos de crise* no cenário brasileiro. Para tanto, tencionou-se neste escrito, a partir do olhar de comentadores da teórica - como Biroli, Miguel e Bunchaft - entender o atual contexto democrático vivenciado no Brasil e de que forma tal situação afeta o desenvolvimento das lutas feministas.

Ao longo do percurso, nos contextos examinados (antes e após a crise política instaurada depois do *impeachment* da então Presidenta Dilma) mesmo que se reconheça que avanços ocorreram, ainda nota-seque as mulheres encontram-se no cenário social, cultural e político brasileiro à margem da esfera pública oficial- e, portanto, *interditadas* das arenas discursivas para deliberar sobre necessidades, objetivos e estratégias.

De fato, após julho de 2016, com o início do governo de Michel Temer vivenciou-se uma *onda* de suspensão de conquistas/direitos das minorias sociais, o que vêm atingindo as mulheres de forma específica. Por conseguinte, em *tempos de crise,* torna-se fundamental pensar sobreo atual contexto democrático no Brasil esobre os movimentos sociais-fundamentalmente, o feminismo-e parece primordial não apenas validar a concessão de direitos, mas especialmente a manutenção das demandas já conquistadas pelos

movimentos sociais.

Em suma, revelam-se essenciais o reconhecimento do *status* das mulheres como pares na interação social, a redistribuição de bens materiais e a representação, com o direito à voz das mulheres, pautados em contrapúblicos para que se valide não apenas a concessão de direitos, mas todo o aparato necessário para manter estáveis as demandas dos movimentosfeministas e consequentementeviabilizara emancipação e o empoderamento feminino. Entende-se, portanto, que é necessário, no Brasil, que processos dialógicos como os possibilitados pelos contrapúblicos sejam estruturados, poissignificam uma ferramenta potente em *tempos de crise* para perfectibilizar a democracia brasileira. Por fim,os contrapúblicos subalternostêm o poder de potencializar a deliberação democrática, por meio de argumentos racionais, em condições iguais, que problematizam padrões normativos,e no contexto de crise democrática em que se vive, mostra-se imprescindível sua construção no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BIROLI, Flávia. Sobre lutas, avanços e reações: feminismos e a reorganização das esquerdas. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Encruzilhadas da Democracia*. Porto Alegre: Zouk, 2017.

BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*– Feminismo e Subversão da Identidade. 8º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BUNCHAFT. Maria Eugenia. Transexualidade no STJ: desafios para a despatologização a luz do debate Butler-Fraser. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 21 – N. 1- Jan-abr 2016. Acesso em: 18 de maio de 2017. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8770/4893>

CASTELLS, Manuel. *A ERA DA INFORMAÇÃO*: Economia, Sociedade e Cultura - O poder da Identidade. São Paulo: PAZ E TERRA, 2010.

CHAMBOULEYROUN, Ingrid Cyfer. *A tensão entre Modernidade e Pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo.* Tese. (Doutorado em Ciência Política) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2009.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio, SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os DIREITOS HUMANOS*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. *In:* SOUZA, Jessé (org). *Democracia Hoje.*Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UNB, 2001.

FRASER, Nancy. Distorted Beyound all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. *In:* FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*?-A Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003b.

FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. *In:* FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?*-A Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003a.

FRASER, Nancy. Prioritizing Justice as Participatory Parity. A reply to Kompridis and Forst. *In:* OLSON, Kevin (ed.). *Adding Insult to Injury:* Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *In:* CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere.* Cambridge: Mit Press, 1992.

FRASER, NANCY. *Scales of Justice*: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. *Unruly Practices:* Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? *In:* MEEHAN, Johann (ed.). *Feminist Read Habermas*: Gendering the Subject of Discourse. New York: Routledge, 1995.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua nova.** Tradução: FREITAS, Ana Carolina; ASSIS, Mariana. São Paulo, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim. *A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos*: tratamento legislativo e jurisdicional, 2014. Disponível em: <ajuris.org.br>. Acesso em: 10 de ago. de 2016.

MAYORGA. Claudia. Algumas contribuições do feminismo à psicologia social, 2014. In: *Athenea Digital*. Disponível em:<atheneadigital.net/article/download/v14-n1-mayorga/1089-pdf-pt>. Acesso em 20 de fev. de 2018.

MONTEIRO, Nayara de Lima. *A construção da transversalidade da perspectiva de gênero no Mercosul:* alcance e limitações a partir das relações de poder. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://pos-graduacao.uepb.edu.br/ppgri/download/Nayara-Monteiro.pdf>. Acesso em 24 de fev. de 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia fraturada: o golpe, os limites do arranjo concorrencial e a perplexidade da ciência política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Encruzilhadas da Democracia*. Porto Alegre: Zouk, 2017.

NARVAZ, Martha, KOLLER, Silvia Helena. *Metodologias feministas e estudos de gênero:*articulando pesquisa, clínica e política, 2006.Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722006000300021>. Acesso em: 01 de ago. de 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. Redistribuir e reconhecer: aportes para a igualdade. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Encruzilhadas da Democracia*. Porto Alegre: Zouk, 2017.

SOUZA, Vanessa Zaccharias de. *Chega de Fiu Fiu:* o papel do ciberfeminismo na construção do feminismo na era da Web 2.0. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2015.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE TRANSEXUAIS NA ADI nº 4.275: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIÁLOGO FILOSÓFICO ENTRE AXEL HONNETH E NANCY FRASER

Carlos Eduardo de Oliveira Alban[1]

Gabriele Zini de Oliveira[2]

RESUMO: Este artigo tenciona problematizar os mecanismos institucionalizados que definem a identidade de gênero, criados a partir de uma estrutura social patriarcal e heterossexista, que condiciona os transexuais como seres anômalos e patológicos. Partindo da análise da teoria do reconhecimento, examinou-se o diálogo filosófico entre Honneth e Fraser, no intuito de investigar qual dos dois referenciais teóricos demonstra maior alcance para efetivar direitos de transexuais, desvelando e criticando a estratégia argumentativa implícita dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275.

Palavras-chave: Transexualidade. Reconhecimento. Identidade. Axel Honneth. Nancy Fraser.

1 INTRODUÇÃO

Os corpos humanos, não obstante a luta pela desconstrução de conceitos fundamentados na heteronormatividade, são ainda enquadrados em antagonismos como homens e mulheres ou machos e fêmeas, como se essas classificações suprissem a complexidade do indivíduo. Nesse cenário, quando os sujeitos não estão adequados a essas construções pré-estabelecidas há a exclusão social, manifestada geralmente com a violência e o extermínio do *diferente*, como ocorreu, recentemente, com o assassinato de Matheusa Passareli, estudante da UERJ, que se reconhecia como sujeito não-binário.

Esse cenário de represália é contextualizado em solo brasileiro, visto que atualmente, como evidenciam os dados da Transgender Europe (2016), o Brasil abarca o maior número de assassinatos que vitimam transexuais. Ademais, enquanto a expectativa de um brasileiro cisgênero é de 70 anos, a de um transexual é de 35 anos (BRASIL, 2015). Analisando a conjuntura social na qual tal grupo minoritário se insere, mostra-se evidente que esses brasileiros necessitam de atuação mais incisiva por parte do Estado, a fim de que seus direitos fundamentais sejam garantidos e que se assegure minimamente a condição para uma vida digna.

Portanto, o presente artigo tem por escopo, à luz do debate filosófico entre Honneth e Fraser, investigar qual dos dois referenciais teóricos demonstra maior alcance para efetivar direitos de transexuais, a partir da análise dos votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275, que tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF).

---

[1] Doutorando em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista integral CNPQ e membro dos grupos de pesquisa "Deliberação e Minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norteamericano" e "Direitos fundamentais de grupos estigmatizados na jurisprudência do STJ, STF e Suprema Corte norte-americana: uma reflexão à luz da filosofia do reconhecimento", vinculados à UNISINOS sob a orientação da Profa Dra Maria Eugênia Bunchaft. É mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e especializado em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Pesquisa nas áreas da Bioética/Biodireito, Direito Sanitário/Direito Médico, Filosofia da Ciência, Filosofia Política, Direito Civil, Direitos Fundamentais e Teoria do Direito.

[2] Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES. Bacharela e m Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Durante a graduação, pelo período de março a dezembro de 2016, foi bolsista de Iniciação Científica na modalidade PRATIC, sendo que, de janeiro até julho de 2017, passou a ser bolsista na modalidade PROBIC concedida pela FAPERGS. Na iniciação científica e na elaboração da monografia de conclusão de curso, adquiriu experiência na área de efetivação de direitos de minorias e gênero, a partir de estudos vinculados à teoria crítica e ao feminismo, aprofundando seus conhecimentos nas teorias de Nancy Fraser e Axel Honneth.

Em se tratando dos objetivos específicos, pretende-se explorar a teoria de Honneth e Fraser a partir do livro *Redistribution or Recognition? A political-philosophical Exchange*; avaliar a estratégia argumentativa implícita ao voto de cada um dos Ministros na ADI nº 4.275, a fim de aferir seus posicionamentos frente à teoria de reconhecimento e ao reconhecimento da identidade trans.

No que tange à hipótese, sustenta-se que o binarismo de gênero traduz a identidade dos transexuais como anômala, sendo que a teoria de Fraser – que congloba injustiças oriundas do reconhecimento e da redistribuição – evidencia-se como imprescindível para reparar os problemas sociais que acometem os transexuais, revelando maior alcance teórico para compreender e para criticar as categorias binárias e as estruturas de poder institucionalizadas e estabelecidas por formas de subordinação de status que são ideologicamente reproduzidas na ADI nº 4.275 do STF, no tocante à transexualidade.

Como métodos para a construção da monografia, adotou-se a análise discursiva crítica feminista, que visa descortinar ideologias de gênero e de relações de poder assimétricas que são produzidas, postuladas e negociadas em diferentes contextos (LAZAR, 2007). Outrossim, o método de indução analítica também se mostra pertinente na construção do projeto, pois configura "[...] um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para o abstrato, delimitando as características essenciais de um fenômeno". (DESLAURIERS, 2014, p. 339). Por conseguinte, a técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica dos pressupostos filosóficos de Fraser e Honneth. Por fim, recorreu-se à pesquisa documental, através de coleta de dados atinentes à investigação dos votos dos Ministros no STF na ADI nº 4.275.

2 DEBATE HONNETH-FRASER

A luta por reconhecimento social ganhou espaço considerável no debate filosófico-sociológico, trazendo à tona discussões sobre problemas sociais em razão da identidade de grupos, partindo, portanto, de um paradigma cultural, não existindo mais uma limitação à perspectiva econômica para as pautas sociais. Problematizando a relação entre reconhecimento e redistribuição, ressaltam-se dois filósofos: Axel Honneth e Nancy Fraser, os quais, em que pese tematizam suas teorias sob o prisma do mesmo paradigma, abarcam base teórica divergente.

Da leitura do livro *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico,* a primeira diferença a ser enfatizada entre Honneth e Fraser abrange a maneira como ambos tematizam o reconhecimento e a redistribuição. O filósofo alemão, vinculado a teoria hegeliana e especialmente em virtude da carga psicanalista, sustenta que o reconhecimento simboliza a única categoria moral fundamental, e a redistribuição se encontra subsumida dentro dessa esfera, propondo, assim, um *monismo moral* (FRASER; HONNETH, 2006). Em outros dizeres, Honneth "[...] reconstrói os conflitos sociais como lutas morais por reconhecimento, porque é a experiência de injustiça ou de desrespeito – atrelada a expectativas de reconhecimento – que os desencadeia" (BRESSIANE, 2011, p. 335). Para o filósofo, eventuais questões econômicas atingirão a autorrealização do indivíduo, que não possui suas demandas atendidas porque não é reconhecido.

Em contrapartida, o modelo teórico de Fraser está estruturado na perspectiva dualista de justiça: sua teoria comporta questões de reconhecimento e de redistribuição, não havendo submissão do conceito de uma em razão da outra. Nessa perspectiva, Fraser propõe teoria de encontro ao *consenso* da filosofia moral, haja vista que os teóricos quando construíam teorias pautando o reconhecimento fundamentavam a partir do paradigma ético hegeliano, enquanto os teóricos que desenvolviam modelos teóricos em vista da perspectiva de redistribuição fundamentavam na moral kantiana, sempre uma como oposição a outra. Só é possível essa reconstrução porque Fraser não propõe a justificativa para o reconhecimento de problemas culturais como uma questão identitária, pelo contrário, trabalha o reconhecimento como uma questão de *status social*, isto é, "[...] o que exige o reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo com parceiros integrais na interação social" (FRASER, 2007, p. 107).

A partir desse novo paradigma, Fraser ainda avança na estrutura da sua teoria ao defender que é necessário identificar a origem dos problemas que causam desequilíbrio social, haja vista que existem desigualdades que envolvem tanto injustiças originárias do modelo econômico social vigente como dos

padrões institucionalizados na esfera cultural. Esses problemas híbridos são denominados por Fraser como *bidimensionais*, pois "[...] nenhuma dessas injustiças é um efeito indireto da outra, uma vez que ambas são primárias e originárias" (FRASER; HONNETH, 2006, p. 28).

Para exemplificar a questão, vislumbra-se as injustiças sociais decorrentes do gênero, pois estão atreladas ao reconhecimento e à redistribuição. Quanto ao reconhecimento, vive-se em uma sociedade heteronormativa e androcêntrica, ou seja, com padrões institucionalizados que enaltecem os homens cisgêneros e heterossexuais, fazendo com que haja exclusão a todos os sujeitos *estranhos* à norma, como os transexuais. As injustiças sociais que os trans sofrem no âmbito cultural são notórias: patologização da identidade, adjetivações como anomalias, dentre outros. Quanto à redistribuição, a estrutura de trabalho vigente na sociedade exclui a possibilidade de transexuais se inserirem no mercado formal, havendo registros de que aproximadamente 90% prostituem-se (BRASIL, 2015). Em suma, a filósofa define que "[...] a injustiça de gênero só pode ser reparada mediante um enfoque que englobe tanto uma política de redistribuição quando uma política de reconhecimento" (FRASER; HONNETH, 2006, p. 30).

A segunda diferença entre Honneth e Fraser está vinculado ao debate da filosofia moral: a justificativa para necessidade do reconhecido deve ser realizada a partir de uma perspectiva da justiça universal ou da boa-vida? Para Honneth o reconhecimento congloba uma questão de boa-vida, em que o "[...] reconhecimento intersubjetivo é condição para o desenvolvimento de uma identidade positiva necessária para a participação na esfera pública" (MATTOS, 2006, p. 148). O filósofo deslinda também que "[...] negar o reconhecimento a alguma pessoa é privá-la de um requisito básico da prosperidade humana" (FRASER; HONNETH, 2006, p. 35). Logo, o filósofo alemão fundamenta o reconhecimento a partir de um recorte identitário, justificando a sua necessidade pela imprescindibilidade da formação da identidade do sujeito, a qual, a fim de não sofrer prejuízos, deve ser reconhecida na sua singularidade, pois somente assim o indivíduo poderá ter estima social. Em síntese, "[...] ao se achar estimado por suas qualidades específicas, o sujeito é capaz de se identificar totalmente com seus atributos e realizações específicas" (HONNETH, 2007, p. 87).

Nesse aspecto, no livro a *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Honneth sistematiza os ensinamentos de Hegel com a psicologia social de Mead, reestruturando-os para a formação da sua teoria monista de reconhecimento e formando três pilares norteadores: amor, direito e solidariedade (HONNETH, 2003). "Segundo essa teoria, a individuação humana é um processo no qual o indivíduo pode revelar uma identidade prática na medida em que é capaz de reassegurar a ele mesmo reconhecimento por parte de um crescente círculo de parceiros de comunicação" (HONNETH, 2010, p. 118), ou seja, o sujeito só concretizará plenamente a sua autorrealização quando reconhecido e estimado dentro das três esferas indicadas.

Para desenvolver a primeira dimensão do reconhecimento, Honneth utiliza os ensinamentos de Winnicott, trabalhando com a relação entre mãe e filho para demonstrar que a *autoconfiança* somente será construída na subjetividade do filho, quando a criança perceber que, mesmo não existindo uma simbiose entre si e a figura materna, em virtude dos laços afetivos, o filho nunca estará só (HONNETH, 2003).

Em contrapartida, na segunda dimensão, cabe conceber o Direito como instituto jurídico universal que se aplica a todos os indivíduos sem distinção, ou seja, sem permitir espaços para tratamentos divergentes motivados por eventuais privilégios. A partir dessa nova esfera de reconhecimento, "[...] obedecendo à mesma lei, os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como pessoas capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais" (HONNETH, 2003, p. 182), formando, consequentemente, o autorrespeito, pois "[...] o sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico" (HONNETH, 2003, p. 194).

Por fim, a terceira dimensão da teoria de Honneth "[...] refere-se ao reconhecimento de minhas particularidades não através da universalização dos direitos, mas do reconhecimento que me propicie a consciência de minha particularidade" (MATTOS, 2006, p. 89). Destarte, nessa fase, a subjetividade será reconhecida nas relações sociais, enaltecendo-se a identidade do indivíduo pelo grupo maior. Honneth denomina a terceira fase como *solidariedade*, que deve ser entendida "[...] como um meio social a partir do qual as propriedades diferenciais dos seres humanos venham à tona de forma genérica, vinculativa e

intersubjetiva" (SAAVEDRA, 2007, p. 106).

De outro lado, Fraser, a fim de justificar o reconhecimento sem estar vinculado a uma ideia identitária, construiu o *padrão de justiça universal,* partindo da premissa de valor igual de todo ser humano. Portanto, a inexistência do reconhecimento não se refere a elementos subjetivos do indivíduo, deve ser refutado em razão de práticas discriminatórias que causam a subordinação de status, ou seja, impedem o sujeito de participar ativamente na esfera pública oficial com equidade perante os demais. Ilustrativamente, importa salientar o fragmento subsequente:

Diferentemente de Taylor e Honneth, eu proponho que concebamos o reconhecimento como uma questão de justiça. Assim, não haveria que responder a pregunta 'quais problemas provam o reconhecimento errôneo?' dizendo que impede a autorrealização ao destoar a 'relação prática com o eu' do sujeito. Deveríamos dizer, ao contrário, que é injusto que alguns indivíduos e grupos lhes seja negado o status de interlocutores plenos na interação social como consequência somente de alguns padrões industrializados de valor cultural cuja elaboração não tenham participado em pé de igualdade e que menosprezem suas características distintas ou as características distintas que lhes pertence (FRASER; HONNETH, 2006, p. 36).

Nesse sentido, a feminista estrutura a ideia de reconhecimento dos grupos estigmatizados como forma de garantir que todos os sujeitos participem efetivamente do processo dialógico da esfera pública com equidade frente aos demais, no intuito de evitar a *subordinação social* (FRASER; HONNETH, 2006). Nesse ponto, em seu artigo, *Reconhecimento sem ética*, Fraser elucida, quanto ao modelo de status social, que

Entender o reconhecimento como uma questão de status significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como parceiros, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de reconhecimento recíproco e igualdade de status. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente 'os outros' ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de não reconhecimento e subordinação de status (FRASER, 2007, p. 107-108).

Logo, o fato de ocorrer a exclusão social de determinados grupos minoritários por não se enquadrarem na estrutura hegemônica têm como consequência a subordinação social, sendo à referida minoria "[...] negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participam em condições de igualdade" (FRASER, 2007, p. 102). Com efeito, a filósofa afasta a psicologização do processo de não reconhecimento, como entende Honneth, mas sim, "[...] uma relação institucionalizada de *subordinação* e uma violação da justiça" (FRASER; HONNETH, 2006, p. 36, grifo do autor).

Nesse norte, o núcleo central da teoria de Fraser é a paridade participativa, que "[...] significa a condição de um par, de se estar em igual condição de ser um par, de se estar em igual condição com os outros, de estar partindo do mesmo lugar" (FRASER, 2007, p. 118). A partir dessa estrutura democrática, são dois os requisitos para garantir a paridade participativa: *por primeiro,* tem-se o requisito objetivo, em que deve-se garantir que os indivíduos possuam recursos materiais suficientes para efetivar suas reivindicações, sem a necessidade de depender de terceiros para suprir sua subsistência; *por segundo,* tem-se a condição intersubjetiva, ou seja, os padrões culturais estabelecidos devem oportunizar de forma igualitária a todos os indivíduos o alcance da estima social (percebe-se que não se trata de algo impositivo, como pretende Honneth), não havendo preterimento a ninguém em razão de alguma característica pessoal. Para a filósofa, o que deve preponderar nas relações sociais é o respeito mútuo (FRASER; HONNETH, 2006, p. 42). A fim de complementar os atributos da paridade participativa, vale a observância do fragmento que segue:

> A condição objetiva focaliza preocupações tradicionalmente associadas com a teoria da justiça distributiva, especialmente preocupações relacionadas à estrutura econômica da sociedade e às diferenciações de classes economicamente definidas. A condição intersubjetiva focaliza preocupações recentemente abordadas pela filosofia do reconhecimento, especialmente preocupações relacionadas à ordem de status da sociedade e às hierarquias de status culturalmente definidas. Dessa forma, uma concepção ampla de justiça, orientada pela norma da paridade participativa, inclui tanto redistribuição quanto reconhecimento, sem reduzir um ao outro (FRASER, 2007, p. 120).

Diante das diferenças contextualizadas, ao cotejar os dois referenciais teóricos, entende-se que, por ser democraticamente estruturada, a teoria de Fraser possui maior alcance teórico para efetivar direitos de transexuais por quatro motivos. *Em primeiro lugar*, considerando que a sociedade é pautada pela divergência e pluralismo, não é plausível que se pretenda fundamentar o reconhecimento a partir da perspectiva de boa-vida dos sujeitos, vinculada ao conceito de eticidade hegeliano, como pretende Honneth. Não há como apontar um modelo de reconhecimento às lutas sociais em virtude de uma concepção de autorrealização, pois não seria um modelo universal, mas sectário (FRASER; HONNETH, 2006, p. 37). Em contrapartida, o modelo de status deontológico de Fraser "[...] permite justificar as reivindicações de reconhecimento como moralmente vinculantes nas condições modernas de pluralismo de valores" (FRASER; HONNETJ, 2006, p. 37), uma vez que a base teórica é vinculada à concepção de *justiça,* não sendo relevante para averiguar o reconhecimento percepções individuais e subjetivas. Para facilitar esse entendimento, calham as palavras que seguem:

Sob esse prima, Fraser (2003a) focaliza não as concepções de vida boa, mas a desinstitucionalização dos padrões de valores culturais que impedem a participação paritária do indivíduo, enquanto parceiro pleno da vida social. Para Honneth, a privação de direitos a minorias sexuais se expressa através de uma experiência de desrespeito, que conduz à perda do autorrespeito e da capacidade de referir-se a si mesmo como um igual dentro da interação social. Fraser (2003a), por sua vez, sublinha que a questão fundamental não é focalizar as experiências de sofrimento decorrentes de contextos de vulnerabilidade moral, como pretende Honneth, mas as efetivas implicações do não reconhecimento na esfera da paridade de participação (BUNCHAFT, 2015, p. 82).

Em *segundo lugar*, utilizando-se a abordagem de reconhecimento a partir da concepção de justiça atrelado ao modelo de status proposto por Fraser, é possível identificar questões culturais sem ruir a uma análise meramente identitária, ou seja, o sujeito é reconhecido porque não é justo que esteja em condição desigual ao grupo majoritário, assim independentemente das suas idiossincrasias, deverá possuir paridade participativa nas relações sociais.

Por outro lado, conforme pontuado por Bunchaft (2012), ao fundamentar o reconhecimento a partir da perspectiva de autorrealização, nos casos em que o sujeito não contextualize conscientemente a sua inferioridade determinada pelo grupo maior e possua felicidade ilusória, qual seria a justificativa para impulsionar a luta por reconhecimento? Nesse ponto, o *escravo feliz* é uma questão não solucionada por Honneth, uma vez que "[...] a falta de consciência de uma situação de infelicidade não pode ser superada por uma teoria que afirma a centralidade das experiências e desrespeito e humilhação como base motivacional de lutas sociais" (BUNCHAFT, 2012, p. 149). Também o reconhecimento a partir de ideal de autorrealização revela-se inconsistente, pois "[...] sua pretensão relativa à atribuição de valor positivo às identidades continua inspirando uma imprecisão conceitual" (BUNCHAFT, 2012, p. 150). Nessa senda,

Não seria problemático em termos teóricos fazer com que categorias críticas e normativas derivassem do sentimento de desrespeito vivido subjetivamente pelos afetados? E a 'autorrelação prática positiva' experimentada pelos concernidos não poderia ser assumida de maneira equivocada pelos sujeitos? Certamente poderíamos continuar diante de interações distorcidas, pois as expectativas do reconhecimento estão atreladas a comportamentos socialmente construídos, isto é, a relação de poder. Portanto, quanto ao problema da motivação moral da luta, o sentimento de desrespeito não implicaria a presença real de uma assimetria de reconhecimento. Ou seja, aspectos motivacionais e morais identificados nas experiências de injustiça ainda não dariam conta da *origem social* das injustiças. Honneth, ao contrário, estaria limitando a uma 'psicologia moral do sofrimento pré-político', obrigando a teoria a determinar seu referencial normativo a partir da expectativa de reconhecimento da identidade pessoal (MELO, 2014, p. 28, grifo do autor).

Como *terceira vantagem*, vê-se que o modelo teórico de Honneth traz a estima social como uma das *condições para a formação de uma identidade não distorcida*. Contudo, tal premissa é insustentável, porque a estima possui liame estritamente subjetivo. Fraser, em contrapartida, menciona que "[...] todos têm igual direito a buscar estima social sob condições justas de igualdade e oportunidade" (FRASER, 2007, p. 115), o que só é possível quando há condições de equidade entre os grupos, não podendo existir subordinação de status de alguma minoria. Em síntese, "[...] embora ninguém tenha direito a igual estima social no sentido positivo, todos têm direito de não serem desestimados em função de classificações de grupos que atacam sua

condição de parceira(o) integral na interação social" (FRASER, 2007, p. 115).

Por fim, como *quarta vantagem*, ao colocar a justiça como fundamento para o reconhecimento de injustiças sociais ocasionadas por problemas econômicos ou culturais, Fraser oportuniza a interação entre reconhecimento e redistribuição, pois "[...] o reconhecimento se atribui aqui ao domínio universal de aplicação geral da moral deontológica, como está a justiça distributiva" (FRASER; HONNETH, p. 39). Portanto, superando a visão clássica da filosofia moral, especialmente as divergências hegelianas e kantianas, o modelo de status de Fraser supera a visão antagônica entre reivindicações de reconhecimento e de redistribuição, ao mostrar que a referência de ambas é igual: a justiça.

3 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA ADI nº 4.725 À LUZ DO DEBATE HONNETH-FRASER

Os votos dos Ministros devem ser analisados a partir da Análise Crítica do Discurso Feminista, pois "[...] aponta a importância de questionar como as estruturas de poder através da linguagem também implicam nas relações desiguais de gênero" (FIGUEIREDO; MACEDO, 2016, p. 296). Dessa forma, considerando que se pretende efetivar direitos de uma minoria social - a qual é estigmatizada por mecanismos institucionalizados - convém a articulação de uma nova forma de abordagem. Nessa senda, a articulação do discurso com a temática da transexualidade deve pautar, especialmente, pela realização da desestruturação da concepção de gênero que estereotipa essa categoria como desviante, com base em parâmetros opressores heteronormativos (LAZAR, 2007).

A luta pela conquista de direitos aos transexuais avançou no judiciário consideravelmente com o julgamento de procedência pelo STF da ADI nº 4.275, que reconheceu a possibilidade de alteração de registro civil de transgêneros independentemente do procedimento cirúrgico para a mudança de sexo, bem como sem a necessidade de judicialização e apresentação de laudo de equipe multidisciplinar.

Todavia, as fundamentações dos votos dos Ministros, além de não confrontarem a estrutura heterossexista, ainda reforçam o binarismo convencional de gênero. Como exemplo, o Ministro Relator Marco Aurélio e o Ministro Ricardo Lewandowski propuseram a substituição da realização de cirurgia de redesignação de sexo pelo diagnóstico da transexualidade por equipe multidisciplinar, havendo a manutenção dos critérios emitidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Ao condicionar o transexual à posição de paciente ocorre a manutenção da patologização de identidades divergentes dos padrões institucionalizados, o que é prática excludente e reacionária, tendo em vista que pretende a padronização da sociedade de forma autoritária. Tanto Fraser quanto Honneth discordam conceber como desviantes as manifestações indentitárias que se desvinculam da cultura hegemônica, no entanto, por motivos diversos. Para efetivar a crítica aos votos supracitados, precipuamente, revisa-se a teoria de Fraser, a qual desenvolve crítica à patologização dos transexuais, uma vez que os discursos hegemônicos do reconhecimento acabam tornando desviante a formação da identidade trans, o que inspira as formas sutis de subordinação de status e, consequentemente, causa prejuízo à paridade participativa do grupo minoritário. Nesse contexto, Fraser critica

Em virtude dessa dupla qualidade, a visão da justiça como paridade participativa tem uma reflexividade inerente. Capaz de problematizar tanto a substância quanto o procedimento, ela torna visível o mútuo entrelaçamento desses dois aspectos dos arranjos sociais. Assim, essa abordagem pode exibir tanto as injustas condições de fundo que distorcem o aparentemente democrático processo de tomada de decisão, quanto os procedimentos não democráticos que geram resultados substantivamente desiguais. [...] Por tornar manifesta a coimplicação da democracia e da justiça, a visão justiça como paridade participativa fornece exatamente o tipo de reflexividade que é necessário em um mundo globalizado (FRASER, 2009, p. 37).

Em suma, ao reconhecer-se os transexuais como seres doentes - como referiram os Ministros - retira-se do grupo o status de parceiros plenos nas interações sociais. No mesmo sentido, Fraser, tencionando evitar a subordinação de status dos trans, busca a ruptura de padrões institucionalizados que mantêm

a dicotomia de diferenciação sexual (homem e mulher), a partir da formação de arenas discursivas que produzem *contradiscursos* alternativos por minorias vulneráveis (FRASER, 1993).

Entende-se que essa percepção de doença psicológica é oriunda, especialmente, da proliferação de discurso baseado na manutenção do sistema de gênero binário, isto é, apesar de os Ministros identificarem a necessidade de efetivarem os direitos dos transexuais, justificam por parâmetros que pactuam com os preceitos da dicotomia masculino/feminino. Assim, apesar de apontar a injustiça social sofrida pelo grupo, vislumbra-se que os julgadores do Tribunal Superior mantêm o modelo social que as originou.

De outro norte, os Ministro Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes votaram pela necessidade de ação judicial para o magistrado julgar se cabe ou não a substituição do nome a partir da prova produzida nos autos. Essa burocratização, especialmente em decorrência da produção probatória para justificar o motivo pelo qual se pretende a alteração do prenome, além de afrontar o Princípio da Dignidade da Pessoas Humana, novamente ratifica a concepção de que o transexual deve comprovar a sua identidade de gênero, relativizando o direito ao prenome condizente com a sua identidade.

Em contrapartida, o Ministro Luiz Fux fundamentou seu voto indicando que o direito à retificação do registro civil está justificado na tríplice concepção da dignidade da pessoa humana: a busca da felicidade, do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento. Desse modo, o Ministro vincula a efetivação de direitos de transexuais em virtude da autorrealização do sujeito (busca da felicidade) e do conceito de justiça (princípio da igualdade), ruindo, portanto, a uma ambiguidade teórica porque, além de citar diretamente os dois filósofos, apresenta fragmentos da teoria de Honneth e Fraser como se um complementasse o outro. Todavia, diante das diferenças teóricas, essa construção lógica é, no mínimo, paradoxal.

Diante da ambiguidade, destaca-se que a teoria de Fraser se mostra mais pertinente, posto que "[...] o modelo de status não apela a uma concepção de autorrealização ou de bem, mas a uma concepção de justiça que pode – e deve – aceitar quem tenha concepções divergentes de bem" (FRASER; HONNETH, 2006, p. 37). Além do mais, o modelo teórico de Fraser assume maior relevância para solucionar o problema, pois o modelo de status é deontológico e não sectário, tendo em vista que a filósofa utiliza a paridade participativa dos sujeitos como justificativa para o reconhecimento. Fraser elucida ainda que

[...] ser reconhecido de forma errônea não é sofrer uma identidade distorcida ou uma subjetividade prejudicada em consequência de haver sido despreciada pelos outros. É, em vez disso, ser representado por uns *padrões institucionalizados de valor cultural* de um modo que impede a participação como igual na vida social. (FRASER; HONNETH, 2006, p. 36, grifo do autor).

Já o Ministro Edson Fachin sustentou que "[...] a identidade de gênero é a manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhece-la, nunca constituí-la" (BRASIL, 2018). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello avaliou que Estado deve o "[...] tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos, que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada uma das pessoas [...]" (BRASIL, 2018), devendo todos os documentos emitidos pela administração pública respeitar a identidade de gênero do sujeito. Tais votos foram acompanhados pelo Ministro Roberto Barroso e as Ministra Rosa Weber. Embora os Ministros não desenvolvam uma argumentatividade que rechaçasse as categorias binárias de identidade, é importante identificar que nos seus votos reconheceram o trans como sujeito detentor de direito, não vinculando a retificação do nome a argumentos como autorrealização.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, sustenta-se que, não obstante o Tribunal Constitucional tenha reconhecido o direito de trans à alteração do prenome independentemente da cirurgia de redesignação de sexo, os votos dos Ministros na ADI nº 4.725 não construíram argumentos para confrontar as estruturas binárias de gênero, o que impossibilita o reconhecimento da identidade trans pelo STF. Desse modo, a estrutura lógica da fundamentação dos votos perpetua as injustiças sociais que afugentam os transexuais a categorias desviantes, causando prejuízo, assim, a direitos fundamentais do grupo.

Propugna-se, ademais, que Honneth ao supervalorizar a subjetividade de cada sujeito, ao inferir que somente será possível a reparação de injustiças sociais quando existir o reconhecimento da identidade de forma intacta dentro das três dimensões: amor, direito e solidariedade. Apesar das justificativas apresentadas pelo filósofo para defender o seu modelo teórico, entendeu-se que sua teoria não possui força para enfrentar várias situações que esboçam injustiças sociais, já que, conforme bem elenca Bunchaft, ao assumir o viés psicológico, não consegue legitimar reivindicações de sujeitos que estão submetidos a uma felicidade ilusória, submersos num estado de letargia. Além disso, sua teoria possui *déficit político*, visto que o reconhecimento está vinculado a padrões éticos sociais.

Em contrapartida, a teoria de Fraser evidencia maior pertinência para criticar a estratégia argumentativa implícita da ADI nº 4.275, posto que possui recursos conceituais com potencialidade para se contrapor ao binarismo de gênero, confrontando concepções normalizadoras e patologizantes responsáveis pela exclusão social dos transexuais por meio de uma teoria democraticamente informada e viável. Igualmente, Fraser explicita um modelo teórico bidimensional de justiça, a partir do qual é possível diagnosticar injustiças sociais decorrentes de questões culturais e econômicas, sem ser necessário subsumir um conceito ao outro.

Sob esse prisma, a teoria da Fraser, ao ser cotejada com o modelo teórico de Honneth, desvela-se como discursivamente informada, uma vez que, ao pautar o reconhecimento a partir da ideia de modelo de status atrelada à paridade participativa dos sujeitos, estabelece a circulação de contradiscursos em esferas públicas contra-hegemônicas, tornando-se possível a desconstrução de concepções normalizadoras e patologizantes inerentes a categorias binárias que obstam a efetivação da paridade participativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Requerente: Procuradora Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center LTDA. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRESSIANE, Nathalie. Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **Caderno CRH**, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000200007>. Acesso em: 01 maio 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A temática das uniões homoafetivas o Supremo Tribunal Federal à luz do debate Honneth-Fraser. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 133-156, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a06.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. **A indução analítica**. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452009000200001&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 27 abr. 2018.

FRASER, Nancy. **Repensar el ámbito público**: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. [S.l.], Metis Productos Culturales S.A. de C.V., 1993.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel (Org.). **¿Redistribución o Reconocimiento**? Un debate político-filosófico. Madri:

Ediciones Morata, 2006.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 63, p. 7-20, 2002. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>. Acesso em: 12 de maio 2016.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho; MACEDO, Litiane Barbosa. Discurso e gênero social a partir das perspectivas da ACD e da GSF. In: ENCONTRO REDE SUL LETRAS, 4., 2016, Palhoça. **Formação de redes de pesquisa**. Tubarão: UNISUL, 2016. p. 295-297. Disponível em: <http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/eventos/sulletras/PDF/D%C3%A9bora-Figueiredo.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010. p. 115-132.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectiva na ordem moral social. In: Souza, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). **Teoria crítica do século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 79-94.

LAZAR, Michelle. Feminist critical discourse analysis. Articulating a Feminist Discourse Praxis. **Critical Discourse Studies**, London, v. 4, n. 2, p. 141-152, 2007. Disponível em: <https://www.sfu.ca/cmns/courses/2012/801/1-Readings/Lazar%20-%20feminist%20CDA.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MATTOS, Patrícia Castro. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2006.

MELO, Rúrion. Da teoria à práxis? Axel Honneth e as lutas por reconhecimento na teoria política contemporânea. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 17-36, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n15/0103-3352-rbcpol-15-00017.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). **Teoria crítica do século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 95-112. SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. **Lua Nova**. São Paulo, n. 50, p. 133-158, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a08n50.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

TRANSGENDER EUROPE (TGEU). Dia internacional da visibilidade trans. **Nota de Imprensa**, Berlin, 30 mar. 2016. Disponível em: <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/03/TvT_TMM_TDoV2016_PR_PT.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

OS DIREITOS UNIVERSAIS SÃO PARA TODOS/AS? AVANÇOS LEGAIS NA LUTA DAS MULHERES PELOS DIREITOS HUMANOS E SUAS INTERLOCUÇÕES COM A EDUCAÇÃO E O TRABALHO

Charlene Bitencourt Soster Luz

Denise Quaresma da Silva

RESUMO: Esse artigo propõe uma reflexão sobre os direitos humanos para as mulheres ao longo dos tempos com enfoque na educação e no trabalho. Metodologicamente, trata-se de uma revisão teórica e está estruturado em duas partes, sendo a primeira sobre os avanços legais relativos às mulheres ao longo da história, abrangendo questões de desigualdades políticas na educação, no trabalho e em relação ao direito de propriedade. Na continuidade, aborda-se os avanços objetivados pela Organização das Nações Unidas em relação à igualdade de gênero. Os resultados obtidos mostram que as mulheres tiveram acesso gradual nos seus direitos políticos de eleger representantes e na questão na candidatura falta representatividade feminina; a educação tem herança patriarcal e religiosa no Brasil e isso reflete nas questões de gênero e no ensino atual; o trabalho possibilitou a mulher maior independência em todas as outras áreas com oportunidade de adquirir bens e administrar negócios sem o consentimento masculino. Apesar desses progressos, existe desigualdade entre os gêneros e por isso, o objetivo quinto da Organização das Nações Unidas determina que os países sejam efetivos em leis e ações para contemplar todas e todos. Então, os avanços em relação a igualde de gênero são relevantes no âmbito político, educacional e trabalhista. Porém, existem disparidades entre os gêneros a serem enfrentadas em nível mundial, inclusive no Brasil e esse apresenta-se como um desafio proposto pela Organização das Nações Unidas para o milênio.

Palavras-chaves: Mulheres. Leis. Educação. Trabalho.

ABSTRACT: This article proposes a reflection on human rights for women over time with a focus on education and work. Methodologically, this is a theoretical revision and is structured in two parts, the first one on the legal advances related to women throughout history, covering issues of political inequalities in education, work and the property rights. In continuity, it addresses the progress made by the United Nations in relation to gender equality. The results show that women had gradual access in their political rights to elect representatives and in the question in the candidacy lack female representation; education has patriarchal and religious inheritance in Brazil and this reflects in the questions of gender and in the current teaching; the work allowed the woman greater independence in all other areas with the opportunity to acquire goods and manage business without male consent. Despite this progress, there is gender inequality and therefore, the fifth objective of the United Nations requires countries to be effective in laws and actions to contemplate all and all. So, advances in relation to gender equality are relevant in the political, educational and labor spheres. However, there are disparities between the genders to be faced at world level, including in Brazil and this presents itself as a challenge proposed by the United Nations for the millennium.

Key-words: Women. Laws. Education. Work.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos universais devem incluir todos os seres humanos, independente de gênero. Mas, em relação às mulheres nem sempre foi assim, pois os seus direitos foram sendo conquistados de forma gradativa ao longo dos tempos, sendo que as mulheres enfrentam a desigualdade de modo constante (Strey, 2001).

Historicamente, a política era exercida totalmente pelos homens que decidiam quais candidatos

elegeriam, pois tinham o poder de escolha e os candidatos eram somente homens. Não havia espaço para as mulheres nessa esfera, as mulheres foram se inserindo aos poucos na política e ainda nos dias atuais, falta representatividade feminina no poder. Segundo dados da ONU de 2017, o Brasil está em 32 lugar entre 33 países latinos-americanos e caribenhos sobre a participação das mulheres na política nacional. No Brasil, há 9,9% candidatas eleitas e a Bolívia tem colocação em primeiro lugar com 53,1% de mulheres no parlamento.

A educação brasileira da mesma forma que a política, começou sendo um monopólio masculino, onde somente professores homens ou sacerdotes religiosos ensinavam. O poder do conhecimento era restrito ao universo masculino, somente mais tarde as professoras ingressaram na docência como uma extensão do lar, da ideia de cuidado com o outro. O ensino para alunas era diferente dos alunos e focado na questão comportamental para a formação da futura dona do lar. (Priori, 2000)

No mundo dos negócios, as mulheres foram inseridas no mercado de trabalho como operárias e já começaram com menor remuneração do que os homens, por serem consideradas menos aptas fisicamente. Mas, foi o trabalho que trouxe mudanças significativas no universo feminino com a independência financeira. Assim, conforme Dias (2001, p.160): "A mulher saiu do gueto familiar e adentrou no mercado de trabalho, afastando o paradigma masculino, no qual a mulher não ocupava qualquer espaço." Dessa forma, o direito de posse passou a ser ampliado para contemplar as mulheres e possibilitar que elas fizessem negócios e fossem donas de propriedades. Assim, mulheres empreendedoras saíram da sombra dos homens, dominando seus próprios negócios.

Percebe-se que muitos avanços aconteceram, porém ainda há muito o que ser realizado em nível mundial. Por isso, um dos objetivos da ONU (Organização das Nações Unidas) diz respeito à igualdade de gêneros. Esse objetivo, o quinto, se refere ao milênio e tem metas relacionas pontuais relacionadas com trabalho e educação. Segundo o objetivo quinto da ONU a igualdade de gêneros precisa ser efetiva com o empoderamento de meninas e mulheres.

2 AVANÇOS LEGAIS: MULHER, MUITO ALÉM DO DOCE LAR

A contemporaneidade foi inaugurada na Revolução Francesa, com três palavras-chaves: igualdade, liberdade e fraternidade (SCHMIDT, 2012). Mas, para as mulheres essas palavras foram criando significado prático ao longo do tempo, sendo que para algumas mulheres esses são termos desconhecidos. Por isso, há necessidade de que todos seres humanos tenham e sintam a igualdade de direitos, a liberdade de escolhas e fraternidade entre sua própria espécie.

No mundo e no Brasil existiram avanços em relação à mulher, que na atualidade passa a ser cada vez mais valorizada. Nesse sentido, para Strey (2001, p.16) "o poder das mulheres está crescendo: no controle da fecundidade, no acesso à educação, no exercício das profissões e, portanto, no acesso a certos recursos econômicos(...)". Esses avanços aconteceram aos poucos e precisam continuar para abolir a discriminação de gêneros. Questões políticas, de educação, trabalho, direito das coisas e direitos civis são exemplos de assuntos que estão em constante mudança nesse sentido.

2.1 POLÍTICA, PODER DE ESCOLHA E CANDIDATURA

Os políticos são os representantes da população; quando há democracia, o voto das pessoas elegem os candidatos mais aptos. Baseando-se nessa lógica, toda população composta por homens e mulheres deve participar tanto da escolha quanto dos cargos políticos. Mas, para as mulheres o direito de escolher os próprios governantes foi concedido aos poucos. O Decreto 21076/1932 no governo Vargas concedeu o direito facultativo ao voto feminino no Brasil para as mulheres viúvas, solteiras com renda própria e casadas com autorização do marido. Somente em 1946 o voto feminino passou a ter a mesma obrigatoriedade do voto masculino e obedecer as mesmas regras estabelecidas pelo Código Eleitoral. Além da pressão das mulheres para escolher seus representantes, houve interesse político em ter mais voto através da liberação das mulheres para irem às urnas. Mesmo assim, foi uma importante barreira ultrapassada, sendo que hoje,

segundo o IBGE desde 1980 até as última pesquisa em 2010, as mulheres representam em média 50% da população brasileira. Nesse sentido, Dumais (1996, p. 21) questiona: "Como uma sociedade pode realizar-se em sua totalidade se a metade de seus membros vive em tutela?" É muita gente com poder de decisão antes silenciado.

Um outro desafio relacionado com a política está no fato de existirem poucas mulheres candidatas em cargos políticos. Isso significa que o poder de decisão e de quem corrobora com projetos de leis tem sido realizado pela maioria de homens, ou seja, permanece o governo patriarcal. O ideal em um país democrático é ter várias mentes pensantes contribuindo para governar de forma integrada com diversos interesses de toda população.

O processo para a carreira política possui várias etapas, é preciso que a pessoa seja aceita em um partido político e assim, sua candidatura depende do apoio desse partido. Há campanha, votação e finalmente a eleição com a definição do candidatou ou o segundo turno para essa definição. Mas, não basta conseguir chegar ao poder, é preciso mantê-lo. Até agora o Brasil teve somente uma presidenta que não concluiu o seu mandato. É preciso maior abertura para mais mulheres liderarem a nação, os estados e cidades, pois isso permite um olhar mais inclusivo com leis que favoreçam a todos e todas.

2.2 A DESIGUALDADE DE GÊNEROS NA EDUCAÇÃO

No Brasil, a educação iniciou de forma cem por cento patriarcal e centrada na religião católica. Priori (2000, p.375) lembra que "A atividade docente, no Brasil, como em muitas outras sociedades, havia sido iniciada por homens – aqui, por religiosos, especialmente jesuítas.". Os professores eram homens sacerdotes que transmitiam o conhecimento geralmente de forma oral. Assim, nota-se uma educação colonizadora para catequizar os indígenas, desconsiderando a cultura já existente. Até hoje, as aulas expositivas dialogadas são muito comuns nas escolas brasileiras, onde o conhecimento é colocado e há pouca ou nenhuma abertura para construção do conhecimento em conjunto. A figura do professor como autoridade dotada de poder supremo vem desse período, segundo Priori (2000).

Em âmbito mundial, somente em 1937 surgiram universidades exclusivas para mulheres nos Estados Unidos. Já na Europa, as universidades aceitaram as mulheres após a Primeira Guerra Mundial. No Brasil, a primeira mulher a se formar foi a gaúcha Rita Lobato Velho Lopes em 1887 na Faculdade da Bahia. Ela era gaúcha, se formou em Medicina e exerceu a profissão, mostrando que a mulher pode ser médica, em um momento onde o máximo que as mulheres exerciam na área era o trabalho de enfermeira para ajudar o médico, homem. Para bandeira (2013), essa foi uma vitória importante e mostrou que através do estudo, as mulheres conseguem ocupar cargos antes somente destinados aos homens no mercado de trabalho.

A partir do momento que médicas, professores e alunas estão na área da saúde pode-se ampliar as reflexões sobre tratamentos voltados ao público feminino. Uma coisa é um pesquisador homem imaginando como é sentir uma cólica, parto e outra coisa são as mulheres pensando a respeito do assunto. Assim, integrar as pesquisas de homens e mulheres possibilitam avanço científico. Isso se torna possível quando a mulher sai do ambiente privado da família para o público, frequentando escolas e atuando profissionalmente. Dias (2001, 158) aponta a existência de estereótipos sociais quanto ao papel dos gêneros:

> "(...) a sociedade ocidental concedeu ao homem o espaço público e reservou à mulher o ambiente privado, nos limites da família e do lar. Essa duplicidade encejou a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produto; o outro de submissão, interno, reprodutor. Tal distinção esterotipada está associada aos papeis ideais de homens e mulheres, ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função."

Rita Lobato agiu na contramão das mulheres de sua época, estudando para ser profissional em um momento onde as escolas para moças eram direcionadas a desenvolver boas donas de casa e mães, conforme Priori (2000). O aprendizado feminino era centrado em costura, cozinha, religiosidade. Enquanto que nas escolas de meninos se aprendia matemática e ciências e profissões em alguns casos. Nota-se uma discrepância no ensino, onde os meninos eram preparados para a vida acadêmica e profissional e as mulheres par o lar. Segundo Priori (200), as normalistas ou professorinhas podiam ser menos severas com as crianças, pois

cuidavam dos anos iniciais, momento em que todos e todas tinham alfabetização.

Figura 1. As normalistas ou professorinhas

Fonte: Priori (2000, p. 397)

Dados IBGE (2010), as áreas de formação nas quais mulheres com mais de 25 anos estão presentes são Educação (83%) e Humanidades e Artes (74,2%). As áreas das exatas tem homens em sua grande maioria. Esses números mostram a continuidade dos homens para as exatas, onde o pensamento é guiado pela razão e as mulheres nas áreas humanas, trabalhando as questões comportamentais. O trabalho docente com as crianças tem importante função para que as áreas sejam ocupadas igualitariamente por homens e mulheres no futuro. Então, é preciso bom senso de incentivar meninos e meninas no processo de aprendizagem e na realização de tarefas em todas as áreas do conhecimento, sem discriminação. A pedagogia precisa integrar as crianças para que sejam adultos responsáveis na vida pessoal e profissional que escolherem seguir.

Figura 2. Professoras, modelos morais para as alunas

Fonte: Priori (2000, p. 390)

Alunas e professores sofreram muita repressão segundo Priore (2000, p. 467): "As professoras deviam servir de modelo a suas alunas. Para isso, precisavam exercer um estrito controle sobre suas falas, posturas, comportamentos e atitudes." Dessa forma, os corpos femininos eram extremamente vigiados para evitar desvios nos comportamentos e atitudes onde as mulheres pudessem mostrar a personalidade. É a criação da boa moça para os outros, freando qualquer indício de desejo de ir além do doce lar. A mulher, se quiser assim pode o homem pode estar no ambiente doméstico e isso deve ser uma escolha e não uma imposição de destino irrefutável. Louro (1997, p. 21) discorre sobre a construção social dos sujeitos em relação em

torno do sexo de nascimento:

> É necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas é a forma como essas características são representadas ou valorizadas, aquilo que se diz ou se pensa sobre elas que vai constituir, efetivamente, o que é feminino ou masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico. Para que se compreenda o lugar e as relações de homens e mulheres numa sociedade importa observar não necessariamente seus sexos, mas sim tudo o que socialmente se construiu sobre os sexos.

Assim, há muito o que avançar no acampo da educação em relação às mulheres. Apesar do acesso à educação ser universal, ou seja, para todos os gêneros, segundo pesquisa da Unesco de 2013 realizada em 150 países, existem 774 milhões de adultos analfabetos, sendo 64% mulheres. Esse índice pode ter causas como dificuldade de acesso às escolas por parte das meninas e o entendimento de que elas não precisam estudar. As dificuldades de acesso das meninas à educação pode acontecer devido à pobreza e onde o trabalho infantil e também a falta ou ineficiência de dispositivos legais para controle das crianças que vão na escola. A cultura de considerar que não faz diferença que as meninas estudem, pois ficarão em casa. Nesse caso, não há perspectiva nos talentos femininos, pois não há acesso igualitário a educação.

2.3 O MUNDO DOS NEGÓCIOS PERTENCE A TODOS E TODAS?

A partir da Revolução Industrial, a mulher foi ingressando gradativamente no mercado formal de trabalho (Dias, 2001). Mas, esse fato não diminui o expressivo valor do trabalho doméstico, pois as tarefas do lar e dos filhos continuavam sendo realizadas, na maioria dos casos, exclusivamente pelas mulheres. Para Dias (2001, p. 159-160):

> O perfil da estrutura familiar veio a sofrer mutações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao mercado de trabalho. Também as guerras, que levavam os homens ao front ou à morte, abriram espaço para a atividade laborativa feminina, principalmente para a prática de atividades terciárias e repetitivas, recebendo remuneração inferior.

Assim, a inserção da mulher do mercado de trabalho aconteceu por necessidade de pessoas para produzir e também como forma de contribuição econômica das famílias. O trabalho das mulheres era considerado um complemento de renda, ou seja, as mulheres pobres tinham que trabalhar para ajudar em casa. Por conta dessa óptica e também pela força física ser considerada inferior, os salários das mulheres eram menores que dos homens. O início da mulher no trabalho formal já nasce com disparidades que a inferiorizam e por isso segundo o sistema capitalista recebem menor recompensa financeira, mesmo que na realidade façam o mesmo ou até mais atividades que os homens no cargo. Strey (2001, p. 17) pensa que as tarefas podem mais equilibradas entre os sexos: "As tarefas humanas deveriam ser pensadas e compartilhadas igualmente por homens e mulheres". Essa é uma expectativa de igualdade e justiça.

Com as indústrias, aumentou a urbanização das cidades em diversas cidades do mundo, inclusive no Brasil. Assim, nos anos 1970 houve o êxodo rural, onde muitas famílias migraram para os centros urbanos em busca de mais oportunidades de trabalho. Para a mulher essa foi uma mudança impactante, pois no campo o trabalho corre junto com a família, que geralmente é numerosa. Na cidade, o ambiente de trabalho tem pessoas desconhecidas, incluindo a chefia, ou seja, há impessoalidade no tratamento e a possibilidade de desligamento. As famílias passam a ser menores, pois não é mais necessária mão de obra para trabalhar no acampo e quanto mais pessoas mais difícil de sustentar. Ainda com a mulher trabalhando há menos tempo para cuidar da casa e das crianças. A entrada no mundo do trabalho não configura a saída do lar, mas a sua mudança de forma significativa. As relações entre esposa e marido começam a se tornar mais igualitárias, visto que ambos trabalham e o lar deixa de ser responsabilidade exclusiva da mulher.

Também nos anos 1970 acontecem os movimentos feministas no mundo e isso afeta o Brasil. Segundo Louro (1997), nesse momento acontece a problematização do conceito de gênero. Uma obra marcante do momento é o Segundo Sexo de Simone de Beauvoir. Vale dizer que essa autora influenciou o mundo inteiro com sua obra, inteligência e seu modo de ser. Simone nunca casou oficialmente, mas viveu uma relação

aberta com seu companheiro. O que vem a calhar com o momento histórico, pois a pílula e o divórcio surgiram e a mulher se tornou cada vez mais livre.

Essas mudanças não foram simples, pois cada mulher que decidia viver sua vida da forma que desejasse sofria preconceito predatório. Trabalhar era considerado invadir um espaço que não lhe pertencia. Tomar a pílula contrariava a Igreja na questão de interferir na vontade divina de procriar. Divórcio era uma vergonha para a sociedade e a prova de fracasso feminino, pois acreditava-se que a mulher devia segurar a família. Para Beauvoir (1970, p. 308): "(...) é muito difícil às mulheres assumirem concomitantemente sua condição de indivíduo autônomo e seu destino feminino". Logo, a mulher tem de ser muito resiliente para definir o seu próprio destino.

2.4 O PODER JURÍDICO DE POSSE DE BENS DA MULHER

O poder econômico através do trabalho que possibilitou a mulher maior liberdade quanto ao número de filhos e a se sustentar sem parceiro. O trabalho está intimamente ligado a independência feminina e seu empoderamento na sociedade capitalista. Através da acumulação de capital tem-se maior poder aquisitivo.

Mas, esse poder era restrito aos homens até meados dos anos 1960. A mulher não podia ter propriedade em seu nome, ou seja, nada de comprar terreno, casa, carro. Absolutamente nada era seu, por ser legalmente considerada incapaz segundo Dias (2001). E, mesmo se a mulher tivesse dinheiro o registro do bem devia estra em nome de algum homem. Isso gerava muito problemas para as mulheres de dependências para os negócios particulares e empresariais.

Assim, se uma mulher solteira comprasse um terreno e escriturasse em nome de seu pai, a propriedade com o falecimento passaria ao seu irmão e ela estaria dependendo da sua permissão para ter onde morar. Quando uma mulher casava, os bens adquiridos no matrimônio não pertenciam a ela. Nessa situação como se divorciar se os bens dela seriam do marido? Por isso, a Lei 4.121/1962 do Código Civil conhecido como Estatuto da Mulher Casada passou a incluir a mulher com o poder de posse em suas propriedades podendo vender, trocar, comprar da mesma forma que os homens fazem. O artigo 246 do Código Civil de 1962 diz que:

> A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância.

Assim, surgem as empreendedoras que comandam empresas sozinhas. Elas já existiam, mas estavam na sombra dos homens. Dessa forma, o mercado de trabalho começa a pertencer oficialmente às mulheres que dividem espaço, disputam, lideram e colaboram com junto com os homens. Tarefa complexa para ambos: conviver em harmonia. Mais pessoas no mercado de trabalho resultam em maior competitividade. A comodidade do futuro certo com emprego que dura a vida inteira acabou. É preciso se destacar. E para isso, é preciso cooperar na diversidade da equipe na empresa para competir no mercado. Para DYCHTWALD (2011, p. 73), está faltando talentos e a força feminina no mercado de trabalho vem suprir essa lacuna: "No momento exato em que as mulheres estão se tornando o segmento mais educado, mais empreendedor da força de trabalho, empresas de todo mundo estão à beira de um abismo de falta de talentos, uma imensa escassez de trabalhadores qualificados." Empreendedoras inovam e atendem ao competitivo mercado capitalista. Assim, para Carreira (2001, p. 22): "É pelo exercício do poder que se moldam comportamentos e são forjadas mudanças culturais. Para que as lideranças femininas consigam expressar seus próprios valores dentro de grupos, organizações, assim como produzir efeitos duradouros na sociedade, hão de se desenvolver no exercício do poder."

No momento, os serviços estão substituindo a indústria e a capacidade intelectual à força. Isso favorece o trabalho das mulheres. Os serviços permitem formas mais flexíveis de trabalho como home-office, por exemplo, o difere da indústria. Para DYCHTWALD (2011, p. 72): "Quando mais peso se dá aos resultados, mais flexibilidade têm os trabalhadores – e isso é bom para qualquer trabalhador, homem ou mulher, que tenha uma vida fora do escritório." O mercado de trabalho está em plena mudança e o papel da mulher se torna cada vez mais imprescindível.

3 IGUALDADE DE GÊNEROS: UM OBJETIVO PARA O MILÊNIO

Em 2015, os países que constituem a ONU (Organização das Nações Unidas) se reuniram para definir os grandes objetivos para o milênio. Ao todo foram dezessete objetivos, sendo que o quinto objetivo se refere à igualdade de gênero: "Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas". Esse objetivo foi dividido em metas e nesse texto o enfoque será em relação à relevância da educação e do trabalho para que esse objetivo do milênio seja alcançado. Assim, as metas da ONU que se relacionam com educação e trabalho que contribuem para igualdade de gênero são:

> Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública.
>
> Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais.
>
> Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis.

No Brasil, a Constituição Federal no artigo quinto discorre sobre a igualde das pessoas perante a lei: "I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Mas, para Dumais (1996, p. 13) "Declarar que os seres humanos possuem direitos não basta para que eles desfrutem deles na vida cotidiana" Então, a meta da ONU relativa à igualdade reforça a legislação existente no país, para se torne efetiva. Apesar da lei garantir igualdade, a política houve apenas uma presidenta dentre tantos presidentes do sexo masculino. Dessa forma, existe pouca representação feminina no poder político brasileiro. Aumentar a participação das mulheres nesse território significa maior possibilidade de atender às demandas nacionais de toda população. Também existe desigualdade na questão econômica, pois segundo o IBGE as mulheres tem menor remuneração em comparação aos homens do mesmo cargo. Setores de serviços (no qual mulheres recebem 53,2% do rendimento médio dos homens). O IBGE aponta no setor de saúde e bem estar social, o percentual é de 55,6% a menos de remuneração das mulheres em comparação com os homens. E, no setor de agricultura e veterinária as mulheres recebem 62,5% a menos que o homens. O Relatório sobre o mercado de trabalho do Rio Grande do Sul (2001-13) mostra que a disparidade salarial decorre de fatores como a propensão da mulher em abandonar o mercado de trabalho em 11,2% e também menos horas no trabalho (37, 4 horas por semana e os homens 41,3 horas) e mais horas dedicadas nas tarefas domésticas, que poderiam ser destinadas à carreira. Apesar de ter menor remuneração as mulheres tem maior escolaridade, segundo a pesquisa com 10,7 anos de estudos e os homens 9,2 anos. Esses dados mostram o quanto a coerência da meta da ONU quanto a participação das mulheres na vida política, econômica e pública. A gestão das empresas públicas e privada, precisa então estabelecer formas de cumprir a Constituição Federal quanto a meta da ONU.

Figura 3. Educação igualitária para os gêneros

Fonte: https://nacoesunidas.org/tema/odm/

A realização de reformas para os direitos iguais quanto aos recursos econômicos e propriedade também se apresenta com uma meta da ONU. Essa meta se refere a posse de bens pelas mulheres e sua gestão sem precisar do amparo legal dos homens para exercer esse direito. Essa meta é ampla e se refere as propriedades particulares de empresas. O ingresso e permanência das mulheres no mercado de trabalho contribui diretamente para haver possibilidades financeiras de adquirir bens. Além disso, o fato das mulheres terem igual acesso e incentivo à educação contribui para que elas saibam administrar e investir em bens, fazendo parte da economia.

A outra meta da ONU relativa a igualde de gênero mostra que a adoção de políticas e a elaboração de leis são indispensáveis para o empoderamento de meninas e mulheres. Então, é preciso começar desde a infância na escola com educação igualitária, visando desenvolver o espírito de cooperação, oportunidades e equidade entre meninas e meninos que irá repercutir na vida adulta. Com isso Dias (2001, p. 162-163), afirma que é: "indispensável a adoção de ações afirmativas que busquem o estabelecimento da igualdade material por meio da igualdade de oportunidades."

As leis nacionais regulam o comportamento das pessoas e ao mesmo tempo refletem seus anseios. Assim, o fato da legislação contemplar a igualdade de gêneros e a ONU também significa que existe aderência popular para isso e que todos se beneficiam com uma legislação inclusiva. Para Dumais (1996, p. 20-21): "A afirmação dos direitos das mulheres constitui uma necessidade social. Necessidade não somente para as mulheres, que dela se beneficiarão, mas também de toda a sociedade que sofre com essa falta." Assim, a sociedade sente os efeitos negativos quando a legislação não contempla o todo. Por isso, a urgência de leis e comportamentos efetivos nas questões de gênero.

O Relatório Educação Para Todos (2000 – 2015) realizado pela ONU mostra que apesar da igualdade de gêneros na educação não ter sido alcançada nem por mais da metade dos países até 2005, os países que conseguiram a igualdade de genros na educação passou de 36 para 62 países nos últimos 15 anos. Esse é um progresso que precisa continuar até atingir todos os 150 países da ONU, conforme o seu objetivo quinto de igualdade de gêneros. Segundo o relatório, quase 15 milhões de meninas e 5 milhões de meninos não frequentam a escola, ou seja, as meninas são a maioria sem instrução formal. Isso corre, segundo o relatório, devido à violência de gênero e ao casamento infantil, que soa barreiras para as meninas acessarem e continuarem na escola. Por isso, a necessidade de leis e ações firmes a respeito para a redução da desigualdade de gênero nas escolas e na sociedade de modo geral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres tiveram diversos avanços na legislação no que se refere aos seus direitos universais, principalmente quanto a política, ao trabalho e a educação. Mas, esses progressos foram sendo conquistados

com o passar do tempo e sempre depois dos homens. Primeiro o direito era direcionado aos homens e depois as mulheres reivindicavam brechas para serem consideradas dignas das mesmas normativas.

A política foi um exemplo disso. O voto feminino foi liberado, segundo o Decreto Decreto 21076/1932 somente nos anos 1930 no Brasil e era facultativo, sendo que as mulheres casadas deviam ter autorização do marido. Em 1946 que as mulheres e homens passaram a ter os mesmos direitos eleitorais. Antes disso, a decisão quanto ao voto de mais da metade da população que ficava de fora. O reflexo do quanto a política foi exclusiva aos homens está na falta de representatividade política nas candidaturas, nas eleições e nos mandatos. Até agora no Brasil, somente uma mulher esteve no cargo máximo da política, ou seja, o países elegeu somente uma presidente e vários presidentes ao longo de sua história.

Na educação brasileira, a desigualdade de gênero evidencia-se tanto para os docentes quanto para os discentes. Os primeiros docentes eram sacerdotes católicos homens que catequisavam os alunos. Assim, além de patriarcal a educação era baseada em princípios religiosos. Em nível mundial, a partir da Primeira Guerra as mulheres passaram a ter acesso à educação. Porém, as escolas para mulheres ensinavam questões comportamentais com a finalidade de formar boas donas de casa e mães. Porém, os meninos aprendiam diversas disciplinas votadas a racionalidade e às profissões. A visão da educação era de preparar a menina para o lar e o homem para a carreira. Nesse sentido LOURO (1997) alerta que que existe uma construção social sobre os sexos. Isso se confirma a pesquisa do ano de 2013 realizada em 150 países pela ONU onde 64% dos analfabetos são mulheres, desta forma, nessa assertiva, observa-se a partir destes dados o quanto as mulheres do mundo ainda são tratadas com desvalia, na medida que o acesso universal a educação lhes é negado.

No mundo dos negócios as mulheres foram entrando no mercado de trabalho a partir da Revolução Industrial. Esse início já foi doloroso, pois elas tinham salário inferior, pois eram consideradas frágeis. As mulheres pobres trabalhavam com o intuito de complementar a renda da família. Com o êxodo rural dos anos 1970 e a urbanização houve maior necessidade das mulheres no trabalho. Nessa mesma época os movimentos feministas aconteciam no mundo inteiro, surgiu a pílula e o divórcio. A independência feminina estava se expandindo para e o controle do próprio corpo e as relações familiares.

Através do trabalho, as mulheres podiam ter o próprio dinheiro e assim adquirir os seus bens móveis e imóveis, sem o aval de ninguém. Dessa forma, se tornou possível detivesse poder e representatividade em um sociedade que preza pelo acumulo de capital. As empreendedoras comandando suas empresas passam a serem vistas e consideradas pela sociedade. Segundo DYCHTWALD (2011) o mundo dos negócios tende a valorizar os serviços, mais do que a indústria e assim, as mulheres tem maiores possibilidades de mostrar o seu poder econômico.

E quanto ao futuro, a ONU tem objetivo para o milênio e o quinto objetivo mais importante se refere a igualdade de gênero com empoderamento de meninas e mulheres. A educação, o trabalho e leis efetivas sobre o tema são algumas das metas desse objetivo. No Brasil, o artigo quinto da Constituição Federal determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Então, o objetivo de ONU mostra preocupação com o cenário de desigualdade de gêneros em nível mundial, incluindo o Brasil.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Cláudio Antônio de Freitas. **Primeira médica saiu da Famed em 1887.** Disponível em: http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/primeira-medica-saiu-da-instituicao-em-1887/ Acesso em 04 maio 2018.

BANDEIRA, Cláudio Antônio de Freitas. **A mulher vencendo barreiras.** 02 maio 2013.Disponível em: http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/a-mulher-vencendo-barreiras/ Acesso em 04 maio 2018.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 05 maio 2018.

BRASIL. Código Civil (1962). **Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Artigo 246.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm Acesso em 08 maio 2018.

CARREIRA, Denise. Org. **Mudando o mundo: A liderança feminina no século XXI.** São Paulo: Cortez; Rede Mulher de Educação, 2001.

CASTELO, Leão Judith. **82 anos da conquista do voto feminino no Brasil.** 24 fev. 2014. Disponível em: http://www.tre-es.jus.br/noticias-tre-es/2014/Fevereiro/82-anos-da-conquista-do-voto-feminino-no-brasil Acesso em 04 maio 2018.

CASTRO, Juliana. **Aumenta desigualdade entre homens e mulheres no mercado formal de trabalho, aponta IBGE.** Disponível em:

http://oglobo.globo.com/sociedade/aumenta-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-mercado-formal-de-trabalho-aponta-ibge-14414312 Acesso em 04 maio 2018.

DIAS, M. B. Aspectos jurídicos do gênero feminino. In: _____, MATTOS, F; FENSTERSEIFER, G; WERBA, G. **Construções e Perspectivas em Gênero.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001. Cap. 14, p. 157-164

DYCHTWALD, Maddy; LARSON, Chiristine. Trad; Maria Lúcia de Oliveira. **O poder econômico das mulheres.** Entenda como a independência feminina pode influenciar o mundo positivamente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DUMAIS, Monique. **Os direitos das mulheres.** Trad. Denise Lotito. São Paulo: Paulinas, 1996.

FEE. **Relatório sobre o mercado de trabalho do Rio Grande do Sul — 2001-13.** Disponível em: https://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/20150504relatorio-sobre-o-mercado-de-trabalho-do-rio-grande-do-sul-2001-13.pdf Acesso em 09 maio. 2018.

IBGE. **Distribuição percentual da População por Sexo - Brasil - 1980 a 2010.** Disponível em: https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html Acesso em 09 maio 2018.

GAMA, Rafael Nogueira. **Estatuto da Mulher Casada comemora 45 anos nesse mês. 23 agosto 2017.** Disponível em: http://www.tribunapr.com.br/noticias/mundo/estatuto-da-mulher-casada-comemora-45-anos-nesse-mes/ Acesso em 8 maio 2018.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, Sexualidade e Educação.** Uma perspectiva pós-estruturalista. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

ONU. **Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/ Acesso em 05 maio 2018.

ONU. **UNESCO: Analfabetismo cai, mas mulheres ainda têm menos acesso à educação.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/unesco-analfabetismo-cai-mas-mulheres-ainda-tem-menos-acesso-a-educacao/ Acesso em 09 maio 2018.

ONU. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/tema/odm/ Acesso em 09 maio 2018.

ONU. **Brasil é 'lanterna' em ranking latino-americano sobre paridade de gênero na política.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/brasil-e-lanterna-em-ranking-latino-americano-sobre-paridade-de-genero-na-politica/ Acesso em 09 maio 2018.

ONU. **Maioria dos países não alcançou igualdade de gênero no acesso à educação, diz relatório da ONU.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/maioria-dos-paises-nao-alcancou-igualdade-de-genero-no-acesso-a-educacao-diz-relatorio-da-onu/ Acesso em 09 maio 2018.

PRIORE. Mary Del. **História das Mulheres no Brasil.** 3 ed. São Paulo: Contexto, 2000.

SCHMIDT, Joessane de Freitas. **As Mulheres na Revolução Francesa.** Revista Thema, 09 fev. 2012. Disponível em:http://revistathema.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/147/67 Acesso em 09 maio. 2018.

STERY, M. N. Será o século XXI o século das mulheres?. In: _____, MATTOS, F; FENSTERSEIFER, G; WERBA, G. **Construções e Perspectivas em Gênero.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001. Cap. 1, p. 9-18

CULTURA DO ESTUPRO E HERANÇA MISÓGINO-PATRIMONIALISTA NO IMAGINÁRIO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Tainá Machado Vargas[1]

Paula Pinhal Carlos[2]

RESUMO: O tema a ser abordado neste trabalho direciona-se a analisar as heranças patrimonialistas na legisla**ção brasileira,** nos casos em que se verificaram flagrante naturalização à cultura do patriarcado. O objetivo é reconhecer como se realizam essas estruturas de poder, a quem representam e sob quais valores repousam as suas proteções legislativas. Ademais, o intuito da pesquisa é evidenciar de que forma são capazes de normatizar, consensualmente, a subscrição de valores e práticas discriminantes de **gênero.** Posto que a subjetividade dessas práticas violentas estabeleça intensas relações simbólicas com o direito penal e com a cultura das sociedades. Desse modo, o estudo busca entender a padronização de valores em uma cultura patriarcal – voltada para determinar o papel do feminino. E, sobretudo, as restrições associadas às representações das sexualidades. As intenções deste trabalho refletem sobre efeitos tensionados quando as estimas patrimonialistas se sobrepõem **à** proteção de direitos conferidos às mulheres e ao dano provocado em sua dignidade.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que todo o processo de formação de uma identidade política contemporânea reúne influentes dimensões de domínios econômicos e socioculturais. No entanto, nota-se, recentemente, que as sociedades, em grande medida, não se mostram tão bem preparadas para desenvolver uma compreensão crítica e igualitária sobre as suas maiores inquietudes. Neste sentido, estender o diálogo sobre as violências sexuais (e se a sua oposição pode vir a ser incorporada como forma de movimento político e emancipatório), é também procurar estratégias de refrear políticas de retrocesso em prol de um Estado social mais paritário. De um Estado mais garantidor de direitos e mais seguro (principalmente) no tocante às questões de gênero e à banalidade da violência. Isso, sobretudo, no que tange a traços e elementos culturais que reforçam desigualdades e influenciam concepções de justiça criminal.

A expressão "cultura do estupro", termo que se popularizou no final dos anos de 1970 nos Estados Unidos, surgiu através da organização dos movimentos de militância feminista. E que mais tarde, veio a se concretizar como uma trajetória de luta política contra a naturalização da violência sexual do estupro nas instancias judiciais. (SANDAY, 1997). No entanto, o termo cultura transmite percepções integradas à ideia de transitoriedade sobre códigos, significados, saberes e práticas, reproduzidas, majoritariamente, nas mais diversas sociedades. O elemento da memória depreende-se, dentro dessa mesma dinâmica de valores e interesses, já que não possuem sentidos isolados do contexto das relações sociais. A cultura nos permite transigir valores, reificar e enrijecer moralidades no campo empírico desses regramentos sociais (CAMPOS; MACHADO; NUNES; SILVA, 2017). Nesse conflito situado entre a moralidade e a cultura, nasce o que é normativo como meio de intervenção do Estado na vida pública e privada.

---

[1] Graduada pela Pontifícia Universidade Católica (PUCRS,) bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS) no curso de Mestrado em Direito da Universidade La Salle (UNILASALLE) e integrante do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário.

[2] Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, mestre em Direito pela mesma Universidade e doutora em Ciências Humanas (área de concentração Estudos de Gênero) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora assistente III da Universidade La Salle (UNILASALLE), nA qual atua como professora permanente do Mestrado em Direito e como professora da graduação em Direito e Relações Internacionais.

2 A CULTURA DO ESTUPRO E AS EXTENSÕES VIOLENTAS DE SUA MATRIZ

De acordo com o entendimento sobre a cultura do estupro e as extensões culturais que a vinculam com antigos censos patrimonialistas, é preciso identificar (se e por que) o direito penal atua como seu reprodutor. Para tanto, não é possível fazê-lo sem reorientar a percepção funcional que detém no ordenamento social. Para isso, devem-se verificar nas instabilidades de parte significativa da sociedade atual, bem como as causas que reivindicam por um estado de "pureza de valores" éticos e morais. Mormente, quando essa mobilização afeta a prática do direito penal e a vida em sociedade. É importante, sobretudo, compreender se tal ideário colabora para a falta de reconhecimento da condição da mulher como vítima de seus próprios aspectos socioculturais. Ademais, não raro o estigma por detrás da vitimologia feminina e do seu agressor, torna-se mais evidente quando tanto a acusação quanto à defesa envolvida chegam a construir tendências argumentativas lineares. Às quais jamais seriam invocadas caso a vítima e/ réu pertencessem ao mesmo gênero.

Logo, torna-se necessário tomar como foco de concentração da pesquisa a análise de locuções jurídico-normativas, procurando compreender com que frequência à representação da mulher é empregada na lei, para fundamentar discursos jurídico-penais criminológicos sobre o potencial da vítima. Nesse universo de atuação do Direito, a força da autoridade está sempre presente como eficácia argumentativa dos discursos jurídicos. E, mesmo que sem perceber o Direito, utiliza-se desses instrumentos sem refletir a respeito, como sintoma da colonização. O efeito disso é a desensibilização negativa do outro, produzida pelo nosso desejo de apropriação. Em "A tecnologia do Gênero" Lauretis (1978, p. 20) esclarece que a própria construção do gênero, que "se faz como um discurso hegemônico, permeando toda a vida social, a nossa linguagem, o nosso modo de existir. Portanto, não há uma realidade ontológica prévia ao discurso",

Enquanto isso, muitas mulheres experimentam vários níveis de reprovação associados à sua integridade. Logo, torna-se importante discutir a representação antagônica do agressor a partir da contribuição de teorias e estudos empíricos fornecidos pela Sociologia. Conforme, o entendimento de Howard Becker (1994) sobre essa perspectiva, em muitos casos de abuso sexual, o componente patologizador é utilizado por profissionais jurídicos como elemento substancial para justificar a prática de atos criminais. Evidenciando o seu foco na teoria de desvio. Segundo essa teoria, torna-se fundamental esclarecer sobre quais argumentos ressoam a questão da incapacidade como condição que constitui, ou que possa caracterizar uma doença sexual. O fenômeno médico da patologização social, em que pese também possa sê-lo, costuma ser empregado de diversas maneiras para justificar a natureza das violências sexuais praticadas contra as vítimas em muitos casos. Isso é importante sobretudo considerando-se que apenas no Brasil há 527 mil tentativas ou casos de estupros consumados a cada ano.[3] De acordo com Herman (1984) e seus estudos equiparáveis sobre o estupro na cultura americana, ao contrário do que se pensa sobre a identidade do agressor, quem estupra geralmente não apresenta desequilíbrios patológicos. A aparência e o comportamento sexual desses agressores via de regra são considerados normais. Posto que um dos elementos da nossa cultura seja a naturalização da violência como formadora da ideia de masculinidade. E não associada a comportamentos desviantes. Assim sendo, a produção da cultura do estupro reforçaria a agressividade nas relações humanas.

> " [..] nossa vida cotidiana um meio de coexistência que valoriza a guerra, a competição, a luta, as hierarquias, a autoridade, poder, procriação, crescimento, apropriação de recursos e justificação controle racional e dominação dos outros através da apropriação da verdade. (tradução nossa)" (MATURANA, 2004, p. 31).

A origem comum onde se manifestam essas tendências sociais, que "invisibilizam" a prática do abuso sexual como parte das relações de poder, sejam elas afetivas e/ou familiares, são as mesmas razões que justificam a satisfação das fantasias e dos caprichos masculinos. Ainda que dentro de modelos puramente patrimonialistas e machistas. Por esse entendimento, parte do prazer masculino pode se concentrar na possibilidade de controlar, subjetivamente, a presença (secundária) do gozo feminino ou ainda anulá-la do ato sexual. No entanto, não se pretende aqui reforçar a compreensão de que o determinismo biológico, de ordem fálica, seja o responsável por oprimir sexualmente mulheres na sociedade e por produzir a cultura do estupro. Para tanto, o que contribui para um estado de violência de gênero é a utilização do ato sexual

[3] Dados extraídos de nota técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Fonte: CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde. **Nota técnica**. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em 11 nov. 2016.

como instrumento político de dominação, marcado pelo mecanismo do medo. Caso contrário, então, seria a biologia, e não a cultura, a fonte do estupro (RABINOWITZ, 2011).

Ademais, o fetichismo que recai sobre a cena do ato sexual pode vir a ser julgado como prática reprovável do início ao fim, quando o prazer e as preferências sexuais de uma mulher lhe sejam despertados fora de uma experiência heterossexual. Ou ainda, quando a capacidade feminina de sentir-se autossuficiente e de se provocar prazer, desafie um domínio masculino, e sugira (desde a infância) interpretações político-normativas sobre a disciplinariedade desses corpos femininos. Ocorre que a própria pré-concepção sobre o sexo é colonizada por uma visão heteronormativa. Isso ajuda a entender o porquê de a liberdade sexual e os direitos reprodutivos das mulheres, embora cada vez mais desconstruídos na atualidade, não comportem empoderamentos suficientes para permitir que o prazer seja igualmente compartilhado no sexo. Ou nos ajude a explicar o porquê de o limiar entre abuso e consentimento ainda provocarem dúvidas, principalmente entre as próprias vítimas. Isso se deve, inclusive, à inexperiência de alguns em compreender que o início da vida sexual de uma mulher não esteja, necessariamente, marcado pela existência da penetração. Isso ocorre devido ao fato de que "nossa cultura pode ser caracterizada como uma cultura do estupro porque a imagem de uma relação heterossexual está baseada no modelo da sexualidade do estupro" (HERMAN, 1984, p. 46 - tradução nossa). Nesse sentido, a cultura do estupro naturaliza a agressividade masculina como traço simbólico de potência sexual. Já a passividade, a fragilidade e o mínimo constrangimento feminino, apesar do contrassenso de impressões, podem ser interpretados como estímulos à conquista. Esse comportamento é ensinado como forma de orientar comportamentos às mulheres, No entendimento de que, ao se vestirem apropriadamente, não andarem sozinhas, não destacarem a sua sexualidade e não reagirem a agressões e assédios externos, nenhuma violência poderia ser praticada contra elas. Dessa forma, o entendimento reforçado é de que a violência sexual é sempre um comportamento provocado nos homens pelas mulheres. "Essa associação entre sexualidade e violência presentes em filmes, propagandas, livros, músicas dificultaria dissociar um estupro de uma relação heterossexual não violenta" (HERMAN, 1984, p. 26). No entanto, esse frágil argumento se coloca de forma suspeita ao tomarmos conhecimento de que 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos da vítima.[4] Destacando que as origens da violência e do abuso possam aparecer dentro dos lares brasileiros. O lugar que deveria manter condições necessárias ao desenvolvimento e à manutenção do equilíbrio emocional e psicológico das vítimas, é o que mais esconde violências sexuais. Nesses casos, se verificou que 24,1% dos agressores de crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima. O perfil do agressor tende a mudar conforme a idade da vítima avança, muito embora os índices entre a violência sexual praticada no âmbito doméstico e na rua, por agressor desconhecido, não tendam a oscilar consideravelmente. O risco de tornar-se vítima é constante e atinge na maioria esmagadora das vezes mais a mulher do que o homem.[5]

Não raro a sexualidade da mulher lésbica também é explorada como pornografia para o consumo de um público predominantemente heterossexual. Não sendo diretamente pensado e produzido para públicos gays. Como não há a presença da forma fálica, a compreensão erógena sobre o sexo lésbico é a de que os seus atos não chegam a ser considerados como uma experiência sexual completa, mas apenas servindo como estímulo sensorial masturbatório. Os estupros corretivos às mulheres lésbicas são esclarecidos sobre a mesma influência machista e até patrimonialista, não apenas punindo o corpo, mais normatizando as sexualidades. Restaurando-lhe a função reprodutiva, e reprimindo possibilidades de gozar de prazeres obscenos com outras mulheres.

Ainda que indiretamente essas questões de gênero reverberem dentro de um modelo idealizado e moralizante sobre a sexualidade da mulher. Mesmo que a presença do hímen[6] como condição nupcial imperativa, tenha se tornado uma exigência cultural impraticável de ser exigida no Brasil e em muitas legislações ocidentais. O sexismo cultural ainda está presente na maior parte dessas sociedades. Em algumas

[4] Dados retirados do estudo nacional realizado pelo IPEA intitulado: Estupro no Brasil: Tratamento e Consequências. <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf> (2014, P.9)

[5] Afirmações baseadas na interpretação dos dados sobre o Estupro no Brasil. Relatório IPEA. Idem. P.9. Tabela n.4: Perfil do Sexo do provável autor da agressão segundo a faixa etária da vítima.

[6] Art. 219, CC/16. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável à vida em comum ao cônjuge enganado.

crenças religiosas, o ritual do celibato ainda tem sido alimentado sobre perspectivas femininas românticas, de pureza e de fidelidade, relacionadas ao casamento. Não é por acaso que o Brasil lidera em segundo lugar o ranking mundial de cirurgias plásticas estéticas.[7] Assim como toda a estética é acompanhada por uma racionalidade política, foram 12.870 mil procedimentos cirúrgicos realizados em 2015 por motivos corretivos. Envolvendo a reparação dos grandes lábios vaginais e a reconstituição do hímen. Conforme esse entendimento, grande parte da força cultural dessas estimas, sobre o sexo, a corporalidade da mulher e o patrimônio, sustentam amplos preconceitos na sociedade civil brasileira. E o resultado transgeracional dessas ideias, ainda são facilmente encontrados em escrituras bíblicas e descrições legislativas.

Nada obstante, no âmbito parlamentar, toda a luta política por representação e visibilidade por um governo em busca da efetivação de direitos deve abordar questões indissociáveis da condição de gênero e do livre exercício da sexualidade em um Estado democrático. Aliás, é possível medir e/ou identificar a tendência de valores democratas e mais paritários em uma sociedade apenas observando-se como se recepciona e, principalmente, como se disciplina a construção social em torno da ideia assimétrica de identidade, classe e de gênero.

Por fim, torna-se sociologicamente estimulante investigar as esferas públicas a partir da perspectiva legislativa, imbuída de reagir normativamente a qualquer condição de desigualdade – mesmo quando seja reiteradamente "preciso" mobilizar preceitos fundamentais em um modelo extremamente politizado de Justiça. Modelo esse, que institucionaliza práticas como movimentos de saber-poder. Entretanto, acredita-se que, no âmago dessas estruturas políticas, a força de representatividade possa estar sendo empregada para naturalizar fluxos ideológicos estranhos, não afeitos às condições democráticas, em espaços públicos sociais. Especialmente, quando são induzidos por juízos políticos suspeitos, e que tutelam por interesses autodeclarados. Para tanto, declinar a politização dos discursos feministas sobre a cultura do estupro - que não deixa de se situar dentro de uma esfera que contemple pluralismos de moralidades e subjetivismos – é, de certa forma, invizibilizar o potencial de outros assédios (morais e sexuais), sobre a violência de gênero. Dentro da cultura machista que produz o estupro, o assédio pode ser entendido como uma forma simbólica de pronunciar o poder, de constranger alguém como se o privilégio fosse diminuir o outro. É necessário estabelecer a *mea culpa* entre essas dimensões legislativas e sociais, posto que essas práticas não seriam tão facilmente institucionalizadas, se não existisse um clima socialmente favorável para isso. Por outro lado, é discutindo a parte que representa essas heranças culturais que tornamos viável desmistificar sintomas, expressões, espaços de reprodução e discursos emblemáticos sobre parâmetros históricos e culturais. Sobretudo, para se mensurar efeitos práticos na sociedade do por vir.

Diante desse modelo de sociedade cada vez mais pré-determinado pelo deslocamento de uma forte politização institucional, de apelo ideologicamente declarado, é que são dirigidos e categorizados os conceitos de liberdade, justiça, direitos, verdades e suas contradições. O conceito de gênero, por exemplo, que é eventualmente capturado como elemento substancial de "normatividade biológica". De igual forma, também pode ser empregado para definir o que é patológico, para legitimar relações de poder, disseminar intolerâncias e fortalecer disparidades entre os sexos. Nesse sentido, compreende ao campo das Ciências Humanas dedicarem-se a estudar as causas dos eventos sociais que implicam esses efeitos referenciados nos processos jurídicos. Para tanto, a presente pesquisa aprofunda novas diretrizes interdisciplinares para elucidar antigos vícios culturais, já consolidados sobre as novas tradições (GIDDENS, 1997). Esses se situam como produtos, entrelaçando o início de novas culturas à modernidade, embora as plataformas de mudança venham sedimentadas sobre valores éticos e morais ultrapassados (RIBEIRO, 2007). As estruturas das instituições judiciárias e legislativas, investidas de poder popular, por exemplo, são elementos de centralidade que administram relações e normatizam o cotidiano dos conflitos sociais através da publicidade de seus atos. Se o fenômeno jurídico comporta amplas noções de conhecimentos cujo repouso é no método da experiência, como a Sociologia, também consegue cruzar compreensões de elementos que monopolizam aparências econômicas, mercadológicas, políticas, de classe, de gênero, etc.

Nesses recortes estratificados estão incluídas perspectivas muito particulares, capazes de produzir

[7] Em 2013, o Brasil chegou ao primeiro lugar no ranking dos países que mais faziam cirurgias plásticas no mundo. Nos últimos dois anos, porém, esse número entrou em queda. Segundo a mais recente pesquisa da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (Isaps, na sigla em inglês), o Brasil realizou 1,22 milhão de procedimentos em 2015, quase 120 mil cirurgias a menos do que em 2014.

e disciplinar conhecimentos valiosos através de suas decisões. É nesse mesmo sentido que a jurisprudência alcança o *status* legislativo, igualando-se na mediação das causas práticas e positivando-as normativamente em princípios. Ambientando-se a pesquisa entre esses dois espaços medidos e articulados como força conclusa de certo protagonismo social, deseja-se uma apropriação das teorias sociológicas do conhecimento para explorar como esses ambientes socioinstitucionais, de abertura propositalmente restrita e, às vezes, de ordem sigilosa em relação aos seus procedimentos funcionais, oferecem respostas às questões de gênero que, quase naturalmente, acabam se vinculando a soluções de natureza penal.

3 NORMATIZANDO INTERESSES DA VIDA PRIVADA SOBRE A ESFERA DO DIREITO PENAL

No entanto, sabe-se que a interferência do Estado, através da instrumentalização dos mecanismos do Direito, há mais ou menos cem anos, já se ocupava em ordenar situações íntimas da vida privada do gênero feminino. De tal maneira, o Código Civil de 1916 e o Código Penal de 1940 já disciplinam normativas sobre práticas sexuais e valores matrimonialistas a serem adotados, sob o risco de implicações jurídico-penais importantes e diferentes para os sexos. Principalmente para a condição de quem nasceu mulher. Na tipificação do artigo 219, inciso IV, do Código Civil de 1916, por exemplo, estava prevista como possibilidade de reparação dada ao marido à anulação do casamento, nos casos em que se verificasse que a sua companheira não era mais virgem desde antes do casamento. Já no crime de rapto[8], envolvendo ou não a prática admitida de relação sexual[9], a prisão poderia ser evitada caso a reparação fosse feita através do vínculo matrimonial indissolúvel entre o agressor e a vítima do crime, indepenpendente do consentimento de ambos[10]. Nos casos em que o rapto tivesse para fins o casamento, a diminuição da pena poderia ser autorizada considerando o entendimento da autoridade jurídica ao caso. O mesmo entendimento da lei extinguia a punibilidade em vários crimes sexuais, entre eles a prática do estupro, desde que o agressor se casasse com a vítima para reparar o dano produzido à sua reputação, e para a preservação da imagem da família que ficava prejudicada diante da sociedade.

Nota-se que as implicações punitivas, conforme mencionado, aplicavam-se sobre parâmetros sociais diferentes. Nestes exemplos, o instituto do casamento em si já era tratado como uma forma severa de punição a ambos os gêneros. No entanto, o legislador desconsidera a somatória de violências produzidas sobre a condição e o corpo da mulher. Ser subjulgada a manter-se presa em uma relação contratual que implicava forte controle sobre a sua psique, adaptadas ao contexto geracional do código de 1916, independiam qualquer ato de vontade expresso da vítima. Eventualmente exigia-se do legislador, que prontamente procedia por naturalizar os abusos físicos perante a forma da lei, estabelecendo um vínculo inalterável de violações. Os abusos sexuais eram como obrigações conjugais compulsórias,[11] mantidas no círculo privado de intimidade com o agressor. Para tanto, é evidente que a proteção do Estado na esfera particular se manifestava sobre pontuais e falseáveis razões, não afeitas à conservação da dignidade da vítima, mas em resguardo à moralidade das relações sociais e familiares da época (HOLANDA, 2012).[12]

Nesse sentido, o ato sexual, consagrado como momento indispensável entre as partes na celebração nupcial do casamento, ainda é instituto que carrega fortes subjetividades religiosas, patriarcais e valores patrimoniais associados aos corpos. Haja vista que desde a passagem da sua celebração ao término dos

[8] Crime de rapto violento ou mediante fraude: "Art. 219 – Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. Pena – reclusão, de dois a quatro anos" (BRASIL, 1916).

[9] Crime de rapto consensual: "Art. 221 – É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família" (BRASIL, 1916).

[10] Art. 108. Extingue-se a punibilidade: "[...] VIII – pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial" (BRASIL, 1940).

[11] Art. 107, Código Penal Brasileiro. Extingue-se a punibilidade: (...) VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI, da Parte Especial deste Código; (...). Dispositivo revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.

[12] Desde o Código Penal republicano de 1890 (Decreto nº 847) A preocupação com a reputação familiar assume relevância nominal nos *Títulos do código VII: I (Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo I (Da violência carnal). Revelando forte caráter patrimonialista.*

seus laços, com a dissolução, se produz efeitos sucessórios e encargos financeiros a todo sistema jurídico. Até hoje, no código de 2002 **persiste a redação do artigo 1.**520 do Código Civil com eficácia dispensada desde 2005, por força do Pacto São José da Costa Rica. Esse artigo disciplinava, excepcionalmente, a convalidação do casamento de quem ainda não alcançara a idade núbil de dezesseis anos, para evadir-se da imposição ou cumprimento de pena criminal nos casos de gravidez. Prontamente, a essencialidade do vínculo matrimonial sempre foi a de produzir herdeiros à sociedade,[13] considerando, fundamentalmente, o exercício monogâmico à sexualidade como um dever, e o seu cumprimento exigido mais da mulher por lhe atribuído conservar-se fértil para a maternidade.

Percorrendo o entendimento colonial sob o qual se constituíam balizadores éticos e regramentos obrigacionais nas relações afetivas, tona-se evidente que o protagonismo do Estado passou a atuar na intimidade da vida familiar para resguardar direitos específicos há alguns anos. Isso fica nítido ao se considerar as recentes produções legislativas no tocante à proteção da infância, da adolescência e de gênero, em situação de flagrante violência doméstica.[14] No entanto, a atuação do Estado sempre esteve presente nos casos em que dessas relações vinha-se a se (re)produzir capitais ou dividir quinhões sucessórios. Logo, questiona-se sobre a influência de valores ideologicamente patriarcais, culturalmente, recepcionados pela legislação anterior como marcos regulatórios da sexualidade. Agindo no aparelhamento de capacidades reprodutivas associadas à condição genuína do copo da mulher.

É nesse sentido que o casamento se sustentava, enquanto pacto social, como algo que deveria ser capaz de gestar indivíduos sadios para a construção de uma sociedade higiênica. Tanto que, o **artigo 219 do Código Civil de 1916** diz respeito à proteção e ao respeito à identidade do outro cônjuge, e garantia que o casamento fosse desfeito a partir do momento em que o marido tomasse conhecimento de algum, seja ele considerado "[..] irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência"[15]. Por essa definição, percebe-se que o fortalecimento da instituição familiar é elemento substancial, ao passo que sinaliza fator que adequa e congrega indivíduos como uma incubadora dos mesmos valores sociais e morais de uma sociedade disciplinar (FRANÇA, 2015). A mensagem cifrada por esse discurso de dominação é a mesma utilizada pelo sistema capitalista quando incursa nos usos e costumes. A colonização desses valores é capaz de produzir uma linguagem jurídica, percebida sobre problemas de compreensão pós-estrutural. Pronta para fornecer subsídios próprios para comunicar-se, reconhecer, informar e articular regras a outros indivíduos a partir do mesmo sistema comum de significação social:

> o resguardo do útero é o modo privilegiado de sucessão causa mortis? Direito Penal? Público ou Privado? Para quem? Certamente uma porta de entrada, a todos tidos como anormais para o homem médio do Code. Para os restos sociais. Improdutivos. "Incapitalizáveis"... Embriões econômicos, que nunca foram dados a desenvolverem-se. Destinados ao descarte(s) (ARONNE, 2008. p.187).

Em verdade, a ideia de recepcionar proteções de ordem legislativa em nada se relacionava às intenções de resguardar a dignidade da mulher. Naturalmente os interesses civilistas amparados sob a égide do direito penal e econômico eram utilizados como justificativa para encobrir valores sociais e costumeiros. Além de tutelar a virgindade, como se bem jurídico, indisponível e familiar fosse, violando, apenas nesse sentido, o exercício do pátrio poder. Nos termos do artigo 219 do CC de 1916 existia a previsão legal de anulação do casamento contraído com mulher '*já deflorada*[16]'. Dessa forma, o *status* de uma casta genuinamente patrimonial era elevado como um direito exequível sobre o corpo e a condição da mulher. Isso justifica, em partes, uma vida que gerava mais frustrações e desgastes do que certezas, dentro de um estamento social obsoleto e colonizado por valores machistas.

Tratando especificamente da questão que mais aproveita ao estudo, as temáticas do estupro e do aborto[17] já eram recepcionadas pelo Código Penal Brasileiro desde 1940. No entanto, somente após a

[13] Can. 1084, §1º. antecedent and perpetual impotence to have intercourse, whether on the part of the man or the woman, whether absolute or relative, nullifies marriage by its very nature. (code of canon law, 2012, on line).

[14] Referência à lei Maria da Penha (lei 11.340/06) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (8.096/90).

[15] Referência expressa ao texto do artigo **219** CC/16 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

[16] Redação textual do artigo 219, inciso IV do CC/1916.

[17] Referência à proposta de Emenda à Constituição (PEC) 181/2015 aprovada recentemente pelo Congresso Nacional, em

alteração legislativa no crime de estupro[18] no ano de 2009, é que esse tipo penal passou a ser considerado como crime de natureza comum contra a dignidade e a liberdade sexual, suscetível à proteção. Ou seja, o agressor passa a ser responsabilizado como sujeito ativo, independentemente do seu gênero. Ocorre que a prática da violência sexual antes da mudança legislativa era sempre interpretada sob a perspectiva machista e heteronormativa. Inviabilizando o fato de que os homens também possam ocupar a condição de vítimas diante de uma situação de abuso praticada por um agressor do mesmo sexo ou pelo sexo oposto. Essa explícita compreensão que há poucos anos se desfez em nosso Código Penal trouxe uma forte indicação sexual como parâmetro necessário a caracterizar responsabilidades criminais ao agente. Isso acabou por reforçar critérios preconceituosos sobre o arquétipo da vitimologia, combinado-a melhor ao gênero feminino sobre justificativas biologizantes.

Conforme as previsões legais descritas no Código Penal até o ano de 2009, estipulava-se sobre a previsibilidade punitiva de tipos criminais autônomos e distintos: o estupro, previsto no artigo 213 (conjunção carnal) e o atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 (coito anal ou oral libidinoso). Na prática, o discernimento do legislador de aplicar penas maiores ou menores, relacionava-se com a violência infringida na prática do crime, já descrita na redação do *caput*. No entanto, a prática do crime de atentado violento pressupunha a existência de violência como elemento material de um crime tipicamente de gênero, já que a conjunção carnal referia-se exclusivamente à condição da mulher como vítima. Com a mudança da lei, o crime de estupro passa a ser um tipo penal único a reunir várias condutas. E essas condutas puníveis tornam-se mais brandas do que as anteriores, previstas no crime de Atentado. No entanto, pode-se argumentar que a lógica protecionista da lei não era a de tutelar a dignidade, muito menos o direito à intimidade e a orientação sexual da vítima em suas últimas fronteiras. Caso contrário, "por que razão um ato de violência seria pior que o outro?" (ARONNE, 2008, p. 187). Porque de acordo com a compreensão patrimonialista que acoberta a legislação, o abuso sexual forçado por coito anal, não era capaz de produzir por si só, consequências patrimoniais seríssimas e continuadas. Ademais, o atentado violento ao pudor poderia gerar um padrão violento de humilhação e de sofrimento físico muito maior a vítima do que através do coito vaginal. E ainda, oferecia a proposta de compor uma pena menor ao estuprador. Desta forma, uma das alternativas propostas era determinar o casamento entre autor e vítima como forma de ressocializar o agressor, e transigir o seu ato de violência para com a sociedade. A eficiência da medida funcionava bem no passado, sempre que o estuprador era obrigado a se decidir entre o casamento ou pena que lhe retirava a liberdade. Desta forma, a função social do matrimônio era a de fazer com que "o ato do estupro perdesse todo o quoeficiente de brutalidade que o envolve" (ARONNE, 2008. p.187).

Neste sentido, Camara (2016) atenta que não podemos descaracterizar a violência como uma réplica estrutural do sistema, percorrendo todas as fronteiras que o compõem. Na medida em que essa mesma violência determina, nesses espaços de atuação social, a clandestinidade e o protagonismo de certos atores que, através de realidades fragmentadas, tem seus direitos esquivados da forma protetiva da lei. Se a sociedade é atravessada por dessemelhanças de gênero, prontamente a violência em suas várias formas estrutura-se em aprofundar essas mesmas demarcações culturais.

No tocante à legislação brasileira, que já estipulava condições legais para o abortamento seguro da vítima desde 1940, buscava fazê-lo de modo igual em todos os casos registrados de violência sexual com a mesma tratativa. No entanto, a gênese dessa legislação também suprime outro forte caráter patriarcalista a salientar, posto que a mulher quase nunca atingia a capacidade, perante a sociedade e as instituições familiares para assumir os atos da vida civil. O fruto de uma união indesejada pela família poderia oferecer grandes riscos patrimoniais e financeiros, além de forçar o marido a aceitar, criar e prover um filho ilegítimo.[19] Isso se deve a uma transmissão de legados culturais, que ganham força em dimensões institucionais por meio do elemento constitutivo da memória. Tais fragmentos estão muito presentes na tradição que se constitui

comissão especial, e que reflete o caráter antidemocrático, paternalista e ultraconservador da legislação brasileira em relação às mulheres e seus direitos reprodutivos.

[18] Lei 12.015/2009 alterou a sua redação e critérios de aplicabilidade na punição dos crimes de Estudo e Atentado violento ao pudor. Também foi alterada o capitulo regulador dos mencionados tipos penais do capitulo que se chamava: "Dos crimes contra a liberdade sexual" para "crimes contra a dignidade sexual".

[19] Art. 337. "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé" (BRASIL, 1940).

a partir de uma "memória coletiva", e se somam como partes da contribuição popular. E nos processos normativos, que não se desprendem da sua 'essência' moral, e que incidem sobre "a reconstrução do 'tempo passado', que por sua vez 'organiza (e influencia) o tempo do futuro" (LASH, 1997, p. 240). As diversas formas de apropriação apontadas indicam sólidas percepções que naturalizam por circunstâncias formas de controle, de opressão, como se fosse legítimo estabelecer, metodologicamente, pelo uso da força, limites éticos que balizam a mobilidade dos comportamentos humanos na sociedade. Disciplinando os afetos, normatizam o que é moral, mediando o exercício do que é pensado sobre o sexo, o gênero e a sexualidade, por exemplo. Em nossa cultura machista, não aprendemos a encarar conflitos e desacordos como situações cotidianas legítimas.

Muito embora a compreensão da violência como um preceito de nossa cultura não seja revestida de forma simples ou transparente na sociedade, a negativa da alteridade nas relações estabelecidas com o outro ocorre de múltiplos trejeitos para invisibilizar ou neutralizar carências e responsabilidades. Enquanto algumas manifestações simbólicas se consolidam culturamente de formas invisíveis, a violência econômica se impõe como algo diferente. O princípio da compreensão do sentido que a violência assume no mundo atual passa pelo entendimento dessa, que é a maior das violências experimentais em nossa sociedade, que naturaliza a sua força de dominação em nome de ideais progressistas.

> Não é possível compreender as infinitas manifestações da violência a não ser superando a fragmentação intelectual-emocional a que essas induzem por seu próprio acontecer. Assim, a maior das violências consiste em velar os vínculos profundos que qualquer ato violento tem com qualquer outro ato violento (SOUZA, 2001, p. 9).

Nesse mesmo diálogo que estabelecemos com o outro, definimos o que é direito pelo poder de decidir o que é normativo. Ao passo que determinamos quais serão os grupos específicos da sociedade que serão beneficiados pela proteção social do Estado. As ações que nos tornam insensíveis à escuta do outro e suas privações, são partes subentendidas do nosso desejo material de dominação. De maneira a consolidar sólidas hierarquias amparadas pelo argumento da diferença, nossa cultura estabelece regramentos ordenados e cria condições dentro "da autoridade e subordinação, na superioridade e inferioridade, no poder e debilidade para impor submissão. E estamos sempre prontos para tratar todas as relações, humanas ou não, nesses termos" (MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2004, p. 2).

Por fim, a partir das teorias construtivistas sociais do neurobiólogo Maturana, tona-se compreensível concluir que a colonização de valores patriarcais, ainda são tratadas como uma forte herança de violências: de física a simbólica, reforçadas nas relações sociais, afetivas e criminais. As consequências disso antecipam indivíduos a agir sob um estado fatigante, no qual a produtividade e a competição por espaços públicos e privados deixa de se situar somente como conflitos (sexistas) de concorrência entre os gêneros. O estado de predomínio de uns contra outros também é parte estruturante das conexões sociais no universo feminino. Ou seja, as relações hierárquicas e de subordinação também podem acontecer dentro do mesmo gênero. No entanto, isso tornaria a mulher menos vítima de sua própria cultura machista de dominação? Não, posto que o papel da mulher na sociedade se manifesta de forma mais concentrada. Considerando que a disputa dos espaços públicos relacionados às outras formas de produtividade, associadas ao trabalho, lhe impõe a faculdade de escolher entre o projeto reprodutivo ou a função produtiva. Ou a submeterem-se ao alto preço (da culpa) por cumular desempenhos de excelência em ambas as funções.

Nesse sentido, a influência que cumpre a linguagem, nesses contextos de colonização, também se apropria da epistêmica compreensão de mundo dos indivíduos, conforme indica o estudo da psicanálise Freudiana[20]. A funcionalidade da linguagem, nesses casos, é elemento cultural que transcende a existência arcôntica[21] da lei. Presença que habita nas instituições, na filiação e na imagem do casamento. A herança arcôntica das relações sociais refere-se à origem patrimonialista e patriarcal que sai do âmbito das relações humanas, e passa a afetar reconhecimento de direitos entre os gêneros no estado democrático (DERRIDA, 1995. p.123). Argumento que ajuda a entender porque a patriarcalidade se afirma, normativamente, como

[20] DERRIDA, Jacques. Mal d'archive. Une impression freudienne. Paris: Galilée (1995). Mal de arquivo – Uma interpretação freudiana. (p.123).

[21] Referência de Jacques Derrida a uma seita herege do século II que rejeitava os sacramentos e considerava a mulher como criação do demônio.

uma estrutura e passa a se sustentar como razão de um dever social, nos contextos políticos e econômicos.

A fraternidade, por exemplo, é um típico ideal masculinista que ainda flerta com a transitoriedade das democracias, pois conserva a igualdade e a liberdade como valores de troca entre os indivíduos do mesmo gênero. Uma vez que, enquanto ideal de justiça, à fraternidade está longe de ser uma moralidade que inclua a 'todxs', entre as gerações. Por outro lado, o próprio autor que mais explorou a subjetividade humana no contexto das sexualidades, e o propôs através do estudo da mente não o fez totalmente. Ainda que tenha contribuído para desmistificar a funcionalidade desses corpos e o que pretendiam descrever a sociedade sobre os seus preconceitos. No entanto, é o mesmo fardo se aplica a todos nós em algum momento da vida, que sejamos tentados a cair sobre as mesmas armadilhas da escrita e da linguagem costumeira (falocentrista), para se comunicar. Todos nós devemos nos reconhecer como reféns dessas estruturas binárias de interpretar e de compor realidades não contaminadas por suas expressões, na sua temporalidade.

4 CONCLUSÃO

Por fim, em grande medida, torna-se mais do que necessário confrontar a questão dos limites do reconhecimento da diferença, o que se efetiva em várias hipóteses, como em relação às políticas de tratamento diferenciadas para tratar relevantes questões de gênero. Conexões que apontam para a demanda de reflexões mais detalhadas, com cenários jurídicos e culturais presentes no debate, em virtude das suas complexidades. O trabalho, inicialmente, estruturou o estudo sobre as bases normativas que disciplinam valores conjugais para além do casamento. Excluindo, para tanto, bens jurídicos indisponíveis de serem tutelados por essa espécie de vínculo. Isso se deu sobretudo não ignorando o fato de que as mulheres estão inseridas dentro de uma entidade patrimonial que ainda reproduz mais desigualdade do que seguranças jurídicas. Ainda que a lei discipline a igualdade como princípio, a mesma instituição se propõe a ocultar orientações aos papéis de gênero de maneira distinta. A fim de impor uma organização social que reforce seus preconceitos nas dessemelhanças de gênero. No entanto, tal como o papel normativo é o de administrar e fazer com que a lei seja aplicada, da mesma forma, exige-se responsabilidades de quem a insculpe e a interpreta. O equilíbrio desses procedimentos funcionais no exercício de prover segurança jurídica pela norma, deve responsabilizar-se também em estabelecer obstáculos culturais. Nesse sentido, é lamentável admitir que o sistema jurídico e o criminal sejam falhos em transigir sobre a natureza de tais heterogeneidades.

O tema estudado contribui para discutir recentes mudanças de compreensões sobre a diferença entre assédio e cantada. Sobretudo, o limite do consentimento ou sobre a criação de tipos penais mais violentos para crimes de misoginia. A qualificadora do feminicídio no crime de estupro é um desses exemplos. O debate sobre o punitivismo social reascende clamores populares em usar o direito penal para tratar crimes de violentos e com fortes raízes na cultura.

Por fim, conclui-se que os órgãos públicos, a serviço do Estado, não se encarnam e nem se constituem como próprio estado de liberdade moral, ou condição da moralidade. Aliás, o Estado é o fenômeno que nasce e reforça a sua origem 'egoística' contra todos. Muito embora em sua lógica prática pouco seja ponderado pelo coletivo como uma força que age contra seus próprios interesses, ainda mais pela segurança da norma jurídica. Ainda que tenha sido arquitetado como meio de proteção e bem-estar social, o Estado procede, metodologicamente, renunciando ao limitado ponto de vista individual, afastando a sua proteção de diversos grupos em favor das premissas universais, políticas e econômicas. Inclusive, tais premissas excluem, diariamente, potências de representação que não encontram visibilidade na fala, como mecanismo simbólico de poder e ação. Nem no falo, que se designa (culturalmente) como colonizador e "descorporizador"[22] do gênero do Outro, do seu espaço de luta, de produção do pensamento como meio de criar e habitar, frente à sua importância, na sociedade.

Por fim, a partir da compreensão apurada dessas relações conceituais é que se torna possível refletir sobre os processos de aculturação pela violência e pelos valores patrimoniais em nossa sociedade, pontuadas essencialmente por convicções misóginas e retrógradas. Não se pretendeu, nesse trabalho, ser condescendente

[22] Referência ao conceito desenvolvido pela autora Loraine Gelsthorpe no texto "Feminism and criminology". Extraído do livro "The Oxford handbook of criminology", 3ª edição, organizado por Mike Maguire, Rod Morgan e Robert Reiner e editado pela University Press em 2002.

com a história da opressão e do silenciamento da mulher, ou instigar práticas discriminatórias e concorrentes entre os sexos. O elemento da crítica nesse trabalho se propôs a colocar à prova as bases sob as quais os "aparelhos ideológicos estatais" (LAURETIS, 1978) condicionam as relações singulares entre gêneros e seus corpos diferenciados, além de trazer questões importantes a serem discutidos sobre o exercício dos papéis e das condutas que esses corpos são capazes de produzir, dizer, criar e ocupar na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARONNE. Ricardo. Esboço de ensaio pra desconstrução do discurso penal na sociedade do espetáculo, Ou... Surpreendendo o Público em quintais privados. PDF. Revista Eletrônica Veritas. v. 53, n. 2 (2008). PUCRS. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/4467/3387> Acessado em: 08/05/2018.

CAMPOS. Carmen Hein de Campos, MACHADO. Lia Zanotta, NUNES. Jordana Klein e SILVA. Alexandra dos Reis. Cultura do Estupro ou Cultura do Anti estupro. Revista Direito e GV V.3 n15. 07-dez-2017. <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0981.pdf> acesso em: 05/05/2018.

ESTUPRO NO BRASIL: UMA RADIOGRAFIA SEGUNDO OS DADOS DA SAÚDE. CERQUEIRA, Daniel. e COELHO, Danilo de Santa Cruz. Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada – (IPEA). P.7-9. Brasília, março de 2014. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp- content/uploads/2014/03/IPEA_estupronobrasil_dadosdasaude_marco2014.pdf> Acesso em: 01/11/2016.

FRANÇA. Mayara Braz. O mito do inciso XLV do artigo 5º da constituição federal: Efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados. Repositório institucional Uniceub - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015. 40p. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7085/1/ 21060937.pdf> Acesso em: 17/09/2015.

GELSTHORPE, Loraine. Feminism and criminology. The Oxford handbook of criminology, 3 ed. Organized For Mike Maguire, Rod Morgan e Robert Reiner, Oxford: University Press. 2002. 118 p. Disponível em: <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/429.pdf> 20/20/2016.

HERMAN, Dianne F.The rape culture. In: FREEMAN, Jô. (Ed.). Women: a feminist perspective. 3. ed. CA: Mayfield, 1984.

HOLANDA. Caroline Sátiro de. Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no direito brasileiro. P29-185. 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero, 2012. Disponível em:<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/viewFile/29/185 Acesso em: 20/04/2018. >

LAURETIS. Tereza. A tecnologia do Gênero. (1987) Indiana. University Press. <http://marcoaureliosc.com.br/cineantropo/lauretis.pdf> acesso em: 08/05/2018.

MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. (1993): *Amor y Juego: Fundamentos Olvidados de lo Humano - Desde el patriarcado a la democracia*: fundamentos esquecidos do humano - Do patriarcado à democracia (São Paulo: Palas Athena, 2004). Disponível em: <http://www.noos.org.br/userfiles/file/CulturaPatriarcal(Maturana).pdf> Acesso em: 30/10/2016.

RABINOWITZ, Nancy Sorkin. Greek tragedy: a rape culture? Eugesta, n. 1, p. 1-22, 2011.

SOUZA. Ricardo Timm de. Três teses sobre a violência e Alteridade no contexto contemporâneo Algumas considerações filosóficas. Civitas-PUCRS. v. 1, n. 2 (2001). Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/72> Acesso em: 30/10/2016.

SANDAY, Peggy Reeves. A woman scorned: acquaintance rape on trial. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press,1997. 338p.

GT28: SAÚDE E DESENVOLVIMENTO HUMANO: UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR E INTERSETORIAL

ARTICULAÇÃO ENTRE SAÚDE E DESENVOLVIMENTO HUMANO: LIDERANÇA PARA A QUALIDADE DE VIDA

Autor

RESUMO: O tema do presente artigo é a liderança na Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho (QVT), uma questão relevante para as pessoas e as instituições. O objetivo consiste em apresentar o modelo de liderança esperado para a Universidade La Salle de Canoas, RS, Brasil. O método utilizado foi o *Design Science Research*. O campo empírico da pesquisa foi a universidade citada, Instituição de Ensino Superior Comunitária do Sul do Brasil. Os Resultados apontam que são desejados: Líderes inspiradores; processos de sucessão; quebra de resistências; envolvimento de pessoas; envolvimento das lideranças nos processos de construção; identificação do perfil de liderança. As considerações finais sinalizam para a necessidade de formação contínua de lideranças estratégicas que privilegiem gestão colegiada no desenvolvimento de pessoas.

Palavras-chave: Liderança. Gestão da Qualidade de Vida. Uversidade Lassalista.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com Hawerroth (2011), as Instituições de Educação Superior (IES) privadas enfrentam inúmeros desafios com relação à definição de suas competências, para identificar suas oportunidades e desenvolver as estratégias que lhes permitam competir em um mercado sem fronteiras, inclusive no desenvolvimento de suas lideranças. A inovação e a atribuição de valor a produtos e serviços é um diferencial significativo que coloca enormes desafios às lideranças das IES. Há algumas décadas a competitividade de várias organizações estava relacionada com o tamanho e com a complexidade de sua estrutura física. Hoje em dia, aspectos como o conhecimento desenvolvido e mantido nelas, suas marcas e valorização no mercado, e as pessoas que trabalham nelas, suas lideranças, podem se tornar os diferenciais competitivos mais importantes.

O fator crítico aqui problematizado está na liderança. Ele deve ser considerado em um cenário onde liderar é a capacidade de influenciar pessoas para que façam algo de boa vontade, a empregar seu talento na busca de resultados eficazes. A liderança como estilo de gestão motiva as pessoas, diferentemente da imposição baseada na autoridade hierárquica. O líder compartilha sua visão de organização, delega autoridade e responsabilidade, avalia e desenvolve pessoas, administra discussões e resistências (CARPINETTI, 2012). É importante também sublinhar que o papel daqueles que têm posição e função de liderança, para que haja legitimidade na ação, este papel deve apresentar coerência do discurso com a prática (FRANÇA, 2003).

Os principais achados de Bardoel e Cieri (2014) apresentam sete categorias identificadas em estudos que desenvolvem ações na Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) com enfoque na perspectiva organizacional, levando em conta as necessidades dos colaboradores. Um deles é o Compromisso da Liderança e sua influência no fator motivacional que garante a adesão e a participação dos colaboradores em programas de promoção da saúde em ambientes de trabalho. A partir deste cenário, este artigo tem como tema o modelo de liderança na Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho (G-QVT) na Universidade La Salle (ULS) de Canoas, Brasil. Neste cenário, objetiva apresentar o modelo de liderança na G-QVT nesta Universidade a partir do método *Design Science Research* como proposta de estudo do modelo da liderança na ULS.

2 O CONCEITO DE QUALIDADE DE VIDA E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO

O conceito biológico volta-se para o cuidado pessoal com a saúde física, com o ócio e equilíbrio do corpo. As discussões das oficinas centram-se na responsabilidade da pessoa e da IES, como já apontado por Walton (1973), no atendimento à saúde e integração física.

O bem-estar psicológico tem foco no emocional de si e do outro (companheiro de trabalho). Este dado chama a atenção para o reducionismo do psicológico ao emocional. Tal reducionismo pode nos levar a inferir sobre a necessidade de se estabelecer uma política de QVT que considere a variável psicológica para além do componente emocional (FOSSATTI; CASAGRANDE, 2011).

Os fatores sociais centram-se nos processos de humanização, a acolhida, as atitudes que promovem o bem-estar geral das pessoas, a qualidade dos relacionamentos, a autoestima positiva e os benefícios ofertados pela IES são fatores relevantes na análise dos dados. A pesquisa se aproxima do referencial Lassalista, dos conceitos de Hackman e Oldham (1975) e de Westley (1979) ao apregoar a importância da humanização nas formas de gestão do trabalho e da filosofia humanista institucional.

A compreensão organizacional dos participantes da pesquisa está na produtividade saudável, aquela que ocorre ao natural, sem pressão por parte dos pares ou chefias. Da mesma forma o conceito está vinculado à remuneração compatível com o mercado, a benefícios econômicos e financeiros, além de psicológicos, como reconhecimento, elogios e espaços de relacionamento saudável.

Para maximizar positivamente o clima organizacional, tanto para os colaboradores como para a organização, é necessário adotar novas abordagens para melhorar a QVT. A cultura organizacional, treinamento e desenvolvimento dos colaboradores, compensação e recompensas e satisfação no trabalho têm grande impacto na QVT. A relação saudável das lideranças com seus colaboradores, nas mais diversas hierarquias organizacionais, leva a uma comunicação de melhor nível e consequente cooperação. Dessa forma, a QV dos colaboradores tem um impacto positivo na produtividade (VENKATESH; AARTHY, 2013).

Uma estratégia que a liderança organizacional pode adotar está na participação dos funcionários na tomada de decisão. Isso auxilia a organização na fidelização de seus colaboradores como incentivo à inovação e oportunidades de crescimento profissional, de desempenho e beneficia a organização, promovendo o sentimento de pertencimento a longo prazo. De modo semelhante, a liderança por meio de um sólido sistema de avaliação de desempenho e incentivo seria capaz de melhorar o comprometimento dos colaboradores, a moral e a lealdade à organização. Referida participação apresenta potencialidade para minimizar a geração de conflitos internos. A gestão, por meio de suas lideranças, deve enfatizar a importância da integração social na força de trabalho, garantir a todos os membros da organização o sentimento de pertencer a uma única comunidade. A transparência nas relações com os colaboradores deve ser encorajada em todas as atividades e, portanto, deve-se criar um ambiente confiável. Assim, a QVT torna-se vital para o melhor desempenho e produtividade (RATHAMANI; RAMCHANDRA, 2013).

Considerando Galbraith (2002) e outros autores, assim como os dados da pesquisa, destaca-se a liderança lassalista, objeto de nosso estudo, como um macro elemento para a CVT. Ela tem papel fundamental na QVT de suas pessoas.

3 METODOLOGIA

O estudo se caracteriza por ser uma abordagem baseado no *Design Science Research* (DSR). Entende-se o DSR como um método que busca, a partir da construção de artefatos, solucionar problemas específicos, aproximando a teoria da prática de forma satisfatória (DRESCH; LACERDA; JÚNIOR, 2015). O referido Método seguiu as seguintes etapas: Formalização da questão de pesquisa; Evidências de que não há soluções adequadas através de revisão de literatura e artefatos para solução do problema; Construção e apresentação do artefato. Os artefatos, segundo o método DSR, podem ser considerados como determinantes, modelos, métodos e instanciações (LACERDA et al. 2013); Validação do modelo com grupo focal; Agregação de valor ao conhecimento teórico existente e Comunicação dos achados da pesquisa. A aplicação do método no campo empírico na Unilasalle Canoas, Brasil, é apresentada seguindo a ordem das seis etapas já descritas anteriormente.

O procedimento para a coleta de dados desta fase foi realizada através de:

a) análise documental dos dispositivos legais (Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI), Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior Brasileira (SIANES), Planos de Carreira Docente e Técnico Administrativo, Políticas de Formação Docente e Técnico Administrativo, Programa de Qualidade de Vida no Trabalho da Unilasalle) que orienta a G-QVT e a gestão universitária na IES;

b) aplicação de questionário contendo questões abertas ao coletivo dos gestores (1. fatores críticos da G-QVT e 2. interface entre a Gestão Universitária e QVT);

c) Grupo Focal Misto: Os participantes do estudo foram os gestores da IES (reitoria; pró-reitoras; diretorias; coordenadores de cursos; coordenadores de setores - ou cargos afins, atendendo aos preceitos do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Unilasalle.

Foram desenvolvidas três oficinas com duração de duas horas cada uma, nas quais foi abordada a metodologia de grupos focais. Na primeira oficina, foram apresentadas as variáveis envolvidas no estudo, que repassavam os princípios Lassalistas, pelos fatores críticos das dimensões do modelo Bio-Psico-Social Organizacional (BPSO). Na segunda oficina, seguindo a mesma metodologia da oficina anterior, foi construída a matriz com as dimensões Social e Organizacional. Por fim, na terceira e última oficina, foi realizado o encerramento da matriz sobre o papel das lideranças lassalistas na QVT com base na metodologia ativa do *Design Thinking*.

4 O CONCEITO DE LIDERANÇA

Liderar é a capacidade de influenciar pessoas para que façam algo, de boa vontade, para empregarem seu talento na busca de resultados eficazes. A liderança como estilo de gestão motiva as pessoas, diferentemente da imposição baseada na autoridade hierárquica. O líder compartilha sua visão de organização, delega autoridade e responsabilidade, avalia e desenvolve pessoas, administra discussões e resistências (CARPINETTI, 2012).

O conceito de liderança para a gestão da qualidade parte do suposto de que o enfoque ao cliente e a melhora contínua somente serão incorporados à cultura organizacional a partir do momento em que houver liderança para a qualidade. Esta deve ter visão de longo prazo de comprometimento com a qualidade e ambiente adequado para que as pessoas se envolvam e comprometam completamente (CARPINETTI, 2012).

O ambiente de gestão empresarial vem se modificando profundamente e o perfil dos gestores deve estar adequado para poder acompanhar o fenômeno da globalização, a competitividade. Segundo Coltro (1999), a competitividade é o coração do sucesso ou do fracasso das organizações empresariais. O ambiente competitivo contribui decisivamente para seu desempenho, acentuando características como inovação, cultura coesa e velocidade de implementação de projetos e empreendimento.

Dessa maneira, as organizações, para que sejam competitivas, dependem do grau de comprometimento de seus funcionários para absorver novas competências. É importante sublinhar que o papel dos que têm posição e função de liderança, para que haja legitimidade na ação, deve haver coerência do discurso com a prática (FRANÇA, 2003).

Não obstante, variáveis consideradas críticas ao êxito desse processo levam em consideração o suporte organizacional para a implementação. A clareza dos objetivos e a forma como serão mensurados, além dos processos estabelecidos são variáveis que desafiam os gestores. A receptividade da cultura organizacional em relação com o processo de implementação faz dele um dos maiores desafios para as lideranças. Da mesma maneira, a familiaridade ou experiência relevantes em relação ao processo de implementação podem ser determinantes para o fracasso. Outros elementos como a prioridade organizacional, a disponibilidade de recursos, a estrutura organizacional e a flexibilidade são variáveis que merecem atenção para que seja possível alcançar o êxito na estratégia de implementação (OKUMUS, 2001).

As organizações precisam buscar desenvolver a liderança com habilidades para criar sistemas e processos multifacetários e para cultivar a capacidade de autonomia em todos os membros de sua equipe. Quando isso ocorre, o resultado gerado estabelece a criação de um novo conhecimento, permite a inovação e o contexto, e a prática de QVT acaba enriquecida (BOURNES, 2013).

Da mesma forma, a liderança de pessoas proposta por Parse (2008) pode ser usada para qualquer situação onde surgem oportunidades. Ela busca, com enfoque na dignidade e na liberdade, o desenvolvimento de suas habilidades de acordo com os constituintes de diversas situações provenientes do cotidiano no ambiente de trabalho. Em outras palavras, a liderança deve estar deliberadamente inovando com potencial de promover o envolvimento, buscando persistentemente a excelência, transformando-a numa situação indivisível, imprevisível e sempre mutável. Este processo é vivido no comprometimento com uma visão vigorosamente energizante, arriscando-se voluntariamente em meio à ambiguidade e reverenciando aos outros com vigilância. Quando os líderes são guiados por uma perspectiva teórica que reverencia os desejos e habilidades dos indivíduos, o contexto e a prática das organizações terminam enriquecidos (BOURNES, 2013).

O sucesso de qualquer organização está diretamente relacionado à forma com que seleciona os seus colaboradores, motiva, promove a identidade organizacional e fideliza a força de trabalho. No atual contexto, as lideranças precisam ser flexíveis o suficiente para conduzir sua equipe e garantir a lealdade de seus colaboradores.

A capacidade cognitiva para o trabalho específico de cada colaborador é fator essencial para que o biológico participe de forma saudável na tarefa a ser realizada. No entanto, a produtividade biológica está associada ao fator tempo interno da pessoa, bem como tempo externo exigido pela instituição e o segredo da qualidade está no equilíbrio destes tempos.

O fazer ocupa lugar de destaque no fator crítico psicológico. As pessoas têm a necessidade de afirmar a sua obra. Este fazer vem acompanhado de valorização psicológica, de sentimento de pertença à instituição e de autoestima positiva. Da mesma forma, quando o resultado do fazer não é satisfatório, toda a questão psicológica fica prejudicada em função de incidir diretamente na valorização pessoal e profissional, bem como no fortalecimento do vínculo institucional (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014).

A busca por empreender ações de bem-estar e de melhoria social no seu local de trabalho evidencia que as pessoas entendem essa importância e se propõem a fazer. Ou seja, não querem aguardar passivamente. Demonstram a necessidade de participar, de assumir desafios junto a seus pares e instituição, a exemplo do que defende Drucker (2000). Produzir algo que agregue valor pessoal e institucional é uma das reivindicações dos pesquisados.

A padronização de processos organizacionais e exigências de requisitos de qualidade e excelência são defendidas por Origo (2011) e também se destacam nos dados da pesquisa. O fator crítico organizacional é compreendido por processos institucionais bem definidos; otimização do tempo e adequações das funções. A linguagem técnica aparece nas falas com destaque para o mapeamento de processos institucionais que facilitam o fluxo da informação e ajudam na tomada de decisões. Nesse sentido, uma das principais causas de baixa produtividade no ambiente de trabalho é o absenteísmo e o presenteísmo. Ambos os aspectos geram impactos quanto à produtividade e custos na organização. O absenteísmo refere-se ao tempo de trabalho de um colaborador ausente devido a uma doença ou incapacidade (SCHULTZ; CHEN; EDINGTON, 2009).

Por outro lado, o presenteísmo é definido como diminuição da produtividade dos colaboradores. Seus problemas não conduzem necessariamente ao absenteísmo e à diminuição da produtividade dos colaboradores com deficiência após o seu período de ausência (BURTON; CONTI; CHEN, 1999). Ou seja, é definido com o colaborador presente no trabalho, mas limitado em alguns aspectos do seu desempenho devido a um problema de saúde (SCHULTZ; EDINGTON, 2007). Nesse ponto de vista, inclui-se o tempo gasto no trabalho com as tarefas não realizadas e a diminuição da qualidade de entrega no trabalho (LOEPPKE et al. 2003).

Cancelliere et al. (2011) em sua revisão sistemática apresenta as melhores evidências sobre o impacto do presenteísmo na produtividade das organizações. Foram selecionados apenas estudos que apresentavam

impacto moderado e forte, referente aos resultados de programas de promoção à saúde em ambientes de trabalho. Como principal achado dos programas bem-sucedidos estava o envolvimento das lideranças da organização, a busca ativa e o monitoramento dos fatores de risco à saúde e uma cultura de apoio no local de trabalho.

Ainda decorrente da revisão sistemática (CANCELLIERE et al. 2011) observa-se que os potenciais fatores de risco à saúde que contribuíram para o presenteísmo causaram impacto significativo na produtividade. São eles: o excesso de peso, a má alimentação, o sedentarismo, o nível de estresse elevado e as relações precárias com os colegas de trabalho assim como com a equipe de gestão. Em síntese, o impacto do elemento biológico na despotencialização do fator crítico produtividade é fator a ser considerado.

A oferta de programas de promoção à saúde em ambientes de trabalho representa uma das estratégias mais significativas para aumentar a produtividade dos trabalhadores. Observa-se que a idade média dos colaboradores está aumentando. Este aspecto traz consigo o impacto biológico em suas variáveis de saúde que causam impacto no desempenho referente à sua produtividade organizacional (CHAPMAN, 2005). Outras formas de apresentar a produtividade serão abordadas no macroelemento que trata do assunto estratégia.

Rivilis et al. (2006) aponta para a questão que considera ser a mais importante de uma organização referente aos programas de promoção à saúde. Apresenta a questão de que não é **se** devem ser implementados os programas de redução de riscos e melhoria da produtividade, mas como devem ser concebidos, implementados e avaliados para alcançar os melhores resultados (RIVILIS et al. 2006).

4.1 LEGITIMIDADE

Em sua condição biológica as pessoas demonstram relativo cansaço físico. No contraponto, exigem mais descanso ao acusar o excesso de atividades. Reconhecem que capacidade de diálogo e adequação de perfil para colocar-se na função considerada adequada para suas habilidades e competências é um fator relevante para a legitimidade biológica.

O sentimento de pertença perpassa as discussões do fator psicológico. As pessoas não querem apenas ter uma carteira de trabalho assinada. Demonstram igualmente a necessidade de sentirem-se pertencentes a um grupo social que lhes traga, também, segurança pessoal, profissional e emocional. As relações cordiais e respeitosas na relação de trabalho, gerando tratamento humano, são valores exaltados pelo grupo. Conforme a filosofia Lassalista apresenta-se o sentimento dos respondentes por uma realidade existencial (SARTRE, 2004) inclusiva. Sentir-se pessoa, chamada pelo nome, atendida em primeira pessoa apresenta-se como realidade emergente no cenário do bem-estar psicológico das pessoas e grupos (FOSSATTI, 2013).

A legitimidade social é compreendida por uma conduta ética; por uma atitude de diálogo e por transparência na tomada de decisões tanto por parte dos funcionários como por parte dos representantes legais da Instituição. Esta última já dispõe de um documento sobre a conduta ética para seus colaboradores (UNILASALLE, 2016). Este se apresenta como um facilitador para mediação de conflitos e qualidade das relações estabelecidas no ambiente de trabalho. Da mesma forma, o valor dado ao diálogo ganha relevância na medida em que as pessoas manifestam o desejo de serem ouvidas, mesmo que a decisão final seja adversa à sua vontade.

Já a legitimidade organizacional é compreendida na garantia de direitos e deveres de todos os envolvidos nos processos institucionais, ou no dizer de Gasparini (2001), na garantia da legitimidade e da legalidade. Considera que todas as atividades são relevantes e que cada pessoa deve assumir com competência, responsabilidade, profissionalismo e comprometimento sua função. Esta postura já fora afirmada por Fernandes (1996) ao reforçar o papel do comprometimento da pessoa com a organização. A Instituição em estudo, por sua vez, também procura garantir os direitos e deveres de seus colaboradores no atendimento a aspectos legais tais como: Plano de Carreira Docente e Técnico Administrativo, Manual do Docente, Política de Benefícios, dentre outros (UNILASALLE, 2006; 2016). Sobre o fator crítico legitimidade encontram-se lacuna na literatura específica sobre QVT. Contudo, os documentos institucionais e autores humanistas

supracitados legitimam tal fator responsável pela QV no seu todo, inclusive no trabalho.

4.2 PERFIL DO LÍDER

O conceito de líder muito se aproxima daquele descrito por Carpinetti (2012) ao caracterizar o líder como pessoa com capacidade de influenciar pessoas, de motivar, com visão sistêmica e de futuro. Almejam-se pessoas saudáveis; psiquicamente equilibradas e dinâmicas em sua área de atuação. O perfil psicológico do líder passa pela capacidade de empatia, de reconhecimento da alteridade e da capacidade de reconhecer e de garantir a autonomia das pessoas. Os grupos esperam um líder social com poder de integrar, agregar pessoas e projetos. Da mesma forma, exigem uma visão sistêmica que considere o presente, mas que ajude o grupo a olhar para o futuro.

O perfil de um líder organizacional centra-se no Gestor de oportunidades; numa pessoa entusiasta e multiplicadora da missão e dos princípios institucionais, a exemplo do que apresenta Eboli (1999) falando em perfil moderno de gestores para o tempo presente. Os colaboradores almejam ascendência em suas carreiras e para tal manifestam-se atentos às oportunidades criadas pela Instituição, seja para formação continuada ou mesmo para novas vagas em novas funções ou serviços. Esta política consolida a valorização dos talentos internos sempre que surge uma nova demanda por recursos humanos.

As organizações precisam buscar desenvolver a liderança com habilidades par criar sistemas e processos multifacetados e para cultivar a capacidade de autonomia em todos os membros de sua equipe. Quando isso acontece, o resultado gerado estabelece a criação de novo conhecimento, oportuniza a inovação e o contexto e a prática da QVT é enriquecida (BOURNES, 2013).

Da mesma forma, a liderança de pessoas proposta por Parse (2008) pode ser usada para qualquer situação onde surgem oportunidades de liderança. A liderança busca com foco na dignidade e na liberdade o desenvolvimento de suas habilidades de acordo com os constituintes de diversas situações advindas do cotidiano no ambiente de trabalho. Ou seja, a liderança deve estar deliberadamente inovando com potencial de promover o engajamento em busca persistentemente da excelência tornando esta, uma situação indivisível, imprevisível e sempre mutável. Este processo é vivido no comprometimento com uma visão vigorosamente energizante, arriscando-se voluntariamente em meio à ambiguidade, e reverenciando os outros com vigilância. Quando os líderes são guiados por uma perspectiva teórica que reverencia os desejos e habilidades dos indivíduos, o contexto e a prática das organizações são enriquecidos (BOURNES, 2013).

O sucesso de qualquer organização está diretamente ligado à forma com que seleciona seus colaboradores, motiva, promove a identidade organizacional e fideliza a força de trabalho. No atual contexto, as lideranças precisam ser flexíveis o suficiente para conduzir sua equipe e garantir a lealdade de seus colaboradores.

Para maximizar positivamente o clima organizacional, tanto para dos colaboradores quanto para a organização, é preciso adotar novas abordagens para melhorar a QVT. A cultura organizacional, treinamento e desenvolvimento dos colaboradores, compensação e recompensas e satisfação no trabalho têm grande impacto na QVT. A relação saudável das lideranças com seus colaboradores, nas mais diversas hierarquias organizacionais, leva a uma melhor comunicação e consequente cooperação. Dessa forma, a QV dos colaboradores tem um impacto positivo na produtividade (VENKATESH; AARTHY, 2013).

Uma estratégia que a liderança organizacional pode adotar está na participação dos funcionários na tomada de decisão. Isso auxilia a organização a fidelizar seus colaboradores como incentivo à inovação e oportunidades de crescimento profissional, de desempenho e beneficiar a organização, promovendo o sentimento de pertença, no longo prazo. De modo semelhante, a liderança por meio de um sólido sistema de avaliação de desempenho e incentivo seria capaz de melhorar o comprometimento dos colaboradores, a moral e lealdade à organização. Tal participação apresenta potencialidade para minimizar a geração de conflitos internos. A gestão, por meio de suas lideranças deve enfatizar a importância da integração social na força de trabalho, assegurar a todos os membros da organização o sentimento de pertencer a uma única comunidade. A transparência nas relações com os colaboradores deve ser encorajada em todas as atividades

e, portanto, se deve criar um ambiente confiável. Assim, a QVT torna-se vital para um melhor desempenho e produtividade (RATHAMANI; RAMCHANDRA, 2013).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais são aqui apresentadas no diálogo com os resultados da pesquisa, os quais sinalizam: líderes inspiradores; processos de sucessão; quebra de resistências; envolvimento de pessoas; envolvimento das lideranças nos processos de construção; identificação do perfil da liderança, como veremos na sequência.

O líder inspirador é concebido em um cenário no qual liderar é a capacidade de influenciar as pessoas a fazerem algo de boa vontade, a empregar seu talento na busca de resultados eficazes. A liderança como estilo de gestão motiva as pessoas, diferentemente da imposição baseada na autoridade hierárquica. O líder compartilha sua visão de organização, delega autoridade e responsabilidade, avalia e desenvolve pessoas, administra discussões e resistências (CARPINETTI, 2012). Dessa forma, as organizações, para que sejam competitivas, dependem do grau de comprometimento de seus funcionários para absorver novas competências. É importante destacar que o papel daqueles que têm posição e função de liderança, para que haja legitimidade na ação, devendo haver coerência do discurso com a prática (FRANÇA, 2003).

Os processos de sucessão se mostram nas práticas institucionais, a exemplo dos registros evidenciados no relatório de gestão (PGQP), uma política de desenvolvimento de lideranças. Entretanto, segundo os participantes, este item merece atenção especial na medida em que deve ser concebido enquanto processo de formação continuada e não como atividades pontuais.

Referida compreensão se aproxima dos conceitos de Raps (2004), da proposta educativa Lassalista (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL CHILE, 2014) e dos preceitos de Rogers (1982) ao chamar a atenção para os processos de humanização ao longo da vida. Considerando que na matriz de relevância desempenho, este macroelemento se apresenta na zona de aperfeiçoamento, se reforça a atenção à formação contínua e qualificada dos líderes institucionais.

Para potencializar a execução dos processos, é necessário que a Liderança para a QVT exerça uma atividade contributiva junto à sua equipe de trabalho de modo a romper as resistências manifestas e latentes. O propósito deste modelo conceitual para a G-QVT não é restringir-se a um setor da organização, mas ser visto como uma oportunidade de contemplar a IES como uma totalidade. A Liderança absorve uma especial função que tem como desafios a mobilização e a quebra da resistência dos colaboradores.

Nesse cenário, é a partir da Estrutura em sua forma de apresentação sinalizada pela especialização, pela forma, pela distribuição de poder e departamentalização, que as ações, programas, intervenções serão propostas. É levada em consideração a complexidade e multidimensionalidade, em una visão sistêmica e não cartesiana, para a QVT na ULS.

O comprometimento da liderança e da alta gestão como apoio para garantir a estratégia e a cultura na organização contribuem para a construção de um ambiente de trabalho de envolvimento, de apoio às informações, comunicação, modelagem de papeis, comportamentos e o papel de liderança na construção de uma cultura onde a integração trabalho-vida seja valorizada (BARDOEL; CIERI, 2014).

A real participação em programas de promoção à saúde é mais intensa entre os colaboradores que consideram seu envolvimento importante e que adotam o pensamento que deles se esperava e por sua liderança ou colegas, corroborando com a ideia de que o lugar de trabalho pode ser um ambiente motivacional e importante facilitador para a promoção da saúde (PERSON, et al. 2010).

Assim, garantir aos colaboradores, por meio de uma cultura organizacional, onde a designação de tempo dentro de sua jornada de trabalho para referido envolvimento é importante e aceitável, pode ser una boa estratégia para melhorar a adesão aos programas de QVT. Incentivar os gestores para que participem, pode atrair suas lideranças e equipes.

Os dados percebidos e apresentados pelo grupo focal demonstram um alinhamento ao que apresentam Chen e Hsieh (2005) com relação à visão de investimento nos colaboradores e seu envolvimento sob a perspectiva dos incentivos para o alcance dos resultados. Do mesmo modo, se identifica a *expertise* institucional deste grupo de liderança tática amparado pelos documentos que orientam a política e prática de benefícios na IES (UNILASALLE, 2009; 2016) e segundo outras atividades e resultados institucionais sinalizados por Souza e Fossatti (2015).

Os resultados da pesquisa pedem uma liderança que consiga entregar os resultados esperados e/ou prometidos. Em outras palavras, neste perfil esperado de liderança, na visão dos participantes da pesquisa está um líder que realiza processos com o grupo, que delega funções e que acompanha as suas equipes, mantendo-as motivadas e focadas em resultados. Tais resultados referem-se principalmente à ordem da qualidade das relações, da eficácia e eficiência dos projetos, do clima institucional e dos resultados tangíveis esperados de acordo com os indicadores e as metas propostas e assumidas pelas equipes.

Estabelecer una G-QVT significa garantir uma liderança que consiga transcender a visão exclusiva voltada à saúde física do trabalhador e atender a uma demanda sistêmica que garanta aspectos psicológicos, sociais, culturais, motivacionais e profissionais.

Referido perfil de liderança, exigido pelos investigados, mostra-se fundamental para justificar a peculiaridade deste assunto, assim como para envolver todos os níveis organizacionais nas políticas, estratégias, processos, lideranças, estruturas, recursos, cultura e pessoas, benefícios, incentivos e resultados na vivência da cultura organizacional com QVT.

REFERÊNCIAS

BARDOEL, E.A.; CIERI, H. A framework for work-life instruments: a cross- national review. **Human Resource Management**, 53 (5), p. 635-659, 2014.

BOURNES, D.A. **Nursing Science Quarterly**, vol. 26, n. 2, p. 182-188, 2013.

CANCELLIERE, C.; CASSIDY, D; AMMENDOLIA, C; CÔTÉ, P. Are workplace health promotion programs effective at improving presenteeism in workers? a systematic review and best evidence synthesis of the literature. **BMC Public Health**, vol. 11, n. 395, p. 1-11, 2011.

CARPINETTI, L.C.R. **Gestão da qualidade**: conceitos e técnicas. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAPMAN, L.S. Presenteeism and its role in worksite health promotion. **Am J Health Promot**, v. 19, n. 4 suppl, p. 1-8, 2005.

CHEN, H.M.; HSIEH, Y.H. Incentive reward with organizational life cycle from competitive advantage viewpoint. **Human Systems Management**, 24, p. 155-163, 2005.

COLTRO, A. Da formação educacional e do treinamento do administrador, as contribuições dos grandes pensadores ocidentais. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, FEA/USP, vol. 1, n. 9, 1999.

DRESCH, A.; LACERDA, D.P.; JÚNIOR, J.A.V.A. **Design science research**: método de pesquisa para avanço da ciência e tecnologia. Porto Alegre, RS: Bookman Editora, 2015.

DRUCKER, P.F. **Desafios gerenciais para o século XXI**. São Paulo: Pioneira, 2000.

EBOLI, M. **Universidades corporativas.** Coletânea Progep-FIA e FEA/USP. São Paulo: Schmukler, 1999.

FRANÇA, A.C.L. **Qualidade de vida no trabalho**: critérios e práticas nas empresas da sociedade pós-industrial. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Eda Conte. **Qualidade de vida no trabalho**. Salvador: Casa da qualidade, 1996.

FOSSATTI, P. **Perfil docente e produção de sentido.** Canoas: UnilaSalle, 2013.

FOSSATTI, P.; CASAGRANDE, C. A. Formação Integral e Integradora. In: FOSSATTI, P.; HENGEMÜLE, E.;

CASAGRANDE, C. A. (Orgs.). **Ensinar a Bem Viver**. Canoas: Unilasalle, 2011. p. 67-84.

GALBRAITH, J.R. Organizing to deliver solutions. **Organizational Dynamics**, vol. 31, n. 2, p. 197-207, 2002.

GASPARINI, C. A. L. Contrato de massa: noção e interpretação. **Revista Jurídica**, n. 269, São Paulo, Síntese. 2001

HAWERROTH, J. L.; HÉKIS, H. R.; QUEIROZ, J. V.; QUEIROZ, F. C. B. P. Estratégias acadêmicas como alternativas de avaliação de desempenho docente. **Estudos em Avaliação Educacional**, São Paulo, vol. 22, n. 48, p. 53-76, 2011.

LACERDA, D.P.; DRESCH.; PROENÇA, A.; ANTUNES JÚNIOR. J. A. V. Design Science Research: A research method to production engineering. **Gestão & Produção**, São Carlos, vol. 20, n. 4, p. 741-761, 2013.

LOEPPKE, R. et al. American College of Occupational and Environmental Medicine: Health-related workplace productivity measurement: general and migraine-specific recommendations from the ACOEM Expert Panel. **J Occup Environ Med**, v. 45, n. 4, p. 349-359, 2003.

OLDHAM, G. R. Development of the job diagnostic survey. **Journal of Applied Psychology**, v. 60, n. 2, p. 159-70, 1975.

OKUMUS, Fevzi. Towards a strategy implementation framework. **International Journal of Contemporary Hospitality Management**, 2001, vol. 13, no 7, p. 327-338.

ORIGO, V.G. Qualidade de vida, saúde e ergonomia. In. FRANÇA, A.C.L. **Práticas de recursos humanos:** conceitos, ferramentas e procedimentos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 88-102.

PARSE, R. R. The humanbecoming leading-following model. **Nursing Science Quarterly**, v. 21, p. 369-375, 2008.

PERSON, A.L.; COLBY, S. E.; BULOVA, J. A.; EUBANKSET, J. W. Barriers to participation in a worksite wellness program. **Nutrition Research and Practice**, vol. 4, n. 2, p. 149-154, 2010.

RAPS, A. Tap into the Power of Four Key Factors to Deliver Success. **Strategic Finance**, vol. 85, n. 12, p. 49-63, 2004.

RATHAMANI, P.; RAMCHANDRA, R. A. Study on Quality of Work Life of Employees in Textile Industry- Sipcot, Perundurai. **Journal of Business and Management**, vol. 8, n. 3, p. 54-59, 2013.

RIVILIS, I. et al. Evaluation of a participatory ergonomic intervention aimed at improving musculoskeletal health. **Am J Ind Med**, v. 49, n. 10, p. 801-810, 2006.

ROGERS, C. **Tornar-se pessoa**. 6a ed. Tradução de Manuel José do Carmo Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

SARTRE, Jean-Paul. O Existencialismo é um Humanismo. In. SARTRE, Jean-Paul; FERREIRA, Vergílio. **O Existencialismo é um Humanismo.** Lisboa: Bertrand, 2004. p. 195-233.

SCHULTZ, A.B.; EDINGTON, D.W. Employee health and presenteeism: a systematic review. **J Occup Rehabil**, v. 17, n. 3, p. 547-579, 2007.

SOUZA, R.V.; FOSSATTI, P. Práticas e ferramentas de gestão educacional: um estudo de caso do Unilasalle Canoas. **Quaestio**, Sorocaba, vol. 17, n. 2, p. 637-663, 2015.

UNILASALLE. **Plano de Carreira do Pessoal Técnico Administrativo**. Canoas: Unilasalle. Impresso, 2016.

UNILASALLE. **Plano de Carreira Docente**. Canoas: Unilasalle. Impresso, 2009.

VENKATESH, J.; AARTHY, C. Assessment and evaluation of production efficiencies in textile industry through quality of work life autex. **Research Journal**, vol. 13, n. 4, p. 118-121, 2013.

WALTON, R.E. Quality of work life: what is it? **Sloan Management Review**, Massachusetts, v. 15, n. 1, p. 11-21, 1973.

WESTLEY, W.A. Problems and solutions in the quality of working life. **Human relations**, v. 32, n. 2, p. 113-123, 1979.

QUALIDADE DE VIDA E PROMOÇÃO DE MULHERES QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Gilca Lucena Kortmann[1]

RESUMO: O presente projeto inclui-se na linha de pesquisa **Avaliação e Promoção em Saúde**, estuda processos de avaliação, intervenção e gestão da saúde em diversos contextos. Busca produzir conhecimentos teórico-práticos que contribuam para a promoção em saúde, numa perspectiva interdisciplinar visando a qualidade de vida ao longo do ciclo vital. O presente trabalho estuda verificar as possibilidades que a psicoeducação pode dar à teoria do caos na transformação e promoção da vida de mulheres que vivem em bairro de classe social menos favorecida. Transformar alguns postulados ou modelos de vida depois de descobertos em sua realidade, em processos de ação e intervenção, onde a teoria do caos pode nos servir para reconstruirmos o conhecimento sobre a história dessas mulheres. São adolescentes e mulheres de doze a cinquenta anos de idade, com filhos que pertencem ao grupo do Primeira Infância Melhor /PIM,RS, Brasil . Buscou-se produzir conhecimentos teórico-práticos que contribuem para a psicoeducação e para a promoção em qualidade de vida dessas pessoas em situação de vulnerabilidade social numa perspectiva interdisciplinar visando à qualidade de vida ao longo do ciclo vital. Abarca conhecimentos, habilidades e atitudes, busca a utilização de técnicas que detectem situações de vulnerabilidade e orientam as pessoas acerca dos seus direitos, com auxílio de mecanismos para sua proteção, assim como orientações para situações cotidianas em que sejam detectados riscos sociais. O objetivo deste trabalho é promover mulheres em situação social menos privilegiada seja para formar rede social e grupo de trabalho, e também para ensiná-las o respeito às diferenças e ritmos, promovendo a construção de novos conhecimentos.

Palavras-chave: Qualidade de Vida. Mulheres. Promoção. Vulnerabilidade Social. Aprendizagem.

QUALITY OF LIFE AND PROMOTION OF WOMEN WHO LIVE IN SITUATION OF SOCIAL VULNERABILITY

ABSTRACT: The present project is inserted into the line of research of Health Evaluation and Promotion. It studies the evaluation processes, intervention and health management within several contexts. It seeks to produce practical-theorical knowledge which contributes to health promotion under an interdisciplinary and intersectorial perspective looking for quality of life along the vital circle. The current work study the possibilities the psychoeducation can provide to the chaos theory on transformation and life promotion of women who live in villages of less favoured social classes. Transforming some life assumptions or models after they are discovered in their reality in the process of action and intervention where the chaos theory can serve for us to build up knowledge about these women histories. They are teenagers and women aged 12-50 who have got children and are part of better-first-childhood / PIM, RS, Brazil. It was aimed to produce theorical-practical knowledge which contributes to psycho education and to life quality promotion of these people who are in situation of social vulnerability under an interdisciplinary and intersectorial perspective. Thus, it was aimed seek for quality of life along the vital circle. It embraces knowledge, abilities and attitudes as well as the utilization of techniques which may detect situations of vulnerability that lead people to know about their rights – with the support of mechanisms for their protection as for the orientation to daily situations in which the social risks are detected. The objective of this work is to promote women in less-favoured-social situation to form networking and group working as well as to teach them the respect towards differences and rhythms, promoting the construction of new knowledge.

[1] PPG Saude e Desenvolvimento Humano/PPG em Memória Social e Bens Culturais/Universidade La Salle gilca.kortmann@unilasalle.edu.br

Key-words: Quality of Life. Women. Promotion. Social Vulnerability. Learning.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa desenvolve ações não formais, ao trabalhar com grupos de mulheres que vivem em situação de vulnerabilidade social, de forma interdisciplinar, por meio de conhecimentos, habilidades e atitudes, utilizando técnicas psicoeducativas que detectem situações de vulnerabilidade e orientem as mulheres acerca dos seus direitos enquanto cidadãs. O enfoque caótico, complexo do comportamento de violência vivido por essas mulheres correspondem a pensamentos e ações, que devem se transformar em fonte de conhecimento sobre seus direitos.

Precisamos conhecer tal como é a realidade vivida por essas pessoas, que vivem diariamente com dificuldades significativas, desde a diversidade genética e social, biológica, psicológica cultural e de classe que se dá desde suas infâncias de maneira caótica.

Não há dúvidas de que, no âmbito da construção do conhecimento, buscamos por um modelo demolidor do tradicional, abrindo novas formas de enxergar a realidade, e buscar novas janelas para construir novos conhecimentos entre o pensar, enxergar e fazer.

Há décadas o desenvolvimento econômico baseado na globalização da economia capitalista vem construindo um novo pensar sobre o que é ser família. O crescimento das grandes metrópoles, nos últimos 40 anos, causou também o crescimento de comunidades cada vez mais vulneráveis a situações de risco ficando, assim, a mercê da indiferença e da marginalização. Esta realidade, dificulta o que se entende ser o papel da família, ficando, porém, ao longo dos anos, somente o sentimento de família. (Amaral, 2001).

Estas famílias em situação de risco, se vêm diante de uma realidade que a cada ano vem crescendo consideravelmente: As famílias monoparentais. Estas famílias são na maioria das vezes chefiadas por mulheres, e tem tido um expressivo crescimento na realidade das comunidades brasileiras. O número de lares brasileiros chefiados por mulheres saltou de 23% para 40% entre 1995 e 2015 nos dizem as pesquisas Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizada com base nos números da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilio(IBGE,2015).

O modelo da família tradicional brasileira que trazia clareza na definição dos papéis onde o homem era o provedor do lar enquanto a mulher cuidava da educação dos filhos e administração da casa, é pouco comum em nossa realidade de século XXI.

Hoje cada vez mais mulheres trabalham para o sustento do lar além dos inúmeros outros papéis que ela ainda desempenha na vida profissional, e na realização de sua vida pessoal e na educação de seus filhos.

Um grupo de mulheres trabalhadoras, que respeita e considera as diferenças e ritmos de cada indivíduo, faz com que esses aprendam a entender suas próprias histórias e que também possam se ajudar entre si, como no caso do grupo de mulheres que trabalham com o processo de tomada de consciência de seus direitos e deveres.

Destarte, desenvolvimento humano e promoção em saúde são condições que as integrantes deste projeto se propuseram a trabalhar com grupos de pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade social. Portanto, abarca conhecimentos, habilidades e atitudes de forma interdisciplinar, através de especialistas da psicopedagogia interatuando, com a utilização de técnicas que detectam situações de vulnerabilidade e orientam as pessoas acerca dos seus direitos, com auxílio de mecanismos para sua proteção, assim como orientações para situações cotidianas em que sejam detectados riscos sociais.

O objetivo deste trabalho é promover mulheres em situação social menos privilegiada seja para formar rede social e grupo de trabalho, e também para ensiná-las o respeito às diferenças e ritmos, promovendo a construção de novas aprendizagens. Trabalhamos para transformar alguns postulados ou modelos de vida depois de descobertos em sua realidade, em processos de ação e intervenção, onde possamos reconstruir novas aprendizagens e conhecimento sobre a história dessas mulheres. São adolescentes e mulheres de doze

a cinquenta anos de idade, com filhos que pertencem ao grupo do Primeira Infância Melhor /PIM,RS, Brasil.

São mulheres, crianças e adolescentes em risco e violência, e buscou-se produzir conhecimentos teórico-práticos que contribuíssem para a promoção da qualidade de vida dessas pessoas. Na escalada da violência e dos problemas sociais, demandam o fortalecimento das famílias para suportar o caos (Ladvocat,2011).A mesma autora nos questiona como identificarmos a resiliência das famílias? Como trabalharmos com o desapego, o abandono e violência? Como identificarmos os fatores de risco? Como identificarmos a competência das famílias para a superação?

A violência emocional, também psicológica, revela-se pela incapacidade de se proporcionar à criança um ambiente familiar harmonioso, tranquilo, onde predomine o bem estar emocional e afetivo, sendo este ambiente muitas vezes característico de lares onde se vivenciam situações de violência doméstica entre adultos (Canha,2008).

A violência emocional pode ser causada por hostilidade verbal, denegrição, medo e ansiedades induzidos por ameaça de abandono, rejeição, privação considerável da atenção e da estimulação e ainda através do poder excessivo sobre a criança. (Iwaniec & Nerbert, 1999).

Este trabalho busca transferir conhecimentos, habilidades e atitudes, busca a utilização de técnicas que detectem situações de vulnerabilidade e orientam as pessoas acerca dos seus direitos, com auxílio de mecanismos para sua proteção, assim como orientações para situações cotidianas em que sejam detectados riscos sociais.

2 REVISITANDO A LITERATURA.

A ideia de desenvolver essa pesquisa surgiu, inicialmente, a partir da busca de integrantes do Projeto Primeira Infância Melhor (PIM) junto ao serviço do Núcleo de Apoio Psicopedagógico (NAPSI) Universidade La Salle, solicitando ajuda para que trabalhássemos com um grupo de mulheres que estavam em situação de vulnerabilidade e precisavam de orientação para criarem seus filhos. São mães de crianças e adolescentes cujas evidências empíricas apontam para exposição de violência doméstica, designadamente entre os pais, vivenciam outras problemáticas de ordem psicológica, econômica, laboral e de consumo de substâncias por parte dos progenitores, que agravam o risco e as consequências para as crianças.

O PIM (Primeira Infância Melhor), programa pioneiro do Governo do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil, enquanto eixo integrador de políticas públicas, foi implantado em sete de abril de 2003, frente à urgência de atendimento integral às necessidades essenciais da criança em seus primeiros anos de vida, inspirado em modelos internacionais, como o programa cubano "*Educa a tu Hijo*", do Centro de Referência Latino americano para *la Educación* Pré escolar – CELEP, adaptado à realidade gaúcha. Desde então, o PIM é coordenado pela Secretaria de Estado da Saúde, em parceria com vários setores do governo, em especial a Secretaria de Estado da Educação, a Secretaria de Estado da Cultura e a Secretaria de Estado do Trabalho, Cidadania e Assistência Social.

O atendimento à primeira infância é meta atual dos principais órgãos internacionais preocupados com a melhoria da qualidade de vida das gerações futuras. No Rio Grande do Sul/Brasil, em particular, a Lei 12 544 de três de julho de 2006 legitimou o Programa Primeira Infância Melhor – PIM enquanto política pública que promove ações pioneiras, na atenção às famílias, mulheres, gestantes e crianças de 0 a 6 anos.

No intuito de melhor qualificar os resultados dos atendimentos a essas famílias, o foco no respeito às culturas e experiências da população-alvo, o PIM, em 26 de dezembro de 2006 lançou o Subprojeto Programa Primeira Infância Melhor na Diversidade. Este subprojeto pretende priorizar as ações de promoção e desenvolvimento de uma vida saudável e feliz de crianças de 0 a 6 anos e as competências familiares, como estratégia de prevenção e de redução da violência doméstica e da ruptura de ciclos de pobreza e exclusão social, entre outros.

Todo o processo dessa pesquisa foi elaborado de forma a não fugir do programa PIM, mas sempre buscando identificar reconhecer e promover as possíveis ações psico-educativas complementares ao

atendimento dessas mulheres pertencentes a esse programa.

Este trabalho justifica-se pelo fato de que o ser humano tem potencialidade natural para aprender, construir relações independentemente de sua ocupação social, grau de escolaridade, refletir sobre sua prática social, tomar decisões, criar, transformar, agir de forma individual ou coletiva e se organizar na defesa de seus interesses.

O intento desta investigação foi assegurar às pessoas envolvidas para que aprendam superar ocorrências tensionais e o sofrimento humano, através de práticas psicoeducativas, comprometidas com a construção do conhecimento e da cidadania, visando à transformação da realidade por elas vivida, e estimulando-as ao convívio social, familiar e comunitário mais sadio.

Em muitos documentos internacionais relativos à educação dos direitos humanos, em particular a Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde 1948 asseguram e fomentam o entendimento e a responsabilidade que todos devem ter na promoção e educação para com a vida, a saúde, o direito à informação, à liberdade de expressão, de consciência, a liberdade de reunião e associação, entre outras, como destaca a UNESCO (2006, p. 4).

Há ainda, escritos sobre os princípios das atividades mundiais em direitos humanos, um alerta ao trabalho educacional que capacite às comunidades e as pessoas para que essas possam determinar suas necessidades em matéria de direitos humanos e as ajudem a fazer uso efetivo desses direitos, segundo a UNESCO (2006, p. 6).

Trabalhar com a temática vulnerabilidade requer uma possível clareza de conceitos utilizados, já que ela é originária da área do Direito Internacional e das áreas que estudam direitos universais do ser humano. O termo vulnerabilidade designava originalmente, grupos ou indivíduos mais fragilizados, jurídica ou politicamente, bem como a promoção, a proteção ou a garantia de seus direitos de cidadania, como destaca Alves (1994).

> "É preciso ter um caos dentro de si para dar à luz a uma estrela cintilante" NIETZCHE (2002- Assim falou Zaratustra).

Com efeito, o conceito de vulnerabilidade especificamente aplicado à saúde, pode ser considerado resultado do processo de progressivas interseções entre a 'militância' sanitária e o movimento dos direitos humanos, coloca Ayres (1997, p. 20). A vulnerabilidade liga a relação que as pessoas têm com seu ambiente, as forças sociais, as instituições e os valores culturais que o sustentam e a capacidade de contestá-los. Ela expressa a multidimensionalidade de desastres, focando a atenção sobre a totalidade das relações em uma determinada situação social, que constituem uma condição que, em combinação com as forças ambientais, produz um desastre.

Para Carmo (2018),o termo vulnerabilidade amplia a compreensão dos múltiplos fatores que fragilizam os sujeitos no exercício de sua cidadania, e as ações profissionais no âmbito das políticas da saúde e assistência social e o imaginário social são forjados pela incorporação de conceitos que podem tanto reduzir quanto reforçar vulnerabilidades.

Foi possível visualizar também nesse trabalho de pesquisa, a importância da condição educacional para as mulheres no âmbito dos direitos, da negação à violência doméstica, e à violência urbana através de novas aprendizagens para sua vida. Sendo que a violência contra as mulheres é sofrida em todas as fases da vida, muitas vezes iniciando na infância e em todas as classes sociais, a prevenção e a atenção integral, possibilita o fortalecimento de práticas auto positivas da autopercepção e autoestima.

Marilene Chauí afirma que violência é a imposição da força com a finalidade de dominação/exploração contra o ser humano, caracterizada pela inércia, pela passividade e pelo silêncio, quando a fala e a atividade de outrem são anuladas. Por tanto, a violência é uma questão de poder que esta legitimada pela cultura em que o mais forte se sente no direito de subjugar o mais fraco como se fosse uma justiça natural, é um comportamento apreendido e incorporado por várias gerações, que funciona como ação disciplinar.

Ao trazer a visão da Psicoeducação para dentro do grupo de atendimento à mulheres , priorizam-

se as ações de promoção e desenvolvimento das competências, por exemplo, estratégia de prevenção e de tentativa de redução da violência doméstica e da ruptura de ciclos de pobreza e exclusão social entre outros.

Segundo Kramer, em Rogers (2001, p.10) nos lembra que "Se podemos proporcionar certo tipo de relação, o outro descobrirá dentro de si mesmo a capacidade de utilizar aquela relação para crescer, a mudança e desenvolvimento pessoal ocorrerão.

> Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar para passar o rio da vida ninguém, exceto tu, só tu. Existem por certo, atalhos sem números, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio; mas isto te custaria a tua própria pessoa; tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Onde leva? Não perguntes, segue-o. NIETZSCHE (2004-Aurora).

O conceito de resiliência como fenômeno humano vem sendo estudado pela Psicologia há pouco mais de trinta anos. As pesquisas sobre resiliência em indivíduos, famílias e comunidades possibilitam elaborar investigações e intervenções que focalizam saúde, qualidade de vida, felicidade e bem-estar das pessoas em suas respectivas culturas.

Para entendermos melhor o conceito de resiliência, nos apoiamos nos escritos de Mattar Yunes (2001) "Resiliência refere-se a um conjunto de processos de vida que possibilitam o enfrentamento de situações de sofrimento com consequente fortalecimento e superação das adversidades. A resiliência visa trazer luz às transformações pessoais e sociais, que resultam em vida saudável e promova a aprendizagem e desenvolvimento". Afirma ainda a autora que invulnerabilidade e resiliência não são termos equivalentes.

Para Grotberg (2005), resiliência é a capacidade humana de ter êxito diante das adversidades da vida, superá-las e, inclusive, ser fortalecido ou transformado por elas, estando presente assim, em todas as faixas etárias e independe do nível socioeconômico.

Nas humanas a resiliência é a potencial que o ser humano possui de não somente sobreviver os infortúnios da vida, contudo de atingir, a partir dos infortúnios da vida, a potencialidade de ter proveito e se expandir de forma a tirar exemplos de vida para recomeçar, isto é, de manifestar a possibilidade de construir-se e reconstruir-se a partir das adversidades.

Outro conceito importante envolvendo resiliência é o de vulnerabilidade. Este termo é usado para definir as suscetibilidades psicológicas individuais que aumentam as chances de um resultado negativo ou indesejável na presença do risco. Vulnerabilidade não se refere apenas à predisposição genética ou a fatores constitucionais, mas também a condições, tais como: baixa auto-estima, traços de personalidade e distúrbios psíquicos. Condições externas também podem levar à vulnerabilidades como práticas educativas familiares ineficazes, desemprego, pobreza e dificuldade de acesso a saúde. (Santos & Dell'Aglio, 2006, p.212)

As definições sobre resiliência estão continuamente vinculadas à capacidade de transformar a adversidade, cabendo, então, conjecturar o que seria esta adversidade.

As adversidades podem ser pensadas como eventos catastróficos, traumas, infelicidade, tragédias da vida, infortúnio, enfim, inúmeros sinônimos desenham bem este termo, traz também a ideia de que nem todos os infortúnios da vida possam se tornar traumáticos.

Trauma é uma ocorrência da vida do indivíduo que se define pela sua intensidade, pela incapacidade em que se encontra o sujeito de reagir a ele de forma adequada, ou seja, um tipo de dano emocional como resultado de algum acontecimento, pressupondo uma experiência de imensa dor tanto emocional ou física pelo transtorno e pelos efeitos patogênicos duradouros que provoca na organização psíquica.

Resiliência refere-se a uma habilidade de superar adversidades, se reestruturar, o que não significa que o indivíduo saia ileso da crise, mas que saiam delas fortalecidas.

Nadia Bossa (2000, p. 28) nos lembra que podemos caracterizar a psico-educação como uma área de confluência do psicológico (a subjetividade do ser humano enquanto tal) e do educacional (atividade especificamente humana, social e cultural). Tratando do mundo psíquico individual e grupal em relação à aprendizagem e aos sistemas e processos educativos, que ensina como aprender e, para isso, necessita

apreender o aprender e a aprendizagem. Aprender é um processo que implica por em ação diferentes sistemas que intervêm em todo o sujeito: a rede de relações e códigos culturais e de linguagem que, desde antes do nascimento, tem lugar em cada ser humano à medida que ele se incorpora à sociedade.

Precisamos acreditar no potencial do ser humano, para aprender, construir relações, independentemente de sua ocupação social, através de amadurecimentos, pois ao refletirem sobre sua prática social, tomam decisões, criam, transformam, agem de forma individual e coletiva e se organizam na defesa de seus interesses.

3 MÉTODO

3.1 DELINEAMENTO

Para realização do presente estudo, foram contatadas 48 mulheres mães de (crianças e adolescentes) pertencentes a um dos quadrantes de uma das cidades da grande Porto Alegre. Todas elas estavam cadastradas no Programa do PIM (Primeira Infância Melhor do Governo do Estado do RS).Os encontros ocorreram uma vez por semana no período de dois anos em uma galpão da comunidade onde fomos encontra-las neste período. O cadastro no programa já era o indicativo para participação do estudo uma vez que este programa dirige-se a população com esta peculiaridade. No primeiro momento fizemos um estudo etnográfico para nos inteirarmos da realidade. No segundo momento trabalhamos com grupo focal com temáticas que emergiam do próprio grupo. A idade das participantes variava de 12 à 50 anos sendo que a participação era espontânea e para o efeito legal todas assinaram o Termo de consentimento Livre esclarecido (TCLE) de acordo com a Resolução 196/96 CNS/MS, e a proposta de trabalho passou pelo comitê de ética. O grau de escolaridade das mesmas é em torno de quinto ano. A maioria não possui ensino fundamental completo e relatam ter parado de estudar para cuidar dos filhos. Todas elas vivem de bolsa família (Programa do Governo Federal). Os descritores para este estudo emergiram dos encontros com as mães, do que as mesmas falavam.

Esta pesquisa foi formulada, mais especificamente, no sentido de poder compreender como se narram as histórias destas mulheres que vivem em situação de vulnerabilidade social. Utilizei-me inicialmente da pesquisa qualitativa em nível exploratório-descritivo e, para capturar a multiplicidade de situações da vida social e cultural experimentada pelas mulheres crianças e adolescentes cadastradas no PIM, recorri ao estudo de cunho etnográfico.

A etnografia desenvolve-se, a partir do final do século XIX e início do século XX, como uma tentativa de observação mais ampla dos modos de vida das pessoas. A etnografia é também conhecida como: pesquisa social, observação participante, pesquisa interpretativa, pesquisa analítica, pesquisa hermenêutica, como cita Mattos (2001). Ela compreende o estudo pela observação direta durante um período de tempo das formas costumeiras de viver de um grupo particular de pessoas ou um grupo de pessoas associadas de alguma maneira, uma unidade social representativa para estudo, seja ela formada por poucos ou muitos elementos.

Tomo as palavras de Prado (2002), quando diz que busca compreender as diversas formas de expressões e manifestações culturais das mulheres como diferentes opções, possibilidades, alternativas, caminhos, formas de viver e conviver em sociedade, considerando, entretanto, que não existe critério único para se interpretar estas formas de expressões e manifestações culturais exibidas e observadas no contexto.

Como nos aponta Winkim (1998), etnografia é um processo guiado preponderantemente pelo senso questionador do etnógrafo. A utilização de técnicas e procedimentos etnográficos não segue padrões rígidos ou pré-determinados, mas o senso que o etnógrafo desenvolve a partir do trabalho de campo, no contexto social da pesquisa. Estas técnicas, muitas vezes, são formuladas ou criadas para atenderem à realidade do trabalho de campo. Nesta pesquisa, fui determinando o processo explicitamente pelas questões propostas, pois a pesquisa que empreendi envolveu a observação direta, durante um período de dois anos, das formas costumeiras de viver de um grupo de mulheres com seus filhos que moram em um espaço geográfico da cidade onde vivem pessoas em situação de vulnerabilidade social.

Para Corsaro (2005), o etnógrafo precisa interpretar o que os participantes estudados estão fazendo ou falando, como são os seus cotidianos, o ambiente físico e institucional nos quais eles vivem suas rotinas, as crenças que guiam as suas ações e a linguística e outros sistemas simbólicos que medeiam todos estes contextos e atividades.

Dessa forma informações foram coletadas e registradas através de notas de campo, entrevistas formais e informais, grupo focal, fotografias e gravações.

Os registros fotográficos amadores servem nessa pesquisa como registro restrito das ações temporais e dos acontecimentos reais- concretos, materiais a serviço da pesquisa .

Boris Kossoy (2007, p. 146) nos diz que a fotografia é memória, *"enquanto registro social da aparência dos cenários, personagens, objetos, fatos: documentado é sempre memória daquele preciso momento e tema"*.

> A câmara fotográfica incorpora o tempo do relógio para seu funcionamento e se insere, através das suas imagens, no tempo enquanto contingência. Com a fotografia, descobriu-se que, embora ausente, o objeto poderia ser (re) apresentado, eternamente, é este o tempo da representação que perpetua a memória na longa duração.

Através da imagem fotográfica, temos a chance do re-conhecimento do espaço e do autoconhecimento, já que o registro fotográfico nos oferece um instante de congelamento e lembrança dos momentos vividos.

A fotografia, como recurso utilizado em uma pesquisa qualitativa, amplia a possibilidade de mostrarmos como estamos resgatando, no caso, as culturas destas mulheres. Mais que documento ou prova do acontecido, a imagem pretende revelar as formas culturais da realidade pesquisada. Cada fotografia está impregnada da realidade à mostra e suas influências vividas nos entrelaçamentos das subjetividades das pessoas que ali vivem.

Procurei seguir as recomendações de Bogdan e Biklen (1994, p.113), que destacam a importância da aproximação gradativa com os sujeitos da pesquisa, no seu próprio ambiente:

> Encontrar com os sujeitos passar muito tempo juntos no território destes, -escolas, recreios, outros locais por eles frequentados ou nas suas próprias casas.Trata-se de locais onde os sujeitos se entregam às suas tarefas quotidianas, sendo estes ambientes naturais ,por excelência, o objeto de estudo dos investigadores .À medida que um investigador vai passando mais tempo com os sujeitos, a relação torna-se menos formal. O objetivo do investigador é o de aumentar o nível de à vontade dos sujeitos, encorajando-os a falar sobre aquilo de que costumam falar, acabando por lhe fazer confidências.

A partir desse cenário, assinalo as observações participantes, sempre registrando, interpretando e analisando informações empíricas, descobertas de conexões entre a práxis e o teórico, articulando assim as falas em categorias.

A forma de registro utilizada foi o diário de campo em uma pesquisa qualitativa. A elaboração do Diário de campo, no qual se faz registros das experiências, sentimentos, situações e fatos que ocorreram paralelamente ao processo nos quais o cuidado maior se deu em relação aos aspectos éticos da interação com as mulheres e seus filhos na pesquisa e as exigências pessoais que demanda o ato de pesquisar. O registro do trabalho de campo permitiu ter acesso a experiência vivida nesse espaço com as mulheres, aprofundando o estudo do fenômeno em outras dimensões o que possibilitou novos questionamentos e novas perspectivas de intervenções.

4 CONSIDERAÇÕES

Nesses momentos, houve oportunidades de troca de experiências a partir de histórias compartilhadas que despertaram nas mulheres a percepção de que existem outras formas de ver o mundo.

Acarretar a visão psicoeducativa para dentro dos grupos de mulheres fez priorizar as ações de

promoção e desenvolvimento das competências familiares, como estratégia de prevenção e de redução da violência doméstica e exclusão social.

Entendemos, portanto, que essa pesquisa, por meio de ações psicoeducativas através de situações de novas aprendizagens, ofereceu às mulheres os seguintes benefícios:

- A noção de cuidado de sua forma mais ampla;
- A promoção de relações fraternas e solidárias;
- O estímulo ao acesso, e a orientação para educação de seus filhos;
- A orientação para que aprendam a se articular para o trabalho em rede.
- A não aceitação das questões de violência;

Diante do exposto, foi possível ainda justificar dizendo que os trabalhos desenvolvidos com grupos de mulheres em vulnerabilidade, possibilitaram as participantes identificar, e compartilhar suas emoções. Nesses momentos segundo relato das mulheres houve trocas de experiências, com histórias compartilhadas que despertou nas mesmas segundo seus relatos a percepção de que existem outras formas de ver o mundo. Tal processo foi realizado por profissionais e por alunos dos cursos de graduação pós-graduação, lacto e stricto sensu de uma universidade da região da grande Porto Alegre/RS/ Brasil.

A Intervenção Psicoeducativa às mulheres foi um instrumento que nos permitiu construir redes sociais solidárias de promoção da vida e mobilizou os recursos e as competências das mulheres, de suas famílias e da comunidade.

A Intervenção Psicoeducativa apoiou-se no pensamento Sistêmico de Vasconcellos (2003, p. 147), que diz que as crises e os problemas só podem ser entendidos e resolvidos se percebidos como partes integrantes de uma rede complexa, cheia de ramificações, que interligam e relacionam as pessoas num todo que envolve o biológico (corpo), o psicológico (a mente e as emoções) e a sociedade. Tudo está ligado, cada parte depende da outra. Trata-se de um todo, em que cada parte influencia e interfere na outra parte. Para enfrentar a vida com prazer e buscar a solução para os problemas pessoais, familiares, comunitários e sociais, faz-se necessário estar consciente da globalidade em que se está inserido, sem perder de vista a relação entre as várias partes do conjunto ao qual se pertence. Só assim, será possível compreender os mecanismos de autorregulação, proteção e crescimento dos sistemas sociais e será possível vivenciar a noção de corresponsabilidade. Os trabalhos desenvolvidos com os grupos de mulheres em situação de vulnerabilidade social possibilitaram às pesquisadoras acompanhar o desenvolvimento de intervenções com as pessoas participantes e modificar conhecimentos, habilidades e atitudes compartilhando suas emoções.

A resiliência é explicada como outra fonte importante do conhecimento que contribuiu para a construção de uma proposta de trabalho, nasceu da própria história pessoal e familiar de cada participante. As crises, os sofrimentos e as vitórias de cada uma, expostos ao grupo, foram utilizadas como matéria-prima em trabalho de criação gradual de consciência social, para que os indivíduos descobrissem as implicações sociais da gênese da miséria e do sofrimento humano, Walsh (2005, p. 19).

Sendo assim, a Intervenção psicoeducativa foi um instrumento que possibilitou construir redes sociais solidárias de promoção da vida, mobilizando recursos do próprio grupo, resgatando os valores de cidadania, identidade cultural e autoestima. Procurou suscitar a dimensão de bem estar do próprio grupo, valorizando o saber produzido pela experiência de vida de cada uma, rompendo com modelos que centram a atenção nas patologias.

Aprenderam a valorizar-se, estimulando as demais colegas a utilizar a criatividade na construção do seu presente e seu futuro, a partir de seus próprios recursos, acreditando no potencial da coletividade e competência das pessoas em se autogerir, onde sua responsabilidade está diretamente ligada nas suas possibilidades, proporcionando uma dinâmica de inclusão, de crescimento pessoal, de escolhas conscientes às respostas das necessidades internas e circunstâncias importantes na formação da personalidade, assim, como motivar sua participação mais efetiva na vida pública, no trabalho, na busca de uma formação que as realizem como profissionais, como pessoa única, com direitos e deveres preservados. E não, vista com

responsabilidades e compromissos apenas na esfera particular ou doméstica, aumentando o interesse em ampliar suas possibilidades de experiências, desenvolver novos sentidos para suas vidas, interagindo como protagonista no contato consigo mesma, com o outro e com os acontecimentos.

Esse trabalho deu poder às mulheres em trabalho grupal e individual na condição de um processo de aprendizado, onde as mesmas enfrentam suas vulnerabilidades, criando condições favoráveis para que aprendessem a lidar e agir no sentido da superação da situação de pobreza, em suas dimensões material, simbólica e psicológica.

REFERÊNCIAS

ALVES, J.A.L. **Os direitos humanos como tema global.** São Paulo: Perspectiva,1994.

AYRES José R. **AIDS, vulnerabilidade e prevenção**.In: II Seminário Saúde Reprodutiva em Tempos de AIDS-IMS/ UERJ, 1997.

BOSSA. Nadia -**Psicopedagogia no Brasil - Contribuições a partir da prática**. Porto Alegre - Editora Artmed 2000.

CANHA,J.**A criança vítima de violência**.In R.A.Gonçalves & c Machado (Eds)Violência e vítimas de crime (pp.17-37).Vol.II 3ª edição Coimbra: Quarteto Editora.

CARMO E,Michelly & GUIZARDI,l.Francini. **O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência socia**l. Cadernos de Saúde Pública, Ministério do desenvolvimento social, Brasilia, Brasil,2018;34(3).

CORSARO,W. **Pesquisa etnográfica realizada com crianças de Jardins de Infância nosEUA e em Itália**. Braga: Centro de Estudos da Criança, Universidade do Minho,2005. (texto digitado)**.**

CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência. In:** FRANCHETTO, B. CVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L. (Orgs.). **Perspectivas antropológicas da mulher.** Rio de Janeiro; paz e Terra, 1979. P.65-94

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.UNESCO acesso:unesdoc.unesco.org//0013/001394/139423por.pdf em 20-05-2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-**IBGE**-2015.ACESSO. https://www.ibge.gov.br/20-05-2018.

KRAMER, S. **Pesquisando infância e educação: um encontro com Walter Benjamin**. In: KRAMER, S.; LEITE, M. I. (org.). **Infância: fios e desafios da pesquisa**. Campinas, Papirus; 2001.

LADVOCAT, Cynthia **Familias com crianças e adolescentes em situação de risco**, in OSORIO,L; & VALLE ,e Maria, Manual de Terapia familiar: Vol II Porto Alegre: Artmed, 2011.

MATTOS, Carmen Lúcia Guimarães de. **A abordagem etnográfica na investigação científica**. UERJ, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Escala, 2013.

PIM, Primeira Infância melhor -http://www.pim.saude.rs.gov.br/v2/acesso : 20/-5/2018

PRADO, L. C. (org.) et al. **Famílias e Terapeutas - construindo caminhos**. Porto

Alegre: Artes Médicas, 2002

Unesco- Vulnerabilidades (http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127138por.pdf)

UNESCO **Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI**. - Editora Cortez 2006.p.24.

VASCONCELLOS, M. J. E. **Pensamento Sistêmico: O novo Paradigma da Ciência**. Campinas, São Paulo: Papirus; 2003.

WALSH,Froma.**Fortalecendo a resiliência familiar**.São Paulo: Roca ,2005.

SANTOS, Lene Lima; AGLIO, Débora Dalbosco Dell. **A constituição de moradas nas ruas como processo de**

resiliência em adolescentes. In: AGLIO, Débora Dalbosco Dell; KOLLER, Silvia Helena; YUNES, Maria Angela Mattar. Resiliência e Psicologia Positiva: Interfaces do Risco à Proteção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006. p. 203-231.

WINKIN, Yves. **A nova comunicação – da teoria ao trabalho de campo**.Campinas, São Paulo: Papirus, 1998.

YASBEK, M. C.. **Classes Subalternas e Assistência Social**. Brasília: Cortez, 2003.

YUNES, Maria Angela Mattar. **Psicologia Positiva e Resiliência**: foco no indivíduo e na família. In: AGLIO, Débora Dalbosco Dell; KOLLER, Sílvia Helena; YUNES, Maria Angela Mattar. Resiliência e Psicologia Positiva: Interfaces do Risco à Proteção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006. p. 45-68.

YUNES, Maria Angela Mattar; SZYMANSKI, Heloísa**. Resiliência: noção, conceitos afins e considerações críticas.** Tavares, J. (org). Resiliência e Educação. São Paulo: Cortez, 2001. p. 13-42.

GT29: MIGRAÇÕES, CRIMINALIZAÇÃO E URBANIZAÇÃO: ESTUDOS SÓCIO-JURÍDICOS SOBRE O CRIME E O DIREITO PENAL

UM OLHAR SOBRE A PROSTITUIÇÃO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO PENAL E DO ESTIGMA DA SOCIEDADE DO MEDO

Laís Gorski

Tamires de Oliveira Garcia

RESUMO: Este trabalho analisa a cultura do medo objetivando discorrer sobre as suas influências e consequentes mudanças no âmbito social e no contexto urbano. Intenta-se com o presente estudo explicitar que os males decorrentes do medo não se resumem em uma sociedade individualista e isolada, mas também em uma rotulação de determinada classe social, que sofre os perversos efeitos desse processo. Para tanto, desenvolveu-se um levantamento bibliográfico pertinente ao tema e, de modo a apresentar um cenário elucidativo de análise, foi desenvolvida uma leitura sobre as formas de tratamento legal dadas à prostituição, bem como de projetos de lei que tramita(ra)m no Congresso Nacional. As conclusões apontam para a existência de processos seletivos de constituição de cidadania e restritivos de direitos, que por vezes culminam na arquitetura de legislações excludentes e que representam uma sociedade cada vez mais fragmentada.

Palavras-chave: Cultura do Medo. Estigmatização. Prostituição. Legislação Penal.

Abstract: This article analyzes the culture of fear aiming to discuss its influences and consequent changes from the perspective of people who causa fear and not from the supposed victims. The present study shows that the evils arising from fear are not limited to an individualistic and isolated society, but rather to a labeling of a certain social class that suffers the perverse effects of feel fear and being feared. In order to do so, a bibliographical research pertinent to the subject was developed to search the conclusions about the increasingly stigmatizing, restrictive processes of mobility and of rights, which are based on the use of state power, which ends up determining a fragmented and excluding society.

Key-words: Culture of Fear. Modern Society. Stigmatization. Sociology of Law.

1 INTRODUÇÃO

É com bastante que frequência que ouvimos, lemos ou assistimos frases do tipo: "costumo sair de casa preparada, pensando que posso ser assaltada. " "Faço um caminho mais longo, para desviar dos locais perigos. " "Só peço que não façam nada com meus filhos. " E, a partir delas, pensamos, com até certo pesar, como a sociedade chegou a este estágio e como estas pessoas, tão "vítimas" desta sociedade dita perigosa, irão conseguir seguir suas vidas "normalmente". O que fazer, de que modo agir, para que os "cidadãos de bem" não precisem experimentar tais situações.

Parece-nos tão urgente, não só como pesquisadores da área, mas como cidadãos, refletirmos acerca destas "vítimas", de como elas têm se comportado e o consequente reflexo disto no seio social, na produção de normas e na atuação do estado. Contudo, fica a indagação do porquê de quando nos deparamos com as frases citadas colocamo-nos de imediato no lugar do cidadão que é considerado como "vítima" dessa sociedade e começamos a uma caça dos culpados, que já estão involuntariamente pré-estabelecidos em nossas mentes, para posteriormente puni-los da maneira mais severa possível.

Por que razão não se pensa, de pronto, naqueles a quem se atribui o papel de causador dos medos da sociedade contemporânea? Por que as pessoas não conseguem se colocar no papel daqueles que lhes são diferentes, ao invés de estigmatizá-los?

Sem dúvidas estas são questões bastante complexas e que prescindem profundo estudo interdisciplinar. Buscando não esgotar o tema ou encontrar todas as respostas para estas questões que incluem o que Bauman (1998) denominou de "o mal-estar da pós- modernidade", o trabalho aqui introduzido intenta uma reflexão

crítica das consequências jurídicas da cultura do medo não no cotidiano do "cidadão de bem", mas sim daqueles que são tratados como inimigos (ZAFFARONI, 2007) pela sociedade.

Se tem por objetivo apresentar que as características físicas e socioeconômicas determinam a relação que o inimigo estabelece com os espaços da cidade e a relação que os espaços e as pessoas estabelecem com eles. Objetiva-se demonstrar os impactos causados pela cultura do medo, deslocando o foco dos centos das grandes cidades para as periferias.

Justifica-se a análise do tema vez que esta é a ciência social mais apta a elucidar tal processo. Com o intuito de demonstrar a vertente social das questões jurídicas abordadas, faz-se necessário que o Direito tenha a Sociologia como apoio para que as análises e reflexões sejam mais críticas. Para tanto, desenvolveu-se um levantamento bibliográfico pertinente ao tema e, de modo a apresentar um cenário elucidativo de análise, foi desenvolvida uma leitura sobre as formas de tratamento legal dadas à prostituição, bem como de projetos de lei que tramita(ra)m no Congresso Nacional.

Também se abordará a realidade daqueles que vivem fora dos muros dos condomínios fechados dos centros urbanos e os reflexos que os estigmas lhes causam. Marcas estas que os impedem de conviver plenamente em sociedade e usufruir de todos os espaços urbanos das cidades que residem, tendo como consequências uma suspeição de direitos sociais e aumento da taxação de criminalização.

2 A CULTURA DO MEDO DA ELITE E A CONSEQUENTE CULPA DO "PESSOAL DE FORA"

O medo pode manifestar-se de formas distintas e por motivos variados. O fato é que ele, o medo, é capaz de influenciar o mundo social e dentre as inúmeras afirmações que poderiam ser feitas, argumenta-se que é capaz de mudar a forma como as pessoas vivem e se relacionam. Giddens (2000) observa que o sentimento de medo é fruto da constituição e da percepção do risco, percepção esta que é tratada pelo autor como um produto da sociedade ocidental moderna e que é através deste meio social que o risco consegue manter-se. Ainda, segundo Giddens:

> O risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza. O capitalismo moderno difere de todas as formas anteriores de sistema econômico em suas atitudes em relação ao futuro. Os tipos de empreendimentos de mercado anteriores eram irregulares ou parciais. As atividades dos mercadores e negociantes, por exemplo, nunca tiveram um efeito muito profundo na estrutura básica das civilizações tradicionais (GIDDENS, 2000. p34).

Bauman (2008, p.8) diz que medo "é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito. Vivemos em uma era onde o medo é sentimento conhecido de toda a criatura viva". Com efeito, a sociedade moderna, pelo impacto do crescente fluxo de informação e conhecimento que a globalização proporciona, tem experimentado uma espécie de risco fabricado (GIDDENS, 2003), quer dizer, tudo aquilo que não pode ser previsto e a melhor maneira de contê-lo é acautelando-se, precavendo-se para tentar evitar o risco.

Nessa perspectiva, um dos grandes sintomas da modernidade é a fabricação do risco de ser vítima da violência e da criminalidade urbana. O risco de ser vítima provoca insegurança e medo nas pessoas, para tanto se faz necessário ter onde sentir a insegurança e temer a alguém. Fruto, então, da constituição da sociedade moderna é a cultura do medo

Por cultura, entende-se o "conjunto de práticas, comportamentos, ações e instituições pelas quais os humanos se relacionam entre si e com a natureza e dela se distinguem" (CHAUÍ, 2000, p. 182). À vista disso, Débora Pastana (2003, p.19) define cultura do medo da seguinte forma:

> [...] como o retrato de uma forma de dominação política que se concretiza na medida em que o medo social ligado ao crime é colocado como problema social emergente. A insegurança cultivada no âmbito da sociedade afasta o olhar da multidão para seus reais problemas. Por outro lado, ainda que a segurança seja um problema, algumas propostas políticas apresentadas estão longe da solução, apenas alimentam ainda mais o pânico. Essa é a lógica de se produzir um mecanismo que desvie a

> atenção do cidadão indefinidamente, ou seja, sempre afirmar o problema e nunca resolvê-lo.

A cultura do medo se reflete não só no imaginário das pessoas, mas também na ocupação dos espaços públicos e incentiva o isolamento. E este sentimento social de medo não tem forte relação com o grau de criminalidade de determinada região, ou seja, a sensação de segurança dos indivíduos não está diretamente ligada à ausência de crime, mas sim da distância social. (CALDEIRA, 2000, p.19)

O sentimento de medo pressupõe apreensão de algo ou alguém. Essa cultura do medo, que é disseminada muito através da mídia, tem um olhar voltado para privilegiar a classe dominante, tanto no que tange aos mecanismos de proteção, quanto no que diz respeito à criminalização que seleciona os clientes do direito penal, priorizando – sempre – os pobres, os outros, os diferentes, os que estão longe do topo da pirâmide capitalista social.

Como consequência da disseminação deste imaginário do medo na sociedade moderna, é sabido que as elites da sociedade brasileira vêm alterando os espaços urbanos, isolando-se cada vez mais, na busca pela convivência só entre os pares, objetivando não somente a segurança, mas o maior distanciamento possível daqueles que supostamente lhes causam insegurança. Os grupos fecham-se em seus "mundos particulares" e estabelecem para si as reivindicações sem conexão alguma com o restante da cidade, forma-se um processo sócio espacial alavancado pelo mercado, onde se inclui uma potente indústria de segurança, alavancada pelo mercado imobiliário, que se aproveita deste fenômeno. Verifica-se tal realidade ilustrada nas propagandas veiculadas pelas imobiliárias quando descrevem a segurança dos empreendimentos ofertados:

> A segurança é um fator fundamental para morar com qualidade de vida em uma cidade como Porto Alegre. Muitas pessoas costumam associar o morar em uma casa com a falta de segurança e optam por morar em apartamentos. As **casas de alto padrão** podem ser tanto dentro de condomínios de casas quanto avulsas na rua. Em ambos casos o investimento em segurança é certo. Assim como em um condomínio de apartamentos, os condomínios de casas de alto padrão contam com uma empresa de segurança que aloca um porteiro na entrada, câmeras de segurança, cercas elétricas, assistência 24 horas, entre outros detalhes que tornam as casas tão seguras quanto um condomínio de apartamentos.
>
> As casas que ficam na rua recebem investimento em empresas de segurança também, porém os custos não são diluídos com outros moradores como nos condomínios. É muito comum nas casas de alto padrão serem instalados alarmes de segurança durante a noite ou quando os moradores estão viajando, algumas ainda possuem guaritas com profissionais de segurança 24 horas todos os dias.[1]

Deste modo, a cultura do medo possui forte influência na formação do imaginário das pessoas e tem como principal característica o sentimento coletivo de insegurança, provocado por percepções distorcidas da realidade (GLASSNER, 2003, p.100). A antropóloga Cornélia Eckert, em um livro organizado por Minayo e Coimbra Jr (2002), publicou um estudo no qual reconstrói a narrativa de moradores da cidade de Porto Alegre que, de alguma forma, experimentaram as transformações urbanas geradas por essa cultura do medo. Destaca-se, dentre as entrevistas, o seguinte relato (ECKERT. 2002, p. 81):

> A quantidade maior era bem-arrumado. **O pessoal de fora** vinha menos ao Centro. Mas a gente já começava a notar a diferença, porque uns eram dum jeito e outros eram de outro. O pessoal dessas vilas populares aparecia por aí, se sentia a diferença. Hoje o pessoal de fora vem mais ao Centro, essas vilas populares aí, vêm mais. É o perigo hoje. De assalto, de roubo. O pessoal... O desemprego tá começando a crescer, a porcentagem de desempregados. E o pessoal desempregado, com filho, com isso, com aquilo... termina fazendo qualquer negócio. Hoje aqui na frente, a tardinha principalmente seguidamente a gente escuta pega ladrão, pega ladrão... seguidamente essa Rua da Praia aqui toda. Aqui no centro assaltam muito, roubam muito. É mais gurizada assim, 18, 19, 20 e poucos anos que roubam e um passa para o outro e tal. Depois ninguém sabe quem foi ou não foi. A polícia às vezes anda, ontem mesmo eu vi a Brigada, pegou meia dúzia ali, encostou na parede e tava revistando...

1 Propagando imobiliária veiculada no site da Guarida Imóveis. Disponível em: https://www.guarida.com.br/blog/vendas/como-sao-as-casas-de-alto-padrao-em-porto-alegre. Acesso em: 20 dez. 2017.

O trecho acima demonstra o temor e a rotulação em relação ao outro, àquele que não pertence ao meio social da elite: "o pessoal de fora". Não conseguindo impedi-los de frequentar locais públicos, como o centro da cidade citado no relato, a população amedrontada coloca-se em condomínios fechados, crendo na ilusão de uma maior segurança, vez que se mantém longe dos que lhe causam perigo.

Sobre esta insegurança moderna, Bauman (2009, p. 10) diz que este sentimento, em suas várias manifestações, é caracterizado pelo medo dos crimes e dos criminosos. O autor entende que a sociedade suspeita dos outros e das suas intenções, recusando-se a confiar (ou não conseguindo fazê-lo) na constância e na regularidade da solidariedade humana. E a dissolução da solidariedade termina por materializar o fim do universo no qual a modernidade sólida administrava o medo.

A produção de um discurso do medo é também um discurso sobre os que estão para além dos condomínios fechados de alto padrão, que constitui uma abordagem capaz de produzir efeitos na sociedade como um todo, tendo em vista que dialoga com suas emoções. Os efeitos do discurso do medo e da insegurança se traduzem na construção de um discurso unificado, segundo o qual as experiências negativas vividas ou percebidas se transformam no desejo de uso da violência com o intuito de alcançar a sensação de segurança plena. Tal discurso baseia-se na rejeição, discriminação e medo revertido. Anthony Giddens (2000) definiu esses processos de reversão através do conceito da "dialética do controle" (aqui de pessoas e seus territórios) que revertem a cultura da humilhação em cultura do medo.

Muito já se debruçou sobre os efeitos que a cultura do medo causa na vida das "vítimas" dessa sociedade moderna e perigosa. Percebeu-se que as pessoas saem menos de casa, deixam de frequentar cinemas, bares e os alunos deixam de frequentar cursos noturnos. Tal medo faz com que as pessoas se equipem com tudo de mais tecnológico em termos de informação, lazer, comunicação, para evitarem ao máximo saírem de casa. Pastana (2005, p. 184). Contudo, o que resta aos que não tem acesso a este tipo de "solução protetores", ou ainda, para os que são considerados causadores de todo este medo?

Diante de tais circunstâncias, as cidades tornaram-se locais de exclusão e estratificação social em uma economia de nível global na qual qualquer lugar é próprio para o medo e a insegurança. Bauman (2008, p. 14) reflete que:

> Hoje a exclusão não é percebida como resultado de uma momentânea e remediável má sorte, mas como algo que tem toda a aparência de definitivo. Além disso, nesse momento, a exclusão tende a ser uma via de mão única. É pouco provável que se reconstruam as pontes queimadas no passado. E são justamente a irrevogabilidade desse "despejo" e as escassas possibilidades de recorrer contra essa sentença que transformam os excluídos de hoje em "classes perigosas. "

É justamente sobre estas tais "classes perigosas" que se faz necessária uma atenção dedicada, tendo em vista que os condomínios fechados tornam invisível a pobreza e o processo de marginalização. Os meios de comunicação transmitem exaustivamente os efeitos da cultura do medo nas classes dominantes, mas quais são as mudanças experimentadas na realidade social daqueles que são temidos? Como a cultura do medo transformou o cenário urbano dos estigmatizados como perigosos? Ainda, como o direito trata desta tensão entre supostos causadores de medo e os ditos sofredores do medo?

Estas são algumas questões que se busca discorrer, mesmo que sem exaustão, no tópico próximo. Não restam dúvidas de que a sensação de insegurança e de medo produz distintos comportamentos dependendo da classe social observada (PASTANA, 2003, p. 191).

3 A REALIDADE NO CONTEXTO URBANO, JURÍDICO E SOCIAL FORA DOS MUROS DOS CONDOMÍNIOS

A globalização, que à primeira vista, parece ser a solução para as grandes questões da modernidade, contudo, traz consigo diversos efeitos perversos, da mesma forma que o neoliberalismo. Bauman (2010, p. 198) afirma que "não há dúvidas que os tempos modernos produziram realizações espetaculares. O problema é que agora estamos diante não apenas dos benefícios, mas também dos custos do progresso tecnológico".

É propriamente com o neoliberalismo e a globalização que o grau de marginalização sofreu severos aumentos. É a partir de então que o estado corta determinados gastos sociais e passa a direcionar de forma seletiva os gastos do dinheiro público. O mercado torna-se, então, cada vez mais regulador da sociedade e dos territórios. Deste modo, diminui-se o papel do estado no atendimento das demandas sociais e por outro lado, aumentam-se os problemas nos locais carentes de privilégios, os quais tinham maior dependência do estado.

A modernização no Brasil ocorreu de forma seletiva, aprofundando as disparidades, pois privilegiou as áreas já dotadas de infraestrutura, acumulando muito mais capital no centro do que nas periferias. Em decorrência disto, vive-se hoje uma segregação social com o dogma da periferia como lócus da pobreza.

E é esta polarização social que leva a reflexão de o que representa uma parcela da sociedade, na plenitude de suas vidas, demonstrar incômodo e intimidação diante da possibilidade de frequentar determinados espaços públicos das cidades onde residem? Se os locais públicos dos centros urbanos não estão cercados de grades ou portões que impeçam livre circulação, o que poderia os impedir? A cor e o local de moradia desta parcela da sociedade são determinantes no contato deles com os espaços da cidade.

Logo, percebe-se que a segregação social, causada pela cultura do medo, leva à segregação espacial (FERNANDES, 2009). Trata-se de um processo de estigmatização e de restrição dos acessos aos espaços urbanos, que determina a partir das características físicas, estéticas, comportamentais e econômicas uma ideia tipificada e idealizada do criminoso. Percebe-se então, as cidades marcadas pelo medo a determinados tipos socialmente idealizados, que terminam por determinar novas formas de relacionamento com os espaços urbanos, produzindo espaços exclusivos, disseminando um desejo de eliminação dos estigmatizado e indesejado. Bauman (2008, p. 23) discorre sobre estes espaços exclusivos e seus reflexos:

> Os moradores de condomínio mantêm-se fora da desconcertante, perturbadora e vagamente ameaçadora – por ser turbulenta e confusa – vida urbana, para se colocarem "dentro" de um oásis de tranquilidade e segurança. Contudo, justamente por isso, mantêm todos os demais fora dos lugares decentes e seguros, e estão absolutamente decididos a conservar e defender com unhas e dentes esse padrão; tratam de manter os outros nas mesmas ruas desoladas que pretendem deixar do lado de fora, sem ligar para o preço que isso tem. A cerca separa o "gueto voluntário" dos arrogantes dos muitos condenados a nada ter.

De tal forma, os que restam incluídos nos "guetos voluntários" e excluídos de qualquer outro lugar, tem a área em que estão confinados como um espaço que não lhes é permitido sair. (BAUMAN, 2008, p. 24) Em um contexto nacional, pode-se dizer que os "guetos voluntários" são as favelas presentes nos centros urbanos.

Historicamente, as favelas não são reconhecidas como parte integrante das cidades, o que se estende aos seus moradores, identificados como não-cidadãos. A partir daí os processos estigmatizantes tornam as favelas como núcleos produtores de pessoas causadoras dos males da sociedade, nascedouro de marginais, ou seja, quem ali pertence já nasce causando medo social.

Os espaços urbanos, nas últimas décadas, incorporaram as características das classes dominantes do capital e a cidades se organizam em função disso. Estes padrões estéticos e também comportamentais, além de causar estranhamento às classes estigmatizadas, dificulta a inserção dos que estão fora do contexto. E é este distanciamento dos que são de "dentro" e os que são de "fora" que causa o medo e conduz a idealização do criminoso, do sujeito que ameaça à paz social.

Os moradores das periferias dos centros urbanos globalizados podem até ter algum conhecimento acerca dos seus direitos ou até mesmo ter acesso à informação para que estes direitos sejam efetivados. Contudo, em grande parte dos casos, não dispõem dos meios necessários para que os espaços de realização do direito seja alcançado. A elite, ao transformar as cidades, isola-se socialmente dos seus dispares, impendi-os de terem acesso aos direitos que pertencem a todos, mas que a elite se apodera de forma exclusiva sem preocupação com os que estão longe dos seus olhos.

Como visto, tais modificações impostas pela parcela elitizada da população implicam modificações na forma de viver a cidade daqueles que restaram isolados nas periferias. Bauman, (2008, p. 15) denuncia que:

> Hoje, apenas uma linha sutil separa os desempregados, especialmente os crônicos, do precipício, do buraco negro da *underclass* (subclasse): gente que não se soma a qualquer categoria social legítima, indivíduos que ficaram fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis, ou melhor, indispensáveis, em geral realizadas pelos membros "normais" da sociedade; gente que não contribui para a vida social. A sociedade abriria mão deles de bom grado e teria tudo a ganhar se o fizesse. Não menos sutil é a linha que separa os "supérfluos" dos criminosos; *underclass* e "criminosos" são duas subcategorias de "elementos anti-sociais" que diferem uma da outra mais pela classificação oficial e pelo tratamento que recebem que por suas atitudes e comportamentos. Assim como aqueles que são excluídos do trabalho, os criminosos (ou seja, os que estão destinados à prisão, já estão presos, vigiados pela polícia ou simplesmente fichados) deixaram de ser vistos como excluídos provisoriamente da normalidade da vida social. Não são mais encarados como pessoas que seriam "reeducadas", "reabilitadas" e "restituídas à comunidade" primeira ocasião, mas vêem-se definitivamente afastadas para as margens, inaptas para serem "socialmente recicladas": indivíduos que precisam ser impedidos de criar problemas e mantidos a distância da comunidade respeitosa das leis.

É esta *underclass* que configura o que Capeller (2015) denominou de "corpos matáveis. " Porém, se existe um grupo realmente vulnerável em relação à violência, é o grupo detentor dos espaços segregados da cidade. São estas áreas que menos recebem investimentos em segurança e proteção à vida, seja em razão por parte de seus moradores e suas escassas condições de fazê-lo, seja por parte do setor privado, que não identifica nessas áreas locais de investimento, seja principalmente, pelo Poder Público, detentor da obrigação de promover segurança pública. Este, com efeito, sempre, negligenciou a situação das periferias urbanas, operando a segurança em favor das classes mais abastadas da cidade. Para as favelas só conferem ações repressivas, de controle e contenção sócio-espacial da violência.

De outra banda, Simmel (1955) não consegue pensar as dimensões de uma cidade organizada sem compreender a noção do conflito. Assim, o conflito é uma força positiva que traz em si a função de contribuir para a constituição da sociedade. (CARUSO, 2015, p. 75). Simmel então considera o conflito como um modo de sociação capaz de unir harmonia e discórdia. Logo, o conflito é tido como uma forma de interação e, consequentemente, de associação.

Segundo o autor, toda a socição contém elementos de conflito, tendo em vista que toda a sociedade para se constituir precisa lidar com certas doses de harmonia e de discórdia, associação e concorrência. Pensa-se então, que o conflito interessa, pois é capaz de resolver os dualismos divergentes e, portanto, solucionar a tensão constitutiva entre os contrastes de uma cidade. Seguindo outra direção, Simmel compreendia que a violência corresponde às consequências da ausência de sociabilidade e reciprocidade de conflitos sociais, e que, era falso o antagonismo existente entre conflito e consenso, tendo em vista não ser contrário ao processo de vida social.

Todavia, a sociedade brasileira entende o conflito como um mal que deve ser eliminado (CARUSO, 2015, p. 76) e, dentro do contexto cultural nacional o conflito está associado diretamente à violência, que, em muitos casos é legitimada e exercida pelo próprio Estado. Por consequência, tem-se a criminalização dos setores mais vulneráveis e historicamente estigmatizados da sociedade, aprofundando a criminalização em um contexto de globalização e transformações econômicas e políticas do Estado brasileiro.

Em virtude disto, nota-se uma sociedade violenta e violentada, marcada pela mínima presença do estado, pelas elevadas taxas de desemprego e pela formação de uma população de excluídos, na qual assiste-se ascender um Estado de punição ao invés de um Estado de direitos sociais. (WACQUANT, 2003)

Um dos fatores relevante para o fenômeno que se experimenta no Brasil é o fato de nas décadas de 80 e 90 passa-se por um processo de urbanização galopantes, o que termina por se tornar um problema central e de difícil solução. (AZUELA, 1991) De acordo com Capeller (2015 p. 16) "quem diz urbanização galopante, diz marginalidade social, diz criminalidade estrutural e diz intervenção penal. "

A intervenção penal tem menor incidência de abordagens violentas nas áreas nobres da cidade. Quer dizer, as modificações dos centros urbanos ultrapassam a prática do estabelecimento de fronteiras físicas e simbólicas entre ricos e pobres, verifica-se que os que" o pessoal de fora" encontra-se em situação de desvantagem não apenas por não tere condições de se proteger como fazem os ricos, mas de sofrer

triplamente os efeitos da violência urbana: estão sujeitos à violência praticada pelos grupos criminosos territorizalizados em suas áreas de moradia; estão sujeitos à violência policial, visto que é muito comum a polícia agir de forma preconceituosa e violenta contra os moradores de espaços populares; e ainda estão sujeitos à postura das classes média e alta que se traduz, ora em discriminação explícita ora em políticas de caridade. (FERNANDES, 2008, p 158)

São estes efeitos da violência urbana somados com o modelo democrático de baixa intensidade que se experimenta no país que tornam viáveis a presença das desigualdades sociais, da marginalidade social, da criminalizada estrutural, sempre ligadas à pobreza, à violência policial e ao encarceramento em massa. O grande paradoxo das democracias latino-americanas é: quanto mais democracia, mais violência social e institucional. (PERALVA, 2000). Vive-se uma democracia essencialmente antidemocrática?

Os avanços no campo da democracia encontram muitas barreiras, pois a sociedade munida de medo impõe um estado de exceção para as regiões periféricas, o que é sedimentado pelas autoridades públicas e pela mídia. Agamben (2002, p. 122) explica que o estado moderno atual tem a capacidade de fácil permuta entre os regimes totalitários e as democracias liberais, sem que a maioria dos conceitos e instituições sofra mudanças drásticas. "O pessoal de fora", que o autor denomina de Homo Sacer possui uma relação com o Estado de abandono, quer dizer, um tipo de inclusão exclusiva, da mesma forma que na exceção, em que as figuras são incluídas para serem excluídas. Por sua vez, o Estado de Exceção é o poder soberano de suspender as regras jurídicas sem revoga-las, criando uma conceituação híbrida que oscila entre o jurídico e o político. (AGAMBEN, 2002, p. 28)

São por razões como essas que, hoje em dia discute-se questões como a redução da maioridade penal e o aumento do tempo das penas de prisão. Nos estados em que se suprimem as liberdades individuais em prol de uma condição na qual a exceção é a norma e os direitos fundamentais são tidos como obstáculos ao aprimoramento do convívio social. Eis a questão: convívio de que parcela da sociedade?

Deste modo, faz-se necessária o deslocamento do foco das presenças para as ausências (SANTOS, 2002), para que se amplie a perspectiva da interdisciplinaridade em discussões como a aqui proposta. Lefebvre trabalha os paradigmas da sociologia urbana aliado ao direito, e inova trazendo a conceituação da noção de direito à cidade (LEFEBVRE, 2000).

De acordo com o autor, a falta de consciência acerca das políticas do espaço revela a alienação da vida cotidiana (LEFEBVRE, 2000, p. 21). Assim, a cultura do medo é privilégio de uma parcela bastante reduzida da sociedade. Contudo, tal apanágio causa transformações que, à primeira vista, parecem solucionar as problemáticas modernas, mas termina por refletir negativamente no cotidiano dos cidadãos que aqui chamamos de "pessoal de fora", que terminam por não conseguir a concretização do seu direito à cidade, ao convívio social, além de carregarem perpetuamente o estigma de produtores de medo.

4 PROSTITUIÇÃO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRODUÇÃO DO ESTIGMA

No país, a prostituição só fora criminalizada à época das Ordenações Filipinas, tendo sido retirada do diploma penal com a sucessão do Código Penal do Império, em 1830. Com as alterações legais, sequer constaram como criminosos tipos penais[2] que vieram a ser incluídos no Código Penal de 1940 (FRANCO; STOCO, 2007) - surpreendentemente, o ainda vigente.

Com a proclamação da República, é curioso o fato de que o mesmo texto (1940) que modificou figuras típicas que representaram a liberdade de cultos, a separação entre igreja e estado, momento também da promulgação da primeira Constituição republicana, tenha incorporado delitos como os que hoje constam da lei penal. Pode-se pensar na influência da filosofia idealista, no século XIX, para a criminalização de atividades consideradas atentatórias aos bons costumes, à honestidade ou de outra ordem que diferisse do padrão vigente (FRANCO; STOCO, 2007).

2 Por tipo penal se compreende toda conduta típica, ilícita e culpável, na forma da teoria analítica do crime, que fora trazida ao corpo do Código Penal (BITENCOURT, 2012), também adotando-se por sinônimo, nesta redação, o termo figura típica.

Cumpre observar que mesmo que o Código Penal de 1830 não tenha abordado a prostituição e suas formas, diferenciou as mulheres "boas" das "más", o que fica claro tendo em vista que a pena de estupro fora determinada distinta quando a mulher era considerada "honesta" ou "pública". Além disso, os crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude só eram considerados consumados quando se tratasse de "mulher honesta", redação que se manteve até 2004.

Somente em 2005 o referido termo foi retirado do Código Penal, através da promulgação da Lei 11.106 (BARRETO, 2000). Nesse trabalho, destacar essas redações legislativas e as formas como foram desenvolvidas no cenário brasileiro é central, tendo em vista que é possível perceber a criação de categorias que polarizam as mulheres entre "boas" e "más" e, com isso, as diferenciam enquanto sujeitos de direitos, já que algumas figuras criminais só se enquadravam no sistema penal quando a conduta fosse contra "mulheres honestas".

No debate que antecedeu a promulgação da Lei 11.106/05, foram levantados argumentos que apontavam "anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres"[3]. Havia a intenção de promover a "igualdade necessária entre os sexos, quer quanto à proteção legal da liberdade quer quanto à punição pelos delitos que se cometa"[4] (FRANCO; STOCO, 2007, p. 1113). Ou seja, a alteração legal vigente até o presente momento modificou o título do capítulo V do Código Penal, que era "Do Lenocínio e Tráfico de Mulheres" para "Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas", tendo como reflexo a inclusão do homem como vítima dos delitos ali previstos (FRANCO; STOCO, 2007).

Cronologicamente, ainda, houve a promulgação da Lei nº 12.015, em 2009, que alterou inúmeros artigos da parte especial do Código Penal no que diz respeito à tutela da dignidade sexual, conforme a exposição de motivos da lei. Importa frisar que o texto acrescentou a expressão "exploração sexual" ao artigo 228 especificamente, com a intenção de "melhor explicitação da incidência do tipo" (BRASIL, 2009).

Neste cenário, tem-se que somente no Código Penal de 1890 o lenocínio passou a ser considerado crime, punindo-se com prisão e multa. Atualmente, o Código Penal Brasileiro criminaliza a exploração da prostituição no Capítulo V, do artigo 227 ao 231-A. No capítulo seguinte enquadra como crime, ainda, condutas de ultraje público ao pudor.

Cabe ressaltar que em 2012 houve a proposta de nova redação ao Código Penal com o Projeto de Lei nº 236, que ponderou novas diretrizes a esses crimes. Piscitelli destaca que a *exploração sexual* receberia definição no Título IV "Crimes contra a dignidade sexual", Capítulo I – "Crimes contra a liberdade sexual", com o conceito no artigo 183: "obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone" (PISCITELLI, 2013). A autora observa que, com essa redação, a legislação diferenciaria exploração sexual de prostituição. Apresento, para ilustrar, a explicação do referido artigo:

> É de extrema relevância punir a exploração sexual, que significa prostituição forçada, verdadeiro trabalho escravo de prestação de serviços sexuais. Na verdade, a prostituição não é nem nunca foi crime no Brasil, e a punição da "casa de prostituição" e do "proxenetismo" mostra-se um contrassenso quando os encontros sexuais são estabelecidos entre pessoas maiores de idade que dispõe livremente de suas vontades. Daí a proposta de descriminalização das atuais condutas dos artigos 229 e 230 do Código Penal. Relevante é punir, tão somente, a exploração sexual, pouco importando o local onde esta ocorre ou a existência de intermediários não exploradores. Assim, criado o novo tipo "exploração sexual", que é agravado se praticado contra vulnerável, as demais figuras que se referem atualmente à prostituição são revogadas, rasgando-se o véu da hipocrisia e libertando-se a mulher de vergonhoso estigma. (SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 236. 2012, p. 323).

Piscitelli afirma que um novo tratamento no Código Penal abria a possibilidade para pensar a prostituição como um trabalho, uma vez que haveria uma diferenciação entre prostituição e exploração sexual. A autora explica que a *exploração sexual* é amplamente evocada nos debates acerca da prostituição, visto que a prostituição é comumente abordada como uma exploração sexual. Nessa visão, a atividade do sexo jamais poderia ser vista como um trabalho, visto que a sexualidade não pode ser analisada separadamente da pessoa que dela dispõe, de modo que o consentimento com a prostituição seria irrelevante, já que tudo

3 Conforme Projeto de Lei 117/2003, Dep. Iara Bernardi. DCD 01/04/2003, p. 10978.

4 Conforme Emenda em Plenário pela Dep. Laura Carneiro ao PL 117/2003, na Câmara dos Deputados, em 27/11/2003.

que se vincula aos sentimentos de sexualidade seria destruído no ato de se prostituir (PISCITELLI, 2013).

Nos artigos 227 e 228, 231 e 231-A destaca-se que o bem jurídico tutelado pela norma seria a moralidade pública sexual, na intenção de evitar a expansão da prostituição. No artigo 229 e 230, por sua vez, o que se quer proteger é a dignidade sexual. (BITENCOURT, 2011)

Instituída pela portaria ministerial nº 397, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), foi em 2002 que a prostituição foi incluída na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), que é o documento que reconhece e codifica as ocupações que existem no mercado nacional. As alterações foram encaradas como um importante trabalho de modernização da CBO, na perspectiva de acompanhar as mudanças do mercado de trabalho e servir de ferramenta de informações ocupacionais atualizadas para a elaboração de políticas públicas (NOZOE; BIANCHI; RONDET, 2003).

Importa frisar que essa inclusão só ocorreu devido à forte influência dos debates da prostituição enquanto um trabalho, protagonizado e oportunizado por diversas organizações de prostitutas. No documento, são colocados alguns sinônimos para "profissionais do sexo", entre eles destacam-se: garota de programa, meretriz, mulher da vida, prostituta e puta. Esses sinônimos não caracterizam necessariamente diferentes formas de se referir à ocupação, mas são também adjetivos que carregam estigma e uma carga pessoalizada de julgamento da atividade (BARRETO, 2008).

4.1 NORMAS NÃO VIGENTES: PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA

A partir de 2003, importantes projetos de lei foram debatidos no poder legislativo brasileiro. Neste tópico, foi feita a análise de cinco projetos que trataram de modificações legislativas para o tratamento dado à prostituição no país.

4.1.1 PL 98/2003, PL 4.244/2004 E PL 4.211/2012: PARA REGULAMENTAR A PROSTITUIÇÃO

O deputado federal Fernando Gabeira (PT/RJ) foi autor do Projeto de Lei nº 98/2003, que propunha a revogação dos artigos 228, 229 e 231 do Código Penal. Além disso, o petista elencou no artigo primeiro importantes considerações acerca do pagamento do serviço de natureza sexual:

> Art. 1º É exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual.
>
> § 1º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual será devido igualmente pelo tempo em que a pessoa permanecer disponível para tais serviços, quer tenha sido solicitada a prestá-los ou não.
>
> § 2º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual somente poderá ser exigido pela pessoa que os tiver prestado ou que tiver permanecido disponível para os prestar.

Na justificativa, o autor do projeto trata da hipocrisia social com a qual é tratada a questão, apontando que a prostituição continua sendo reprimida e estigmatizada. Assim, conclui que "[...]o fato é que a atividade subsiste porque a própria sociedade que a condena a mantém. Não haveria prostituição se não houvesse quem pagasse por ela.".

Indica a marginalização das prostitutas como um dos principais motivos para que se admita que as pessoas que prestam serviços de natureza sexual fazem jus ao pagamento pela atuação. De outro modo, o deputado não deixou de mencionar que a medida possibilitaria que se tomassem providências (inclusive de ordem sanitária e política urbana) para prevenir os efeitos indesejáveis da prostituição – sem esclarecer precisamente quais providências seriam cabíveis, tampouco quais são os efeitos indesejáveis da atividade.

Além disso, toma por base a legislação germânica para propor a supressão dos tipos penais de favorecimento da prostituição (art. 228), casa de prostituição (art. 229) e do tráfico de mulheres (art. 231) – "este último porque somente penaliza o tráfico se a finalidade é o de incorporar mulheres que venham a se

dedicar à atividade". O petista argumenta que se a atividade sexual passa a ser lícita, não há razão para punir quem a favorece.[5]

O Projeto de Lei nº 4.244/2004, proposto pelo deputado federal Eduardo Valverde (PT/RO), teve por fim instituir a profissão do trabalho sexual, também elencando outras providências. O autor começa por definir como "trabalhadores da sexualidade toda pessoa adulta que com habitualidade e de forma livre, submete o próprio corpo para o sexo com terceiros, mediante remuneração previamente ajustada, podendo ou não laborar em favor de outrem".

Da mesma forma, no artigo segundo, cria categorias de profissões ligadas ao trabalho sexual. A seguir, o petista propõe que o serviço sexual prestado em proveito de terceiro(s) deve ter as condições de trabalho estabelecidas em contrato trabalhista, contendo o artigo quinto a exigência de registro profissional junto à Delegacia Regional do Trabalho para o exercício da profissão.

O dispositivo mais importante do projeto diz respeito ao elenco de direitos que deveriam ser garantidos às e aos profissionais do sexo:

> Art.4º- São direitos dos trabalhadores da sexualidade, dentre outros:
>
> a – Poder expor o corpo, em local público aberto definido pela autoridade pública competente;
>
> b – Ter acesso gratuito aos programas e ações de saúde pública preventiva de combate às doenças sexualmente transmissíveis;
>
> c – Ter acesso gratuito aos esclarecimentos das autoridades de saúde pública sobre medidas preventivas de evitar as doenças socialmente previsíveis;

O mais recente projeto foi proposto pelo deputado federal Jean Wyllys (PSOL/RJ), intitulado "Lei Gabriela Leite", o Projeto de Lei nº 4211/2012. Segundo a exposição de motivos, é um projeto que dialoga com a lei alemã que regulamenta as relações jurídicas das prostitutas (*GesetzzurRegelung derRechtsverhältnisse der Prostituierten - Prostitutionsgesetz–ProstG*).

Ainda na exposição de motivos, o autor explica que o projeto não visa a estimular a atividade, mas criar formas de redução de danos para quem a exerce. Coloca que "[...] a proposta caminha no sentido da efetivação da dignidade humana para acabar com uma hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, a exemplo das questões previdenciárias e do acesso à Justiça para garantir o recebimento do pagamento.".

A proposta começa por definir como "profissional do sexo toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração". Diferentemente do projeto de Eduardo Valverde, que continha o termo "pessoa adulta" para instituir a capacidade civil para o exercício da profissão, Jean Wyllys utiliza termos mais exatos e que são amparados pela legislação civil brasileira[6].

Além disso, o deputado propõe espécies de exploração sexual, ao mesmo tempo que as proíbe:

> Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.
>
> Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:
>
> I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;
>
> II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;
>
> III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência

De igual modo, apresenta propostas de alteração dos dispositivos da lei penal:

5 O projeto encontra-se disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=114091&filename=PL+98/2003>. Acesso em: 26 out. 2016.

6 O Código Civil trata da personalidade e da capacidade civil na Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo I.

> Art. 4º - O Capítulo V da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual.
>
> Art. 228. Induzir ou atrair alguém à exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém abandone a exploração sexual ou a prostituição:
>
> ....."
>
> "Casa de exploração sexual
>
> Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
>
> ....."
>
> Rufianismo
>
> "Art. 230. Tirar proveito de exploração sexual, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:
>
> ....."
>
> "Art. 231. Promover a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a ser submetido à exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.
>
> ....."
>
> "Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para ser submetido à exploração sexual:
>
> ....."

As modificações propostas[7] para o Código Penal vão ao encontro do que o projeto anteriormente conceituou como exploração sexual, afastando a confusão existente entre prostituição o que pode ser considerado exploração sexual.

4.1.2 PL 2.169/2003 E PL 377/2011: CRIMINALIZAR CONDUTAS

O Projeto de Lei nº 2.169/2003 foi proposto pelo deputado federal Elimar Máximo Damasceno (PRONA/SP) e o Projeto de Lei nº 377/2011 pelo deputado federal João Campos (PSDB/GO). Ambos os projetos tiveram por objetivo a criminalização da conduta do cliente dos serviços prestados pela profissional do sexo.

O PL elaborado pelo deputado Elimar Damasceno propunha acrescentar ao Código Penal um novo tipo penal, que punisse quem pagasse ou oferecesse pagamento a alguém pela prestação de serviço sexual, como é possível observar nos seguintes termos:

> Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal –, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:
>
> "Contratação de serviço sexual"
>
> "Art. 231-A. Pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual:"
>
> "Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses."

7 O Projeto de Lei nº 4211/2012 encontra-se disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=PL+4211/2012>. Acesso em: 26 out. 2016.

> "Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem aceita a oferta de prestação de serviço de natureza sexual, sabendo que o serviço está sujeito a remuneração."

A justificativa do projeto foi amparada na proteção das pessoas, combate à opressão sexual e defesa da sociedade, também apontando que a venda do corpo é algo não tolerado pela sociedade. A integridade sexual foi considerada um bem indisponível da pessoa humana, não podendo constituir serviço que vise à remuneração[8].

O deputado João Campos, ao seu tempo, propôs um projeto nos exatos mesmos termos daquele que outrora elaborou Elimar Damasceno. Até mesmo a justificativa continha os mesmos argumentos, com as mesmas palavras[9].

Mesmo um ano depois da inclusão da ocupação "profissionais do sexo" à CBO, houve debate legislativo que culminou na propositura de um projeto de lei que visava criminalizar o pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual. Por certo que aqui é feita uma análise isolada somente dessa ocupação, mas o andamento da produção legislativa aponta no sentido contrário ao que se esperava da alteração da CBO, que tinha por fim acompanhar as mudanças do mercado de trabalho, contendo informações ocupacionais atualizadas para a elaboração de políticas públicas. Em 2011, o tucano João Campos remontou a proposta em novo projeto, em que pese o quadro apresentado, de uma propositura criminalizante na contramão de alterações legislativas paralelas.

5 QUESTÕES PARA REFLEXÃO

Conclui-se, sem encontrar uma resposta segura para o tema abordado, que, antes de tudo, é preciso repensar, reinventar e emancipar a sociedade em que se vive. Nesta seara, pode-se lançar mão do uso de uma sociologia proposta a reinventar a democracia (SANTOS, 1998).

Compreende-se que a cultura do medo afeta demasiado a vida daqueles que são tidos como causadores do temor que a sociedade moderna considera experimentar diariamente. Com efeito, neste artigo buscou-se deslocar o eixo das questões relativas ao tema do centro para a produção do estigma na esfera marginalizada, problematizando as cidades metropolitanas dentro da proposta teórica de Simmel (1967), que consistia no exercício da individualidade onde os atores sociais dos grandes centros urbanos desejam distinguir-se uns dos outros.

Eis que, em uma sociedade marcada pela meritocracia, aqueles que não conseguem atingir o nível de refugiar-se dentro dos muros de condomínios com máxima segurança são percebidos como inimigos da paz social. As classes dominantes brasileiras refutam a ideia de que a cidade é um espaço para conjugar múltiplas formas de existir, de ser e de estar nela, permitindo aos cidadãos a oportunidade de conviver com diversas e divergentes visões de mundo. (CARUSO, 2015)

Não se consegue fazer das cidades um local para o exercício da diferença, pelo contrário, o diferente propicia o medo. Medo este que, além de segregar e estigmatizar, abre muito espaço para uma maior intervenção policial, a qual se apresenta disfarçada como detentora da segurança. É de suma importância que se tenha cautela, a modernidade líquida aceitam limitações de suas liberdades por uma promessa de segurança. Experimenta-se hoje, no Brasil, mesmo que de forma não identificado ou percebida por muitos, uma suspensão das garantias legais.

Percebe-se que a segregação e estigmatização sócio-espaciais dos indivíduos marginalizados produzem efeitos que se expressam não apenas em termos materiais, como local de moradia, acesso à infraestrutura, oportunidade de emprego, como também, e especialmente, em termos simbólico-práticos, atingindo diretamente o modo de vida dessas pessoas, impedindo a ampliação de seu espaço-tempo social e, com isso, impossibilitando-lhe a aquisição de condições necessárias à sua emancipação enquanto sujeito ativo na sociedade. Aqueles que estão de foram dos condomínios fechados personificam o perigo, e não conseguem retirar de si o rótulo.

---

8 O inteiro teor do Projeto está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13E6176038542C2BB3FBF2483541A6D1.proposicoesWebExterno2?codteor=168685&filename=PL+2169/2003>. Acesso em: 26 out. 2016.

9 Projeto disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=839127&filename=PL+377/2011. Acesso em: 26 out. 2016.

Vive-se um constante paradoxo, pois ao mesmo tempo que as cidades deveriam propiciar a mobilidade, elas ampliam a segregação social e espacial. Os processos estigmatizantes impõem distâncias que transformam o cenário urbano em um mosaico de pequenos mundos, que se tocam, mas não se interpretam. (PARK, 1967, p. 68).

A dicotomia entre os que estão dentro e os que estão fora das áreas tidas como seguras nas cidades termina por criar uma espécie de dispositivo de proteção. Todavia, este dispositivo não é em nada agregador, nem busca estabelecer possibilidades de administração dos conflitos. É justamente o contrário, retira o diferente da sua invisibilidade e do seu esquecimento social, para estigmatiza-lo em "inimigos" da ordem e paz social. Reforça-se a criação de indivíduos que carregam em si símbolos corporais que causam suspeitas, medo, e, portanto, são tidos como perigos sociais.

Apesar de muito já haver se debruçado sobre as questões sociológicas e criminológicas acerca da cultura do medo nas sociedades contemporâneas, os seus reflexos e relações conflituosas ainda estão presentes, o que desafia os pesquisadores e deveria desafiar também os agentes públicos, a trabalhar o desafiador tema de cidadania e cidade para todos.

Restam desafios e as inquietações permanentes que permearam toda a construção deste trabalho. Antes de concluir pensamentos fechados sobre a temática, apresentou-se algumas considerações para desconstruir a atual lógica antidemocrática latente no Brasil; em que não se percebe um espaço plural de socialização, inviabilizando que a multiplicidade de grupos sociais possam fazer valer os seus direitos, deveres e reinvindicações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua**.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AZUELA, Antonio. **La sociología jurídica frente a la urbanización en América Latina: agendas y estrategias para la investigación**. In: CORREAS, Oscar (Org.) Sociología jurídica en América Latina. Oñati: IISL, 1991. p. 147-173.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

_____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____.. **Apendendo a Pensar com a Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

BARRETO, Letícia Cardoso. **Prostituição, gênero e sexualidade: hierarquias sociais e enfrentamento no contexto de Belo Horizonte**. 2008, 160 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 1:** parte geral, I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal, 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. CAMÂRA DE DEPUTADOS. **Exposição de motivos da Lei 12.015**. 2009. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 18 out 2016.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2.169/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13E6176038542C2BB3FBF2483541A6D1.proposicoesWebExterno2?codteor=168685&filename=PL+2169/2003>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 377/2011.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=839127&filename=PL+377/2011>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4.244/2004.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=244114&filename=PL+4244/2004. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4211/2012.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=PL+4211/2012>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 98/2003.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=114091&filename=PL+98/2003>. Acesso em: 26 out. 2016.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Ed.34/EDUSP, 2000.

CAPELLER, Wanda. **De que Lugar Falamos?** Retomando um velho papo sobre Direito e Sociologia. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito. Vol. 2, n.1, jan 2015, p. 10-25.

CARUSO, Haydée. **A Ordem e a Desordem de Ontem e de Hoje:** notas etnográficas sobre a polícia na Lapa carioca. In: MIRANDA, Ana Paula Mendes de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (Org.). Civitas, v. 15, n. 1. Porto Alegre: 2015, p. 66-83.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

ECKERT, Cornelia. **A Cultura do Medo e as Tensões de Viver a Cidade:** narrativa trajetória de velhos moradores de Porto Alegre. In: MINAYO, MCS; COIMBRA JUNIOR, CEA (Org.). Antropologia, Saúde e Envelhecimento. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002, p. 73-102.

FERNANDES, Fernando Lannes. Violência, Medo e Estigma. Tese (Doutorado, PPGG em Geografia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole** / Anthony Giddens; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, -Rio de Janeiro: Record, 2000.

GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**. São Paulo: Francis, 2003.

LEFEBVRE, Henri. **Direito à Cidade** São Paulo: Centauro Ed., 2000.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo, Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003.

PARK, Robert Ezra. **A Cidade**: sugestões para a investigação do comportamento humano no meio urbano. In: Otávio G. Velho (org.). O Fenômeno Urbano. Rio de Janeiro: Guanabara, 1967, p. 25-66.

PERALVA, Angelina. **Violência e Democracia:** o paradoxo brasileiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PISCITELLI, Adriana. Exploração sexual, trabalho sexual: noções e limites. In: Daniele Andrade da Silva, Jimena de Garay Hernández, Aureliano Lopes da Silva Junior e Anna Paula Uziel. (Org.). **Feminilidades:** corpos e sexualidades em debate. 1. ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013, v. 1, p. 147-165.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências**. Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 63, p. 237- 280, 2002.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 236**. 2012, p. 323. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

SIMMEL, Georg. **Conflict and the Web of group-affliations**. New York: The Free Pass, 1955.

_____. **A Metrópole e a Vida Mental.** In: VELHO, Octavio G. (org.). O Fenômeno Urbano. Rio de Janeiro: Guanabara, 1967, p. 13-28.

WACQUANT, L. Punir os pobres. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. As duas faces do gueto. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** São Paulo: Renavan, 2007.

CRISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO

Ana Eliza Martinez dos Santos[1]

RESUMO: O presente artigo aborda os principais motivos pelos quais o Processo Penal Brasileiro está em crise. Parte-se da análise do conceito de Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais aplicáveis ao Direito Processual Penal. Em seguida, examina-se o relatório *Justiça em Números*, de 2017, para descobrir quão sobrecarregadas estão as varas criminais brasileiras. Discorre-se, na sequência, sobre o contexto autoritário e a influência fascista na elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro e, ao final, como estes fatores contribuem para a sua incompatibilidade frente ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Autoritarismo. Crise. Estado Democrático. Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

Segundo o 11º Anuário Brasileiro da Segurança Pública (FBSP, 2017), em 2016 o Brasil teve 7 pessoas assassinadas por hora: ocorreram 61.283 mortes violentas intencionais, o maior número registrado no Brasil, o que representou um crescimento de 4,0% em relação a 2015. O Estado do Alagoas registrou a maior taxa de homicídios: 55,9 mortes violentas intencionais a cada 100 mil habitantes.

Além disso, o mesmo relatório mostrou que, em 2016, morreram 2.666 pessoas vítimas de latrocínio (roubo seguido de morte). Houve um crescimento de 50% entre 2010 e 2016 no número de pessoas vítimas desse crime. Foram 453 policiais civis e militares vítimas de homicídio em 2016. Ademais, são expressivos os números da criminalidade brasileira. Não é à toa que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás, segundo dados públicos rotineiramente divulgados pela imprensa nacional, apenas dos Estados Unidos e da China.

Nesse sentido, a partir do contexto apresentado, considerando que o aumento da criminalidade brasileira reflete nas varas judiciárias transformando-se em processos criminais, pretende o presente artigo identificar os principais motivos pelos quais o Processo Penal Brasileiro está em crise. Especificamente, pretende-se analisar tais motivos e discorrer como eles tornam o nosso Processo Penal incompatível com os postulados fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, partiu-se das seguintes hipóteses: excessivo número de processos em tramitação em varas criminais, combinado com o insuficiente número de magistrados, servidores e outros serventuários da justiça; e Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941) elaborado em um contexto autoritário e influenciado pelos ideais fascistas, o que o torna desatualizado.

Estabelecidas as hipóteses, foi necessária, inicialmente, uma análise do conceito de Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais aplicáveis ao Processo Penal. Posteriormente, adentrou-se no foco do presente artigo. Em primeiro lugar, analisou-se o último relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o *Justiça em Números,* datado de 2017, procurando descobrir qual é a realidade das varas criminais brasileiras. Em segundo, buscou-se discorrer, brevemente, sobre a influência fascista na elaboração do Código de Processo de Processo Penal. Ao final, se analisou como tais fatores contribuem para a incompatibilidade de vários dispositivos com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, o qual comportou, principalmente, consulta em livros jurídicos, em livros de história geral, na legislação brasileira, no relatório Justiça em Números e, de forma, complementar, em sites da internet.

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Metodista – IPA. . E-mail: anaeliza.aems.96@gmail.com

A presente pesquisa é relevante porque, ao se identificar os problemas do Processo Penal Brasileiro, possibilitar-se-á a discussão, nos meios acadêmico, social e até mesmo político, sobre quais medidas podem ser tomadas para aprimorá-lo, de modo a possibilitar àqueles que vierem a responder a uma acusação penal, a concretização dos direitos fundamentais como o devido processo legal, à razoável duração do processo e outras garantias processuais penais. Além disso, em períodos de alta criminalidade como o atual, importante que o processo penal mantenha sua função primordial de limitador do poder punitivo, pois a probabilidade de um inocente sofrer a dura pena de parar injustamente no cárcere é maior.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 5 de Outubro de 1988, estabeleceu em seu art. 1º, *caput*, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Em seu art. 5º, *caput*, garantiu a inviolabilidade dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, em alguns de seus incisos, ficaram estabelecidas algumas garantias aplicáveis ao processo (cível e penal).

Na época da promulgação da Constituição, tais disposições representaram uma grande vitória para o povo brasileiro, que tentava esquecer o autoritarismo e o desrespeito a direitos básicos promovidos em 21 anos de ditadura militar.

Para concretizar os anseios nacionais era necessário colocar em prática uma série de medidas emergenciais. No campo político havia a necessidade urgente de revogar as leis autoritárias do regime militar – o chamado "entulho autoritário" – e adotar medidas que promovessem a rápida redemocratização do país. A pauta do retorno à democracia incluía o restabelecimento das eleições diretas para presidente, a concessão do direito de voto aos analfabetos e a liberdade partidária. No entanto, naquele momento o mais importante era convocar uma Assembleia Constituinte para escrever uma nova Constituição (FIGUEIRA, 2000, p. 390).

Se a Constituição hoje garante que o Brasil constitui-se em Estado (Democrático) de Direito, não é normal que ele apresente, pelo menos formalmente, características de um Estado de Polícia ou muito menos de um Estado de Natureza.

Para Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p. 41), no entanto, não há nenhum estado de direito puro; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Para eles, ainda, o estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam.

Mas o que é, afinal, um Estado Democrático de Direito? Como podemos saber se ele está sendo concretizado? Para isso, importante analisar o entendimento da doutrina sobre sua conceituação e suas características.

Para Alexandre de Moraes (2011, p. 5), o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Afirma Moraes, ainda, que princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular.

Segundo Rafael Maffini (2016, p. 18), sobre a definição do que seria Estado de Direito, costuma-se apontar, para uma compreensão doutrinária, quatro requisitos para sua conceituação: a) a existência de uma ordem jurídica para a regulação da vida em sociedade e do próprio Estado; b) imposição da obediência isonômica de todos quantos forem submetidos a tal ordem jurídica; c) a submissão do próprio Estado a tal ordem jurídica e d) a existência de uma jurisdição imparcial a que se submetem os integrantes da sociedade e o próprio Estado. Diante de tal realidade, impõem-se limites à atuação estatal e, assim, mecanismos de controle.

Já para Alexandre de Moraes (2011, p. 6), o Estado de Direito, caracteriza-se por apresentar as

seguintes premissas: 1) primazia da lei; 2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; 3) observância obrigatória da legalidade da administração pública; 4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; 5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; 6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; 7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. Assim, existirá o Estado de Direito onde houver a supremacia da legalidade.

A partir da análise desses conceitos, acima, percebe-se que em um Estado Democrático de Direito há a existência de uma ordem jurídica, na qual tanto cidadãos quanto o próprio Estado são submetidos; ninguém está acima da lei, nem mesmo o Estado (governo); os conflitos são resolvidos no Poder Judiciário, já que a tripartição de poderes é garantida; há o reconhecimento de garantias fundamentais e eleições livres e periódicas.

Quanto ao reconhecimento de garantias fundamentais, não se olvidou a Constituição de assegurar no art. 5º aquelas aplicáveis ao processo, seja cível ou penal. Além disso, segundo o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias nela assegurados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, as principais garantias aplicáveis ao processo penal são: duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais e inaceitabilidade da prova ilícita. Tais garantias, com exceção da vedação da prova ilícita, estão previstas no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de Novembro de 1969) [2], a qual o Brasil tornou-se adepto através do Decreto nº 687, de 6 de Novembro de 1992.

Segundo Aury Lopes Júnior (2012, p. 1155), o princípio do duplo grau da jurisdição traz, na sua essência, o direito fundamental de o prejudicado pela decisão poder submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça. Em que pese este princípio não esteja positivado na Constituição, mas apenas no Pacto de São José da Costa Rica, o direito ao duplo grau de jurisdição, todavia, equivale a um direito fundamental por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

A presunção de inocência, por sua vez, está prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No entanto, desde Fevereiro de 2016, tal garantia é relativizada, já que o STF no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292 entendeu possível a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Para Aury Lopes Júnior (2011, p. 193), a presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente

2 Art. 8º - Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992:** promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 4 mai 2017.

do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

O direito ao contraditório e a ampla defesa está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o qual dispõe que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Ainda segundo Aury Lopes Júnior (2011, p. 187-188 e 190), o Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de "Serviço Público de Defesa" tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Segue, ainda, o autor, que em uma visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas.

A necessidade da motivação das decisões judiciais está prevista no art. 93, X, da Constituição Federal, o qual prevê que *as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata, para ele, de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem - racionalmente - pode ser considerado autor do fato criminoso imputado (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 202).

A inaceitabilidade da prova ilícita está prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, o qual dispõe que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Prova ilícita, segundo Aury Lopes Júnior (2011, p. 578), é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

As garantias constitucionais previstas na Constituição Federal e acima transcritas constituem um mecanismo de limitação do poder punitivo do Estado frente aos indivíduos; isto significa que quando o Estado for exercer sua função jurisdicional de averiguar os indícios de autoria e materialidade de um crime, ele não poderá cometer arbítrios nem deixar de observá-las. Ocorre, todavia, que nem sempre o fato de estarem positivadas garante que elas serão efetivamente cumpridas no Processo Penal, seja por causa do autoritarismo ainda nele presente ou por causa do excesso de processos nas varas criminais.

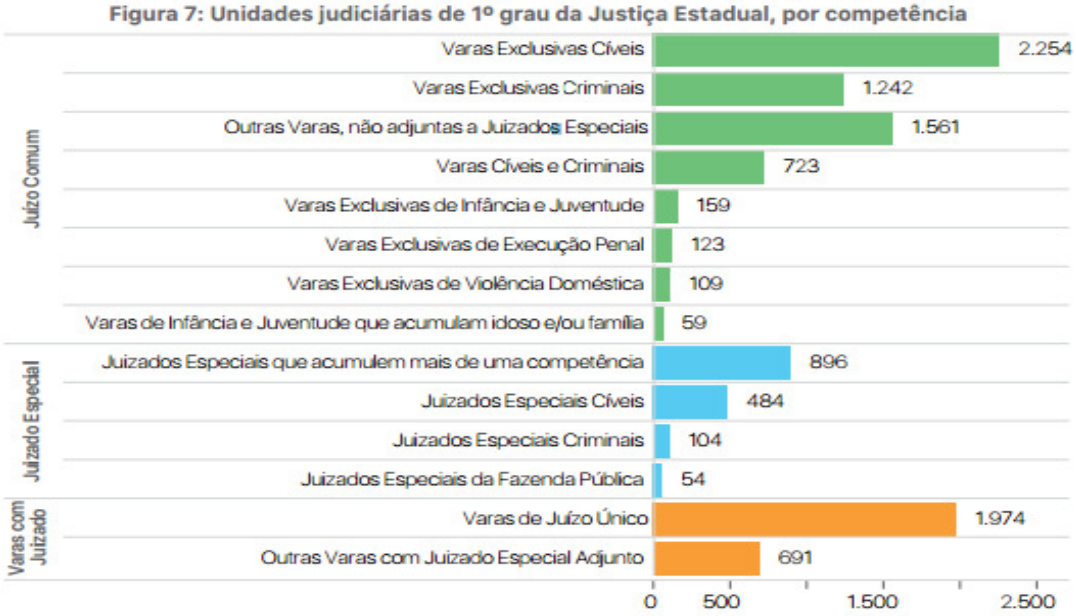
3. RAIO-X DA JUSTIÇA CRIMINAL ATRAVÉS DO RELATÓRIO *JUSTIÇA EM NÚMEROS* DE 2017

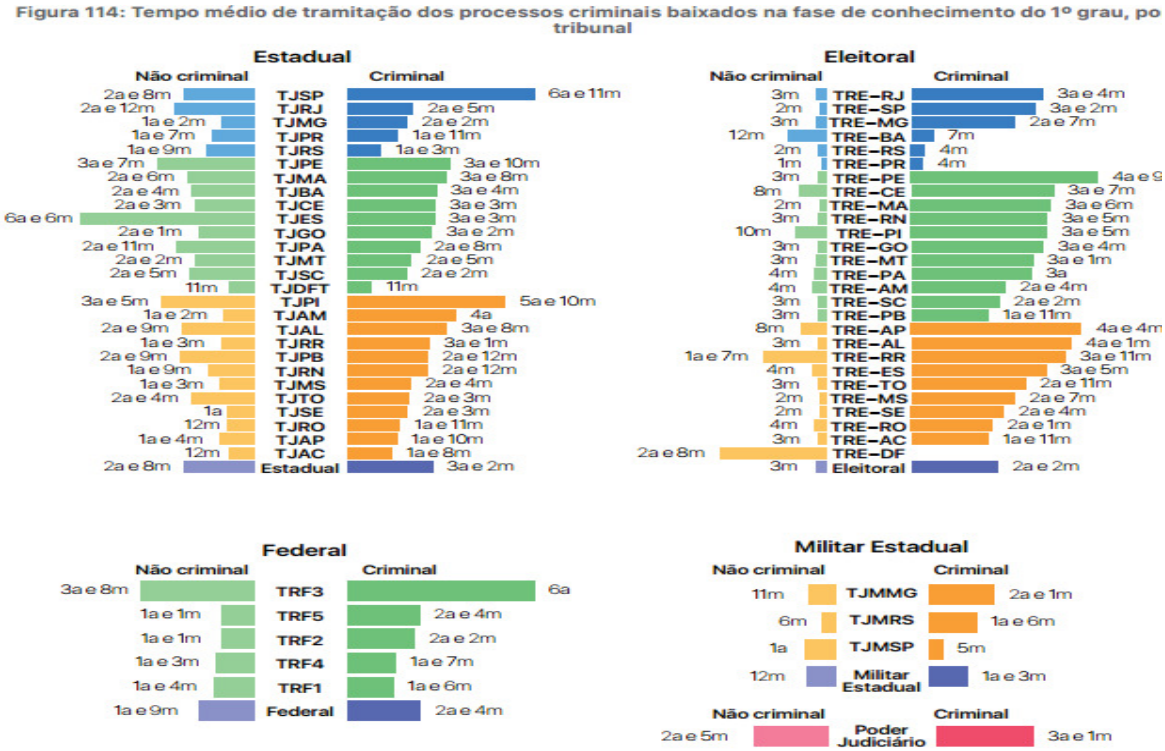
Viu-se no capítulo anterior que o Brasil, na Constituição Federal, constitui-se em Estado Democrático do Direito e assegura uma série de garantias aplicáveis ao Processo penal. No entanto, por mais que haja a previsão delas na Carta Maior, a realidade das varas brasileiras hoje é um grande empecilho para a observação de outra garantia não menos importante: a razoável duração do processo.

Analisar-se-ão, neste capítulo, alguns dados disponibilizados no relatório *Justiça em Números* 2017 (CNJ, 2017), referentes aos processos em tramitação na Justiça Criminal e número de magistrados e servidores.

O relatório Justiça em números é preparado pelo Conselho Nacional de Justiça e é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, e divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises

essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira. Para isso, reúne dados de 90 tribunais: 4 tribunais superiores; 5 tribunais regionais federais; 24 tribunais regionais do trabalho; 27 tribunais regionais eleitorais; 3 tribunais de Justiça Militar estaduais; 27 tribunais de Justiça (CNJ, 2017). Segundo o referido relatório (CNJ, 2017, p. 11), em 2016, ingressaram na Justiça 3 milhões de novos casos criminais: 1,9 milhão (62,9%) na fase de conhecimento (1º grau); 443,9 mil (15%) na fase de execução; 18,4 mil (0,6%) nas turmas recursais; 555,2 mil processos (18,7%) no 2º grau; 80,6 mil (2,7%) nos tribunais superiores. Os processos criminais são 10% das ações do Poder Judiciário. Importante analisar os seguintes gráficos disponibilizados no relatório (CNJ, 2017, p. 31e 142):





No primeiro gráfico, vê-se que há na justiça estadual, ao todo, 10.433 unidades judiciárias, sendo 8.895 varas e 1.538 juizados. Dessas 10.433 unidades, vê-se, ainda, que mais de 10% delas são exclusivamente

dedicadas a cuidar da matéria criminal, embora apenas hajam 123 varas exclusivas de execução penal. No segundo gráfico, se percebe que nas justiças estadual, federal, eleitoral e militar, o tempo de tramitação dos processos criminais é sempre superior ao tempo de processos não criminais. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, vê-se que um processo criminal demora o dobro do tempo em tramitação do que um processo não criminal. O ano de 2016 finalizou com 1,4 milhões de execuções penais e 6,2 milhões de processos criminais em tramitação, já que o número de processos pendentes era 6,5 milhões, ingressaram 2,5 milhões de casos novos (excluídos os de execução, que acrescidos totalizariam 3 milhões) e foram baixados 2,8 milhões (CNJ, 2017, p. 11).

Quanto ao número de magistrados e servidores, segundo o mesmo relatório, as estatísticas de 2016 da Justiça brasileira indicam que os quadros de pessoal da primeira instância continuam insuficientes diante da enxurrada de processos que chegam anualmente à porta de entrada do Poder Judiciário. Em 2016, a carga de trabalho de um juiz de primeira instância (7.192 processos) foi quase o dobro de um colega da segunda instância (3.384). A discrepância se repetiu em relação aos servidores – 583 processos para cada servidor do primeiro grau 263, para aqueles da segunda instância. A disparidade entre volume de processos que cabe a cada uma das instâncias do Poder Judiciário é praticamente a mesma desde que os números começaram a ser aferidos, em 2009 (CNJ, 2017, p. 15).

Logo, percebe-se que a situação das varas criminais brasileiras ainda não melhorou. Ainda há um excessivo número de processos criminais em tramitação para poucos servidores e magistrados, os quais, aliás, são insuficientes num panorama geral e não apenas criminal. Nesse sentido, não é a toa que o tempo de tramitação de um processo criminal é maior do que um processo não criminal. Um fato preocupante, ainda, é que há apenas 123 Varas Estaduais Exclusivas de Execução Penal para 1,4 milhões de execuções penais[3], o que representa uma média alta de execuções penais por vara, já que a justiça estadual comporta o grosso do volume de processos criminais. O relatório mostra que enquanto o tempo médio de tramitação de um processo criminal na justiça estadual é 3 anos e 1 mês, o tempo médio de tramitação, também na justiça estadual, de uma execução penal de pena privativa de liberdade é de 3 anos e 9 meses. Nas execuções de pena não privativa de liberdade o tempo médio é 2 anos e 4 meses (CNJ, 2017, p. 11).

Tais fatos constituem uma séria violação ao direito à razoável duração do processo, o qual diz respeito à celeridade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* Esta garantia e foi inclusa na Constituição através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 com o fim de ter-se um elemento a mais na concretização da justiça.

Além do mais, não é só o direito à duração razoável do processo que é prejudicado no Processo Penal com a insuficiência de servidores e magistrados, mas também o modo como eles irão aplicar as demais garantias processuais penais. Isto porque, fato é que esse alto volume de trabalho não possibilita aos integrantes do Poder Judiciário a dedicação e atenção necessárias exigidas nos processos criminais, já que em sua grande maioria são complexos.

Nesse contexto, voltam os discursos predominantes na época da promulgação do Código de Processo Penal de que os culpados pela demora na tramitação desses processos são os recursos da defesa e que os réus possuem garantias demais. Todavia, o Processo Penal está em crise pela falta da mínima celeridade esperada, e não de velocidade em sua condução pata cumprir metas. Segundo Bruno Tadeu Buonicore e Yuri Felix (2014, p. 149-150) os discursos da aceleração e do progresso perpassam todos os ramos do conhecimento, trata-se da epistemiologia da incerteza. Neste cenário, tudo está sendo consumido, o tempo, o homem-pessoa, o direito, o processo e a capacidade de questionar, de contraditar. Os discursos de velocidade, em nome da eficiência, não são raros no processo penal. A justiça penal cada vez mais negociada (*plea bargaining*), as restrições ao Habeas Corpus, sob o falso argumento da "máquina judicial", as decisões açodadas,com a enviesada premissa da celeridade processual, enfim, todo o utilitarismo e mercantilização do processo penal da era da velocidade, em que a privatização é a nota do capitalismo excludente, são sintomas desta constatação. Tudo tem um preço, um valor de mundo, uma etiqueta de vitrine. É preciso

3 Esse número é o total de execuções penais, incluindo execuções estaduais, federais, militares e eleitorais. O relatório não esmiuçou quantas execuções penais são estaduais, federais, militares e eleitorais nem quantas varas criminais e de execução penal há na justiça federal, mas é de conhecimento geral que o número de execuções penais estaduais é muito maior que as demais.

dizer que estes são fatos do cotidiano que vão ao encontro da efetivação plena do princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, entende-se que o excessivo número de processos em tramitação e o insuficiente número de magistrados e juízes são fatores que contribuem para a crise do Processo Penal, porque aumentam o tempo de tramitação do feito sem, no entanto, aumentar a eficiência com que são conduzidos.

4. AUTORITARISMO E INFLUÊNCIA FASCISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941) entrou em vigor em 1941, durante o Estado Novo, na "Era Vargas" e, tal como a Constituição de 1937, o Código de Processo Penal também foi influenciado pelos ideais fascistas da Constituição da Itália. A Constituição Polaca, como ficou conhecida a de 1937, suprimiu o que restava de autonomia dos Estados, extinguiu os partidos políticos, instituiu a pena de morte, aboliu a liberdade de imprensa instituindo a censura prévia e substituiu a democracia representativa por um sistema de governo autoritário.

A doutrina fascista, conforme ensina José J. A. Arruda e Nelson Piletti (1997, p. 280-281) tinha como princípios básicos: Estado Totalitário assentado sobre a força da massa, encarnada na mística do chefe; existência do indivíduo apenas como fração do Estado, em cuja grandeza devia encontrar sua própria exaltação; extinção da luta de classes sob o arbítrio do Estado, que promoveria a solidariedade entre patrões e empregados, visando maior produtividade; busca da grandeza italiana, num constante apelo ao passado, com exaltação da importância da guerra na formação das pessoas; e identificação entre Estado, chefe de Estado e Partido Fascista.

O Estado Novo por sua vez, segundo Maria Helena Capelato (2003, p. 109), se constituiu em decorrência de uma política de massas que foi se definindo no Brasil a partir de uma Revolução de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder. Para ela, ainda, correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas, de diferentes matizes, revelaram extrema preocupação com a questão social e muito se discutia sobre novas formas de controle de massas com o intuito de evitar a eclosão de revoluções socialistas. Uma das soluções propostas era a do controle social através de um estado forte comandado por um líder carismático, capaz de conduzir as massas no caminho da ordem.

O contexto internacional favoreceu a implantação do autoritarismo de Vargas, em 1937, haja vista que, na época, o fascismo italiano e o nazismo alemão eram vistos por muitas pessoas como regimes mais eficientes do que os democráticos no combate à ameaça comunista. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939 a 1942), o Brasil manteve uma posição neutra e oscilante: mesmo simpatizando ideologicamente com o fascismo italiano e o nazismo alemão era parceiro comercial dos Estados Unidos.

É importante compreender que, conforme ensina Thomas Skidmore (2003, p. 53) ao contrário dos seus mentores europeus em matéria de fascismo, Vargas não organizou nenhum movimento político para nele basear seu regime autocrático. Não havia partido de Vargas, movimento do Estado Novo, nem quadros governamentais na sociedade brasileira. O Estado Novo, na sua forma não-diluída, entre 1937 e 1943 (quando Vargas começou a preparar-se para a volta às eleições), representou um hiato no desenvolvimento da política partidária, organizada em linhas classistas ou ideológicas - uma política que, em si mesma, só havia começado a tomar forma no Brasil em começos da década de 30. Todos os grupos de alguma significação haviam sido desbaratados e suprimidos. Os comunistas e radicais de esquerda sofreram a repressão mais brutal. Os integralistas desapareceram, devido à repressão, em parte, porque a lógica do seu autoritarismo era minada pela forma de ditadura mais brasileira, de Vargas.

Nesse contexto é elaborado o Código de Processo Penal Brasileiro em 1941. Conforme Marco Aurélio Nunes da Silveira (2015, p. 264-275), a comissão nomeada por Francisco Campos era constituída por importantes juristas daquele período: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz. O resultado foi um código que resultava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretenso pensamento "popular-democrátco". A base foi o *Codice Rocco* de Processo Penal (1930), da Itália Fascista de Mussolini,

da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça.

Já na exposição de motivos redigida pelo Ministro da Justiça da época, Francisco Campos, percebe-se a clara influência do autoritarismo e do fascismo no diploma processual. Quanto à necessidade da reforma do processo penal vigente antes de 1941, explicou Campos na Exposição de motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941):

> II-De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. [...]As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. [...]Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano ex delicto.Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: "Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.

Conforme se verifica no trecho transcrito acima, as garantias processuais penais e as nulidades penais eram vistas pelo governo como empecilhos à aplicação da justiça. Os comunistas, o banditismo social e os demais inimigos do Estado na época eram tão temidos, que o Código de 1941 permitia uma série de arbítrios a serem cometidos pelo Estado para puni-los.

A redação original do art. 186 do diploma processual penal, por exemplo, previa que antes de iniciar o interrogatório, o juiz observaria ao réu que, embora não estivesse obrigado a responder às perguntas que lhe fossem formuladas, o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da sua defesa. Ou seja, o art. 186 nada mais era do que um resquício do sistema inquisitório e visto como meio de prova, não de defesa. Com a Lei nº 10.792, de 2003, a redação original do art. 186 passou a dispor que *depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*. A redação do parágrafo único do mesmo artigo, em consonância com o princípio do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição Federal, passou a dispor que *o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.* O art. 198, por outro lado, que até hoje prevê que o silêncio do acusado poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, não foi considerado não recepcionado oficialmente, mas apenas implicitamente pela doutrina.

Outro exemplo interessante é o antigo art. 594 do Código de Processo Penal, que em sua redação original previa que o réu não poderia apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse condenado por crime de que se livre solto. Em 1973 sua redação foi alterada pela Lei nº 5.941 e passou a dispor que o réu não poderia apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário e de bons antecedentes (devendo ser reconhecido na sentença condenatória), ou condenado pelo crime de que se livre solto. Ou seja, mesmo o réu podendo eventualmente ser considerado inocente em grau recursal, ele deveria, para satisfazer a ânsia social por justiça, ficar preso inocentemente, o que nada mais é do que o cumprimento antecipado de uma possível pela. Posteriormente, mesmo a lei Lei nº 5.941 de 1973 ter

previsto a possibilidade da apelação em liberdade pelos réus primários e de bons antecedentes (e isto se fosse reconhecido em sentença), ainda restaram prejudicados os acusados pelo cometimento de um segundo crime que eram inocentes, pois teriam que reviver as experiências do cárcere mesmo sem a certeza pelo judiciário de que eram culpados. O art. 594 somente foi revogado com o advento da Lei nº 11.719 de 2008, já que não era compatível com a garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (hoje relativizada pelo STF).

Existem outros exemplos de alterações sofridas no Código de Processo Penal ao longo dos mais de 60 anos de sua vigência, como a redação do art. 157, que até 2008 previa que o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova. Tal redação abria uma ampla margem de possibilidades ao juiz, já que não havia empecilho legal para que ele apreciasse também as provas ilícitas. Todavia, diante da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, surge a Lei nº 11.690 de 2008, a qual alterou a redação do art. 157 para: *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*

Nesse sentido, é notória a influência autoritária e os resquícios inquisitoriais decorrentes das ideias fascistas no Código de Processo Penal, que o tornam quase que obsoleto diante das transformações vividas no Brasil desde 1941: em 1945 terminou o governo autoritário de Vargas, de 1946 a 1964 houve um breve período democrático, em 1964 a 1985 houve a ditadura militar, em 1985 houve a volta do período democrático, o qual perdura até hoje, mesmo com problemas; nesse meio tempo a maior parte da população do Brasil passou a viver nos centros urbanos; o banditismo social praticamente desapareceu com o surgimento e desenvolvimento do crime organizado, marcado, principalmente, pela formação das facções Comando Vermelho, 1979, e Primeiro Comando da Capital, 1992; aumentou o número de presos com o advento da Lei de drogas; surgem, nesses últimos anos, os crimes de informática.com a revolução tecnológica

O Código foi elaborado em um contexto autoritário, e é por isso que desde sua vigência tem sofrido uma série de minirreformas tornando-o uma "colcha de retalhos". Hoje, vive-se em um período democrático e com uma série de garantias constitucionais penais asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. Entende-se, diante do exposto, que um dos principais motivos que tornam o Processo Penal Brasileiro em crise é o próprio Código de Processo Penal, cujo cerne não é tutelar a liberdade do acusado nem as garantias constitucionais processuais penais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Assembleia Nacional Constituinte preocupou-se em assegurar as garantias processuais penais e o Estado Democrático de Direito na Carta Magna, de modo que as leis anteriores a ela com disposições contrárias aos seus postulados devem ser não-recepcionadas e as leis posteriores a ela com disposições contrárias aos seus postulados devem ser declaradas inconstitucionais. Isto porque não se fala mais em supremacia da lei, mas sim supremacia da Constituição; o positivismo jurídico de Kelsen (*sein sollen*) há muito tempo tem sido superado.

Todavia fato é que tal qual a situação econômica atual do Brasil, os modos pelos quais se concretizam as disposições fundamentais de um Estado Democrático de Direito no país também estão em crise, tendo em vista que as instituições destinadas para assegurá-las também estão. Rotineiramente é divulgada na mídia a situação precária do ensino público, dos hospitais públicos, da segurança pública e do sistema carcerário. Com o Processo Penal não haveria motivo para ser diferente.

Crise tem muitos significados, como fase difícil e grave na evolução das coisas, dos fatos, das ideias. O Processo Penal Brasileiro está em crise, como foi demonstrado, porque o Código Processual Penal que foi elaborado em um contexto inegavelmente autoritário por um governo simpatizante de ideias fascistas ainda está em vigor e não atende mais as exigências sociais democráticas que o Século XXI requer. Por outro lado, ainda se fosse promulgado um novo diploma processual, a crise permaneceria, porque o sistema judiciário, sobrecarregado de processos e com uma estrutura deficiente, ainda teria dificuldades em concretizar as garantias processuais penais. Devido ao excessivo número de processos em tramitação e

o número insuficiente de servidores e magistrados a situação caótica se manteria, já que os operadores da justiça não conseguiriam dar a devida atenção aos processos criminais e continuariam conduzindo-os com velocidade, que não significa, conforme verificou-se no Relatório *Justiça em Números*, celeridade processual.

Não foi à toa que Goldshimdt ensinou que o Processo Penal serve como um termômetro para identificar quão autoritário é um país, porque se a função primordial do Processo Penal é tutelar a liberdade dos indivíduos frente aos arbítrios do Estado, mas o próprio Estado permite um Processo Penal com resquício inquisitorial e autoritário, é porque democrático efetivamente esse país não é.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de A; PILETTTI, Nelson. **Toda a história: História geral e história do Brasil.** 6ª Ed. São Paulo: Ática, 1997.

BUONICORE, Bruno Tadeu; FELIX, Yuri. Contraditório e velocidade: desafios do processo penal democrático na sociedade complexa. In: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELOS, Vinicius Gomes de (orgs.). **Processo Penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014, p. 135-154.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992:** promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 4 mai 2017.

CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge Delgado; NEVES, Lucilia de Almeida (org.). **O Brasil republicano: o tempo do nacional estatismo - do início da década de 1930 até o apogeu do Estado Novo**. vol. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017** : ano base 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 31 e 142. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 5 mai 2017.

FBSP - FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017.** São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 5 mai 2017.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. **História**: série ensino médio. 1ª ed.- São Paulo: Ática, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7ª ed., vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan -fev. 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em 1 mai. 2018.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. Trad. Ismênia Tunes Dantas. 13ª ed. - São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I**. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS VISTO COMO ATUAL INIMIGO EXTERNO NO BRASIL E A CORRELAÇÃO COM A TEORIA DA CRIMIGRAÇÃO

Izabela Zonato Villas Boas

Advogada e Mestranda (IISJ)

RESUMO: Este projeto procura analisar a real situação do fato do que o Poder Executivo é capaz de manter seu objetivo primordial: a proteção da soberania Estatal. Para conseguir isso, esse Poder muitas vezes se utiliza de políticas criminais de exclusão para prevenir o terrorismo ou o enfraquecimento do país internacionalmente, por exemplo, o que significa que frequentemente vê os imigrantes como inimigos. Com isto em mente, à luz da teoria da crimigração e das políticas criminais de exclusão, este ensaio procura fazer uma análise dos adventos da globalização e as transformações de problemas internacionais tratados como uma questão de inimizade entre as pessoas e até mesmo nações, onde esta realidade será analisada através do exemplo das mulheres que se submetem a condição de mulas do tráfico internacional de drogas. Este problema chamou a atenção do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, que publicou através da Comissão de Narcóticos, a Resolução 52/1 para promover a cooperação internacional e abordar o envolvimento de mulheres e meninas no tráfico de drogas, especialmente como mulas. Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça ser oscilante, o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento pacífico de que as mulas do tráfico internacional não são integrantes e membros de organização criminosa, o que possibilita o reconhecimento do tráfico privilegiado e diminuição da pena. Além disso, fica clara a condição de vulnerabilidade das mulas, podendo até mesmo serem consideradas como vitimas de tráfico de pessoas, caso presentes os elementos constitutivos do tráfico de pessoas. O fato de existir a mencionada Resolução 52/1 sobre o envolvimento de mulheres no tráfico de drogas chama atenção sobre a vulnerabilidade e necessidade do não reconhecimento dessas mulheres como inimigas do Estado, porém caso sejam, que se reconheça a condição de tráfico privilegiado.

Palavras-chave: Mulas. Tráfico Internacional de Drogas. Mulheres. Crimigração. Política Criminal de Exclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os fenômenos migratórios estão entre os principais pontos de estudos e prioridades políticas não só no Brasil, mas em todo o mundo, dada complexidade social e frequência com que ocorrem e se transformam sob o impulso da globalização.

Ao abordar a temática de migrações, faz-se necessário versar, ainda que brevemente, sobre o fenômeno da globalização para que seja possível ter uma imagem mais clara sobre os fenômenos migratórios.

De acordo com Arnaud, *a globalização esconde o que na verdade ela é: uma dialética entre o local e o global*[1], o que também pode ser entendido pela unificação do mundo. Em complemento, Acílio da Silva descreve a globalização como um neologismo advindo do avanço posterior do capitalismo mercantilista e da sociedade industrial que se transformou em um largo intercambio de populações, bens e serviços, capitais e culturas.[2]

1 ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da globalização: direito, ciência política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 221 e s.

2 ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. *Direitos humanos e globalização*. Em: *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Organizadores, Emilio Santoro; Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita; Zenaide, Maria de Nazaré Tavares; Tonegutti,

Acílio chama atenção para o fato de que globalização é um termo enganoso, pois ao mesmo tempo em que representa a imagem de um mundo que esta em constante progressão, no que diz respeito à qualidade de vida e acesso aos mercados, também se transforma em um processo sistemático de exclusão.[3]

Sendo assim é apropriado dizer que ao abordar a questão da migração, faz-se necessário mencionar o fenômeno da globalização, pois o mundo de hoje é seu reflexo, não só no que diz respeito à mudança climática, mas também na mudança do relacionamento entre os seres humanos.

2 CRIMIGRAÇÃO

De acordo com os destaques do Relatório Internacional de Migração das Nações Unidas, o número de migrantes internacionais ultrapassou 258 milhões em 2017, tornando-se uma realidade que atinge quase todos os cantos do globo.[4]

O crescente fluxo de migrações (e conflitos) em todo o mundo vem resultando em sentimentos crescentes de insegurança e desconfiança, o que faz com que o estrangeiro seja comumente visto como um problema, uma ameaça ou até mesmo um potencial terrorista, o que segundo Maria João Guia é fato reforçado na comunicação social.[5]

Os ataques de 11 de setembro e os seguintes na Espanha e no Reino Unido marcaram um ponto de virada na "globalização das ameaças" e, como resultado, vários governos em todo o mundo tomaram medidas mais restritivas sobre os fluxos migratórios.

A consequência destes crimes em escala transnacional, é que passou a se dar mais atenção aos crimes perpetrados em contextos migratórios, onde se tem não só a crescente interação entre organizações terroristas, como também o envolvimento do tráfico em escala global de drogas e pessoas.

Como resultado, com a intenção de proporcionar um senso de segurança pública, há um uso frequente de recursos de vigilância tecnológica e controle de mobilidade (como sistemas de leitura de dados biométricos, câmeras de vigilância), mas essas e outras práticas levam à categorização e estereotipagem de certos grupos como sendo perigosos, promovendo sua exclusão.

Além disso, como bem demonstra Maria João Guia, a discriminação enfrentada pelos imigrantes chegou ao ponto de constituir *uma ameaça para o bem-estar das sociedades, em termos de criminalidade e de concorrência no mercado de trabalho, sobretudo nos EUA, onde uma grande parte da população migrante procura estabelecer-se.* [6]

Decorrente dos mencionados ataques, houve o endurecimento do direito penal dos Estados Unidos nas últimas décadas acarretando em repercussões na lei de imigraç**ão, o que levou ao fenômeno da** *crimigração*, assim chamada por Juliet Stumpf em 2006. Esse fenômeno deixou clara a fragilidade dos imigrantes nos Estados Unidos, especialmente aqueles que estão em situação irregular. [7]

Juliet Stumpf explica que a crimigração consiste na letra e prática de leis e políticas na interseção entre lei criminal e lei de imigração. Portanto, acredita que aqueles que estudam a questão da crimigração devem analisar a criação de leis e políticas de imigração, sua aplicação, bem como as dinâmicas institucionais que criam a lei de crimigração e são criadas por ela.[8]

Raffaella Greco. Porto Alegre: TOMO Editorial, 2010. pág. 295-318

3 Idem.

4 UN, Department of Economic and Social Affairs (Undesa). *International Migration Report 2017 – Highlights*. United Nations, New York, 2017. Pág. 5

5 GUIA, Maria João. *Imigração, Crime e Crimigração: alteridades e paradoxos*. Em Associação Portuguesa de Sociologia (org.), VII Congresso Português de Sociologia – Sociedade, Crise e Reconfigurações. Disponível em: <http://cadeiras.iscte.pt/SDir/APS2012_MariaJoaoGuia_1139_.pdf: APS, 1-16> Acesso em 26/02/2018 às 19:23.

6 Idem.

7 Idem.

8 STUMPF, Juliet P. *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*. Em: *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*. Organizado por GUIA, Maria Joao, WOUDE, Maartje van der; LEUN, Joanne van der. The Hague: Eleven

Assim, abordar a complexidade da política de controle dos migrantes algo é complexo, e a solução rápida tida pelos governos **é a** implementa**ção** de sanções administrativas e criminais, como expulsão ou até mesmo prisão.

Nesse sentido, Stumpf também chama a atenção para o fato de que o uso da lei de crimigração pode ser exercer controle social sobre grupos marginalizados por preconceito étnico, classe ou status de cidadania.

Dito isso, importa mencionar que a lei da Crimigração tem dois preceitos, quais sejam: (i) a expansão das consequ**ências da imigração, como motivos de deportação ou exclusão baseados em condenações criminais, e** (ii) a expansão do direito penal e de instrumentos processuais criminais como forma de regular a migração e especialmente a migração não autorizada. Além disso, em sua opinião, a lei de crimigração lida não apenas com não-cidadãos, mas também inclui atores privados e colaboradores em execução e como metas de execução.[9]

Ademais, pelas razões expostas acima, constrói-se uma visão de que o imigrante normalmente seja tido como um inimigo. Sendo assim, é pertinente mencionar Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá quando lidam com a teoria do Direito Penal do Inimigo[10], a qual é plenamente possível realizar um paralelo com o que foi mencionado acima, onde de acordo com Juliet Stumpf, as leis de imigração também adotam critérios de leis criminais, ou mesmo tratando o imigrante como uma ameaça.

A alternativa não pode ser ditada pela emoção, como aconteceu com a proibição de viagem de muçulmanos para os Estados Unidos, ditada por Donald Trump[11], mas sim fazer o uso de técnicas legais e instrumentos de direitos humanos, de modo que o problema urgente possa ser resolvido sem ferir os direitos humanos, nem soberania.

A grande questão, então, é como os países devem responder aos fluxos migratórios sem afetar a soberania e a segurança nacional, o que será analisado a seguir.

3 SOBERANIA ESTATAL

vida, a fim de fixar metas de longo prazo e direcionar efetivamente a vida para elas.[12]

Segundo Martin Krygier, além de não ser compatível com os direitos dos cidadãos, o poder arbitrário também ameaça a inteligência, no sentido antiquado da palavra. Noção de equilíbrio: *the rule of law is not a curb on effective government, but a condition*.[13]

(A) Necessidade de garantia da segurança nacional e as liberdades individuais

É uma questão delicada encontrar um equilíbrio entre segurança nacional e as liberdades individuais. Dificilmente se garante a plena liberdade aos indivíduos, ao mesmo tempo em que o Estado pode contribuir plenamente para a segurança, pois para que isso aconteça o Estado precisa para restringir algumas liberdades civis.

A liberdade é quase sempre identificada por estar em confronto com as regras que restringem e disciplinam a autoridade Estatal. Porém, esta é uma "via de mão dupla", porque não é possível pensar que, durante situações de emergências e/ou segurança nacional, os custos de seguir regras e garantir as liberdades excedem os benefícios de manter a soberania. [14]

International Publishing, 2013. Pág. 7-16.

9 Idem.

10 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo* 2ª edição. Cizur Menor: Aranzadi ; Madrid : Civitas, 2006.

11 THE NEW YORK. U.S. Quits Migration Pact, Saying It Infringes on Sovereignty. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/03/world/americas/united-nations-migration-pact.html> Acesso em 25/02/2018 às 18:26.

12 Idem.

13 KRYGIER, Martin. *War on Terror*. Em *Dear Mr. Rudd MANNE, ed. Robert*. Melbourne: Black Inc, 2008. Pág. 127-143. Tradução: o estado de direito não é um freio ao governo efetivo, mas uma condição.

14 HOLMES, Stephen. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. California: California

Pequenas alterações nas liberdades individuais são necessárias para que a liberdade pública seja garantida, porém é preciso analisar a real necessidade dessas alterações que acarretam privações às liberdades individuais.

(B) Necessidade das decisões estatais de respeitar o Estado de Direito e seus princípios implícitos e à Constituição

É incorreto afirmar que existe uma necessidade imperativa de "flexibilidade" para o poder executivo, para explicar decisões que contrariam o sentido da Constituição e do Estado de Direito.[15] Assim, não há razão para se pensar que a flexibilidade exclui a dependência de regras durante emergências, principalmente nas emergências de segurança nacional.

É importante esclarecer que a Constituição é necessária para proteger os direitos fundamentais do ser humano e que sua função é pacificar e limitar o poder ao que já foi pré-estabelecido para que possa manter a ordem social e política.

A garantia dos direitos fundamentais e a limitação de poder pela constituição é a maior contribuição à liberdade pública para a segurança nacional. Assim, é nítido que não se deve sacrificar a liberdade pública sem que exista uma ameaça clara a segurança nacional, que se faça necessário o uso do Estado de Exceção às regras.

Portanto, embora seja urgente que a decisão executiva esteja de acordo com a constituição, até porque, tendo a constituição como base, todos os homens precisam ser governados, incluindo os governantes.

Além da constituição, o Estado de Direito e seus princípios devem ser levados em conta, por exemplo, o de que todas as leis devem ser prospectivas, abertas e claras, relativamente estáveis, bem como, a observação dos princípios da justiça natural.

Diante disso, é oportuno mencionar uma breve passagem do livro *Between fear and hope*, onde Martin Krygier afirma que as instituições politicas precisam saber lidar com conflitos de valores:

> *Political institutions have to deal with conflicts over values. If they are good institutions they will ensure that these conflicts are peaceful and solutions stay within civilized limits. But they will not ensure that conflicts will go away. They will never go away. Otherwise, others will arise.*[16]

4 MULAS

A denominação dada para pessoas que realizam a tarefa de transportar pequenas quantidades de drogas é a de "correios humanos" ou "mulas" – dá-se preferencia para o termo "correios humanos", tendo em vista que o termo "mula" carrega por si só uma conotação pejorativa.

A principal droga transportada é a cocaína, e o fato de não terem sido encarceradas antes e de muitas pessoas que são utilizadas como correios humanos serem mulheres e estrangeiras chama atenção.

De acordo com o Guia *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento*[17], a maior parte das "mulas" que foram detidas, transportam quantidades de um a dois quilos. A droga é ocultada na bagagem em fundos falsos e até mesmo embalada como se fosse comida, ou, ainda pior, dentro do próprio corpo, de modo que são ingeridas cápsulas cheias de droga ou até mesmo introduzidas na forma de "ovos" cheios de droga na vagina. O transporte na forma de ovos é perigoso por si só, tendo em vista que se tais cápsulas se rompem a

Law Review, 2009. Pág. 301-355.

15 Idem.

16 KRYGIER, Martin. *Between fear and hope: hybrid thoughts on public values*. Sydney: Australian Broadcasting Corporation, 1997. Pág. 02

17 WOLA (Washington Office on Latin America). *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento. Um guia para a reforma em políticas na América Latina e no Caribe*. EUA, Washington, 2018. Disponível em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/10/Portuguese-Report-WEB-Version.pdf> Acesso em 17/05/2018 ás 17:29.

mulher muito dificilmente não irá morrer de overdose.

É necessário ter em mente que o verdadeiro lucro destas atividades ilícitas não fica com as mulheres, que são utilizadas para realizar o trabalho mais perigoso e menos rentável, mas sim com o crime organizado, que tem acesso ao verdadeiro lucro deste trabalho ilícito.[18]

Tendo em vista o crescimento populacional feminino em relação ao passado e o fato de que mulheres também possuem dependentes e precisam prover não só o seu sustento, mas também o de seus dependentes, as mulheres estão ganhando mais espaço no mercado de trabalho ao redor do mundo. Ocorre que este trabalho não se dá somente na forma lícita, mas também ilícita.

A possibilidade de transporte dentro do próprio corpo faz com que seja crescente o número de mulheres 'recrutadas' para transportarem drogas. É ainda mais lamentável quando desejam cessar o contato com a organização criminosa, são impedidas pela própria organização criminosa que ameaça a família dessas mulheres e as mantem sob a vigilância de criminosos pertencentes à organização. O mesmo Guia supracitado traz a seguinte passagem: *Há relatos de que essas mulheres são ameaçadas de morte caso sejam presas e denunciem essa violência, tentem desistir da ação ou deixem de entregar a mercadoria no destino indicado*. [19]

É sabido que os presídios estão superlotados e que a população carcerária feminina tem aumentado, não só no Brasil, mas também em outros países da América Latina. No entanto, o que surpreende é que o em países como Brasil e Argentina, a quantidade de mulheres presas por delitos de drogas é superior a 60%, e a maioria por servirem de correios humanos para o transporte de drogas.[20]

Conforme já mencionado, além de terem com maior risco de serem descobertas, a participação dessas mulheres é através de funções menos importantes. Pela lógica, por serem descobertas com mais facilidade e por terem funções menos importantes – na maioria das vezes com a intenção de angariar dinheiro para a família – o encarceramento de tais mulheres tem um impacto extremamente pequeno e nada significativo sobre a redução do tráfico, até mesmo porque podem ser substituídas por outras pessoas nas mesmas condições sociais com muita facilidade.

Ocorre que, além de não diminuir o tráfico, e não serem ponto de comunicação e captura de grandes traficantes, os efeitos da prisão dessas mulheres são, na maioria esmagadora dos casos, negativos, pois só contribui com a lotação dos presídios e o que é ainda mais grave, gera consequências devastadoras não só para a vida da mulher encarcerada, mas também na vida das pessoas que estão sob sua dependência. Estas consequências negativas nos leva a convicção de que só se está dando continuidade a um círculo vicioso de pobreza, marginalidade, desespero e reincidência.

A situação é ainda mais grave quando se trata de mulheres estrangeiras – as quais em raríssimas exceções são reincidentes[21] – que muitas vezes estão desempregadas, desabrigadas e algumas com filhos pequenos ou gravidas, ou até mesmo viajam para outros países com a única finalidade de conseguir uma forma de conseguir fugir de seus países e pedir refugio, ou seja, fica claro que entre os motivos para se submeter a condição de correios humanos do tráfico internacional de drogas, encontra-se o dinheiro, ainda que não seja muito.[22]

Isto nos leva a crer que o encarceramento de correios humanos não é a melhor solução, mas que é fundamental a promoção de alternativas ao processo penal e ao encarceramento para que não fiquem sem

18 Idem.

19 Idem.

20 Idem.

21 *Segundo um estudo de 2011, na Argentina, nove de cada dez estrangeiras encarceradas por delitos de drogas a nível federal atuavam como correios humanos e 96% eram primárias. Além das características comuns a todas as mulheres em situação de prisão, no caso das estrangeiras, por não residirem no país onde são detidas, destacam-se as situações de interrupção dos vínculos familiares, sociais e institucionais e também as dificuldades para enfrentar os processos no sistema de justiça criminal.* Em WOLA (Washington Office on Latin America). *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento. Um guia para a reforma em políticas na América Latina e no Caribe*. EUA, Washington, 2018. Disponível em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/10/Portuguese-Report-WEB-Version.pdf> Acesso em 17/05/2018 ás 17:29

22 Experiência obtida durante estágio realizado na Defensoria Pública da União em São Paulo entre os anos de 2016 e 2017

recebem nenhuma espécie de "punição" por sua atitude ilícita.[23]

Não bastasse o quanto exposto, importa mencionar que as Regras de Bangkok consideram que mulheres presas pertencem a grupos vulneráveis com necessidades e exigências específicas, tendo em vista que muitas instalações penitenciárias foram inicialmente concebidas para receberem presos do sexo masculino, porém há que se levar em conta que o número de presas tem aumentado significativamente ao longo dos anos. Além disso, reconhece que uma parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade, e que o encarceramento delas pode dificultar sua reinserção social.[24]

5 DECISÕES DEMONSTRATIVAS EM HABEAS CORPUS PENAIS DE QUE MULAS NÃO SÃO INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Tendo em vista que o item 3 (três) cuidou de uma abordagem social a respeitos dos correios humanos para o trafico de entorpecentes, este item intenciona demonstrar o viés jurídico das mais altas Cortes brasileiras sobre as "mulas" – conforme reproduzido nos Habeas Corpus Penais a serem mencionados.

No Brasil, conforme reproduzido adiante, a discussão sobre a atuação típica de "mula" a serviço de uma organização voltada para a prática do tráfico, conta com a manifestação da Corte Constitucional, que entende que o fato de atuar como mula não importa obrigatoriamente que esta pessoa venha a ser integrante da organização criminosa:

> **Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. **Tráfico de drogas** (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (2.596 g de cocaína). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria (art. 59, CP e art. 42 da Lei nº 11.343/06). **"Mula"**. Aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Admissibilidade. **Inexistência de prova de que o paciente integre organização criminosa.** Impossibilidade de negar a incidência da causa de diminuição de pena com base em ilações ou conjecturas. Precedentes. Percentual de redução de pena: 1/6 (um sexto). Admissibilidade. Fixação em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional. Ordem de habeas corpus concedida, para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. **3. O exercício da função de "mula", embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes**. 4. O paciente, procedente da Venezuela, foi flagrado na posse de 2.596 g de cocaína no aeroporto de Guarulhos, no momento em que se preparava para embarcar em voo para a África do Sul, com destino final em Lagos, na Nigéria. [...] (HC 134597, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016) (grifei)
>
> **Habeas Corpus**. Penal. **Tráfico de Drogas**. Pena-base. Aumento pela transnacionalidade. Bis in idem. Inocorrência. Causa de diminuição da pena. Afastamento pelo Tribunal de origem. **Atividade de 'mula'**. **Integrante de organização criminosa. Não comprovação**. Fixação do regime semiaberto. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade. Ordem concedida em parte. I – A causa de aumento em razão da transnacionalidade é aplicável ao agente que transporta a

23 WOLA (Washington Office on Latin America). *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento. Um guia para a reforma em políticas na América Latina e no Caribe*. EUA, Washington, 2018. Disponível em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/10/Portuguese-Report-WEB-Version.pdf> Acesso em 17/05/2018 ás 17:29.

24 Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.* 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

> droga para o exterior ou com ela adentra as fronteiras de nosso país, não configurando bis in idem. Precedentes. II – No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. III - **A exclusão da causa de diminuição prevista no § 4° do art. 33 da Lei 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos comprovem que a "mula" integre a organização criminosa. Precedentes**. IV – O Código Penal determina que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. Sendo o réu primário e com bons antecedentes, requisitos aferidos na sentença condenatória, não há motivos que impeçam a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena. V – Ordem concedida em parte. (HC 132459, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 13/12/2016, Processo Eletrônico Dje-028 Divulgação 10-02-2017; Publicação 13-02-2017) (grifei)

É claro o entendimento da Suprema Corte. Nota-se pela ementa de ambos os Habeas Corpus do Supremo Tribunal Federal, que o simples fato de realizar o transporte de drogas na função de mula, não implica na integração de organizações criminosas.

No que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), podemos observar através da ementa do Habeas Corpus nº 387.077 do Estado de São Paulo (2017/0020912-1):

> *Penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso próprio. Inadequação.* ***Tráfico de drogas****. Dosimetria da pena. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.* ***Agente na condição de "mula". Ausência de prova de que integra organização criminosa****. Necessidade de readequação do quantum de redução. Regime prisional. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Natureza e quantidade da droga. Modo fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Falta do preenchimento do requisito objetivo. Manifesta ilegalidade verificada. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. [...]. 2.* ***Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas*** *(art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 3.* ***Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirme não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade****. Precedentes do STF. 4. O conhecimento pela paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional constitui fundamento concreto e idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal, atento a especial gravidade da conduta praticada. Precedentes do STF e STJ. 5. [...] (STJ - HC: 387077 SP 2017/0020912-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 08/02/2017)* (grifei)

Fica explicito na ementa acima que o entendimento das duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm entendimento oscilante sobre o reconhecimento do tráfico privilegiado ao correio humano que transporta drogas. Porém, neste caso em específico foi dada preferencia para o entendimento semelhante ao da Suprema Corte.

Sendo assim, fica demonstrado que a simples atuação como "mula" não induz automaticamente a conclusão de que o correio humano integre organização criminosa, pois para que se reconheça esta integração é obrigatório que exista prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com a organização criminosa.

Além do quanto exposto, é possível analisar que nas ementas acima transcritas, verifica-se a figura do trafico privilegiado, que possui o objetivo de favorecer pequenos e eventuais traficantes, que não tenham o tráfico de drogas como um meio de vida, com a finalidade de, quando aplicado, seja causa especial de diminuição de pena.

6 RESOLUÇÃO 52/1

Internacionalmente o problema das correios humanos atraiu a atenção do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, que publicou através da Comissão de Narcóticos, a Resolução 52/1 para promover a cooperação internacional e abordar o envolvimento de mulheres e meninas no tráfico de drogas, especialmente como mulas.

A importância da Resolução 52/1 se dá pela inovação ao que diz respeito a introdução e exclusividade das questões de gênero na elaboração de políticas internacionais sobre o tráfico de drogas, além de observar o envolvimento de mulheres e meninas no tráfico de drogas como mensageiros e reconhecendo que este envolvimento representa um perigo para o bem-estar e desenvolvimento das crianças, famílias e comunidades.[25]

Reconhece ainda que as mulheres e meninas tendem a estar entre os grupos mais vulneráveis e tem menos acesso à educação, trabalho, recursos financeiros, porém ao mesmo tempo, possuem a principal responsabilidade pelo bem-estar de suas famílias.[26]

7 CONCLUSÃO

O intuito desta exposição foi proporcionar argumentos favoráveis ao não encarceramento de mulas de drogas, tendo em vista os argumentos mencionados, como por exemplo, a vulnerabilidade socioeconômica, responsabilidade no cuidado de dependentes e violação de direitos de terceiros envolvidos, contribuição de menor importância no fluxo das organizações criminosas, ausência de circunstâncias agravantes – como, por exemplo, a violência ao cometer o delito –, pequeno quantidades de droga apreendidas, além de vulnerabilidades adicionais por razões de gênero, idade, etnias, procedência e país de origem.

Clarificaram-se os devidos pontos sobre a teoria da crimigração, a qual mostra a conexão entre a lei de imigração e a lei criminal, bem como a associação do estrangeiro com a imagem de um inimigo, como uma ameaça frequente.

Demonstrou-se também a necessidade de obediência à Constituição Federal e ao Estado de Direito, os quais devem ser respeitados ainda que se tenha uma situação de urgência, como a do combate ao tráfico de drogas, que envolve pessoas de todos os gêneros, idades, nacionalidades e etc.

Tendo isto em vista, argumentou-se no sentido de que a razoabilidade deve ser considerada quando se diz respeito ao correios humanos, mais conhecidos pelo termo pejorativo "mulas", devido a sua pequena significância no crime organizado e nas organizações criminosas não só em território nacional, mas também em caráter internacional.

Demonstrou-se brevemente o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e oscilante entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, onde em maioria, e, principalmente na Suprema Corte o entendimento é de que mulas não são integrantes de organização criminosa, até que obrigatoriamente se comprove a existência de prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, ou seja, que o meio de vida do indivíduo seja especificamente o crime organizado.

Por fim, foi sucintamente elucidada a Resolução 52/1 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime através da Comissão de Narcóticos, a qual foi inovadora no que diz respeito ao envolvimento de mulheres no tráfico de drogas, bem como chama atenção da vulnerabilidade desta coletividade.

Deste modo, importa dizer que demonstrada à vulnerabilidade deste grupo, o encarceramento de mulheres em situação de correios humanos não só não diminui e afeta o tráfico de drogas, como também produz uma superlotação nos presídios, gerando custos para o governo manter estas pessoas presas, como também, e ainda pior, nada colabora no âmbito pessoal e familiar da mulher encarcerada.

25 UN Commission on Narcotic Drugs. Promoting international cooperation in addressing the involvement of women and girls in drug trafficking, especially as couriers, Report on the 52nd Session (14 March 2008 and 11-20 March 2009), Resolution 52/1, Economic and Social Council Official Records, 2009 Supplement No. 8, UN Doc. E/2010/28.

26 Idem.

Sendo assim, a possibilidade de que estas mulheres privadas de liberdade tomem decisões ficam reduzidas, além de não ser dificultado o posterior regresso as suas famílias e respectivas comunidades, e ainda pior para a reinserção social e laboral para desempenharem seus papéis de provedoras de seu núcleo, devido à rotulação pelo envolvimento em delitos de droga.

Dessa forma, o encarceramento deste grupo pode ser visto ainda como uma política criminal de exclusão social, pois a descriminação e rotulação são vista como obstáculo para a obtenção de trabalho, faz com que as opções dessas mulheres sejam menores, o que acaba deixando como alternativa para conseguir dinheiro para seu sustento e de seus dependentes, estas mulheres voltem a desenvolver a atividade de correios humanos, o que faz com que quando descobertas novamente sejam reincidentes.

Ademais, conforme já mencionado, o encarceramento de correios humanos pouco ou nada indica sobre a dimensão dos mercados de produção, venda, consumo de drogas e disposição do crime organizado.

O cruzamento deste tipo de informação é de grande dificuldade, porém pode ser possível consegui-las através de pedido às autoridades públicas e junção de informações já existentes. Porém não só a burocracia, como também a indisponibilidade e prioridades dos órgãos de produção da informação faz com que o acesso a esta espécie de dados dificulte a produção de informações mais específicas, o que faz com que não seja possível ter mais clareza sobre o assunto.

Para melhor complementar este projeto, foram solicitadas informações junto a Policia Federal – Lei de Acesso a Informação –, porém, não houve resposta sobre quantidade de pessoas apreendidas com drogas ao entrar no país, com separação de gênero.[27]

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da globalização: direito, ciência política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 221 e s.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.* 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

GUIA, Maria João. *Imigração, Crime e Crimigração: alteridades e paradoxos*. Em Associação Portuguesa de Sociologia (org.), VII Congresso Português de Sociologia – Sociedade, Crise e Reconfigurações. Disponível em: <http://cadeiras.iscte.pt/SDir/APS2012_MariaJoaoGuia_1139_.pdf: APS, 1-16> Acesso em 26/02/2018 às 19:23.

HOLMES, Stephen. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. California: California Law Review, 2009. Pág. 301-355.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo* 2ª edição. Cizur Menor: Aranzadi ; Madrid : Civitas, 2006.

KRYGIER, Martin. *Between fear and hope: hybrid thoughts on public values*. Sydney: Australian Broadcasting Corporation, 1997. Pág. 02

KRYGIER, Martin. *War on Terror*. Em *Dear Mr. Rudd MANNE, ed. Robert*. Melbourne: Black Inc, 2008. Pág. 127-143.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. *Direitos humanos e globalização*. Em: *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Organizadores, Emilio Santoro; Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita; Zenaide, Maria de Nazaré Tavares; Tonegutti, Raffaella Greco. Porto Alegre: TOMO Editorial, 2010. pág. 295-318.

RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue em The Authority of Law. Oxford UP, 1979. Pág. 210- 229.

STUMPF, Juliet P. *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*. Em: *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*. Organizado por GUIA, Maria Joao, WOUDE, Maartje van der; LEUN, Joanne van der. The Hague: Eleven International Publishing, 2013. Pág. 7-16

27 Solicitação feita pela autora em 12/04/2018 através do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão.

THE NEW YORK. U.S. Quits Migration Pact, Saying It Infringes on Sovereignty. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/03/world/americas/united-nations-migration-pact.html> Acesso em 25/02/2018 às 18:26.

UN Commission on Narcotic Drugs. *Promoting international cooperation in addressing the involvement of women and girls in drug trafficking, especially as couriers*, Report on the 52nd Session (14 March 2008 and 11-20 March 2009), Resolution 52/1, Economic and Social Council Official Records, 2009 Supplement No. 8, UN Doc. E/2010/28.

UN, Department of Economic and Social Affairs (Undesa). *International Migration Report 2017 – Highlights*. United Nations, New York, 2017. Pág. 05.

WOLA (Washington Office on Latin America). *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento. Um guia para a reforma em políticas na América Latina e no Caribe*. EUA, Washington, 2018. Disponível em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/10/Portuguese-Report-WEB-Version.pdf> Acesso em 17/05/2018 ás 17:29.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRÁTICA: CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA OU LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA?

Janaína Oliveira da Costa

RESUMO: Este artigo se dedica a analisar o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público frente às ilegalidades cometidas na prisão em flagrante pelo delito de tráfico de drogas. Buscou-se identificar o processo seletivo de criminalização por parte das agências penais no que diz respeito ao delito em questão. Para tanto, é adotada a investigação bibliográfica como metodologia de pesquisa. Também se explorou as condições em que as audiências de custódia são realizadas no país, uma vez que o instrumento repousa sobre um momento decisivo de persecução penal, dando mais poder e responsabilidades aos agentes do sistema de justiça criminal, análise que possibilitou a avaliação da postura ministerial frente aos flagrantes que chegam às audiências. Os dados analisados na pesquisa indicam que o Ministério Público, ao invés de se apresentar como garantidor dos direitos e garantias constitucionais apresenta uma atuação inerte, uma instituição apática em relação às demandas sociais vigentes no país. Em considerações finais, são enfatizadas as consequências da atribuição constitucional do Ministério Público como controlador externo da atividade policial, medida que aponta para uma relação institucional que deixa de oportunizar uma série de formas alternativas de controle das práticas policiais. Possivelmente, isso contribuiu para a construção do panorama jurídico atual, em que uma parte da população tem seus direitos violados, com abusos frequentes por parte da ação policial, não encontrando os caminhos formais para realizar, de maneira eficaz, o encaminhamento de uma denúncia.

Palavras-chave: Controle Externo Da Atividade Policial. Ministério Público. Tráfico de Drogas.

Sumário: Introdução; Atribuições constitucionais do Ministério Público: o controle externo da atividade policial; A guerra às drogas: A invisibilidade das vítimas e o silêncio institucional; A experiência da audiência de custódia; Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Para as instituições livres e democráticas, dentre elas poderíamos destacar o Ministério Público, é atribuída a tarefa de minimizar ao máximo os abusos oriundos das desigualdades no poder, em especial entre a relação indivíduo e o Estado-polícia, que carrega uma carga fortemente desigual e assimétrica.[1] Pois como enfatiza Rodrigues, "a relação Estado/individuo e Estado/sociedade é um dos problemas mais agudos da democracia moderna e do sistema constitucional de preservação dos direitos fundamentais."[2]

A polícia brasileira, por uma imensidão de vezes, se apresenta como truculenta e arbitrária, e em suas ações ao invés de proteger os direitos e as liberdades individuais, trata por desrespeitá-los. Essa conjuntura levanta o questionamento sobre uma crise de legitimidade que vive atualmente a segurança pública, apontando um claro distanciamento entre a sociedade e os órgãos responsáveis por assegurá-la. Acredita-se que o arquétipo aplicado para a promoção da segurança pública no país não se faz suficiente para garantir a segurança pessoal – e, consequentemente, a individual – de seus cidadãos.[3] "Sobretudo, da

1 GINSEBERG, Morris. Ensayos de Sociologia Y Filosofia Social. Tradução Adolfo Maillo. Madrid:Aguilar 1961. P.151 apud Rodrigues p. 46

2 RODRIGUES, João Gaspar. Controle externo da atividade policial: Um faz de conta à brasileira. Revista Jurídica Consulex.v.18, n.411. 2014- PGJRS p. 46

3 SILVA, Gabriela Faliza e: GURGEL, Yara Maria Pereira. A Polícia na Constituição Federal de 1988: apontamentos sobre a manutenção de um órgão militarizado de policiamento e a sua incompatibilidade com a ordem democrática vigente no Brail. Revista Brasileira Segurança Pública, São Paulo v.10. n.1, 142-158, Fev/ Mar. 2016. p. 143

parcela marginalizada da população, historicamente compreendida como inimiga da ordem.".[4]

Conforme Rodrigues, ao fazer uso das obras de Duverger e Friedrichi, por natureza, todo poder é perigoso, no qual o agente que o detém possui por tendência fazer abuso deste. O estado como detentor do monopólio da coerção física inclina-se a persuadir seus agentes em "promotores de seus próprios interesses, abusando, fatalmente, de suas atribuições"[5]

Dessa forma, esse estudo consiste em analisar a efetividade do controle externo exercido pelo Ministério Público frente a atividade policial, no universo das prisões em flagrante por tráfico de drogas. Avaliando ainda as consequências democráticas da postura ministerial.

2 ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

A atividade policial é essencial à promoção da segurança pública e, portanto, trata-se da efetuação dos direitos fundamentais, cabe, assim, ao Ministério Público cuidar para que seja orientada pela eficiência e o respeito aos cidadãos.[6] Nesse sentindo, o parquet deve atuar para a efetivação de mecanismos que privilegiem uma atuação policial transparente e evitem eventuais desvios, direcionada, neste sentindo, ao atendimento dos interesses da sociedade, que tem direito a um serviço policial eficaz e atento à legalidade.[7]

O constituinte, ao outorgar a tarefa de controle externo ao Ministério Público, segundo Araújo Junior, pretendia que a instituição exercesse a fiscalização sobre a polícia em sua atribuição de apurar as infrações penais, alcançando, assim, um inquérito com elementos fortes, que desse suporte à ação penal e ao próprio processo penal.[8]

Assim, "o controle externo é necessário para coibir abusos e preservar os direitos fundamentais dos indivíduos.".[9] Neste contexto, Roberto Kant de Lima[10] reflete que, atribuir para a polícia o papel de braço armado do Estado, é apenas uma de suas funções essenciais, sem prejuízo das outras, igualmente detentoras da força:

> (...) em qualquer lugar do mundo a polícia faz três coisas basicamente: ela é um braço armado do Estado para promover e manter a ordem pública, como a contenção de tumultos e manifestações, etc.; é um braço armado do Estado para investigar infrações cometidas; e é uma função do Estado para negociar a ordem pública. A nossa polícia ficou presa às duas primeiras vertentes. A vertente militar, que é essa de braço armado do Estado para combater o inimigo, porque o conflito naquela pirâmide é altamente indesejado, então é essa coisa de destruir, de erradicar os criminosos, erradicar o tráfico de drogas, erradicar o outro.

Nessa linha de raciocínio, podemos entender que o exercício de controle atribuído ao parquet decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático.[11] Porém, o texto constitucional, que

4 Ibidem. P.144

5 RODRIGUES, João Gaspar. Controle externo da atividade policial: Um faz de conta à brasileira. Revista Jurídica Consulex.v.18, n.411. 2014- PGJRS p. 46

6 GOIÁS. Ministério Público de Goiás. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. *Manual Nacional do Controle Externo da atividade Policial*. Goiâna: Ministério Público do Estado de Goiás, 2009, p. 29

7 Ibidem., p. 29

8 ARAÚJO JUNIOR, Francisco Taumaturgo. Controle Externo da atividade Policial: o outro lado da face. *MPCE*: [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=34.

9 SOUSA JÚNIOR, Carlos César Silva. Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Boletim Científico ESMPU*, a.14, n. 45, p.107-141, jul./dez. 2015, p.111.

10 KANT DE LIMA, Roberto. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Práticas Policiais: o Caso Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. In: NOVAES, Regina (org.). *Direitos humanos*: temas e perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. Disponível em: disponível em: https://books.google.com.br/books?id=_urYp2zledgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false.

11 GOIÁS. Ministério Público de Goiás. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. *Manual Nacional do Controle Externo da atividade Policial*. Goiana: Ministério Público do Estado de Goiás, 2009, p. 29

atribuiu o controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Mistério Público, deixou para regular o tema através de legislação complementar.[12]

Somente em 1993, cincos anos após a promulgação da constituição, entrou em vigor a Lei Complementar 75, que buscou estabelecer as premissas básicas na esfera da União. Contudo, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, visto que não produziu efeitos, já que necessitava de regulamentação a parte.[13] Assim, grande parte dos estados continuou sem a necessária regulamentação para o efetivo controle externo.[14]

O fenômeno vivenciado pós-constituição deixa claro que a ausência de uma legislação robusta e eficiente provocou, na prática, uma ausência de controle da atividade policial. A falta de critérios normatizados, como também a ausência de interesse da própria instituição, somaram-se à clara vontade dos órgãos policiais de reduzirem, ao máximo, o controle de suas atividades.

Ainda que coloquemos como uma conquista social a existência de um controle externo para a polícia, se faz necessário referir que o processo deixou de lado a sociedade civil, silenciando-a. A ausência da sociedade civil no debate acarretou em sua completa exclusão no sistema de controle.

Tornar a tarefa de controle da atividade policial exclusiva do Ministério Público criou um abismo na relação da sociedade com a instituição policial. A falta de viabilidade de criações de agências de controle por parte da sociedade civil, fez com que a população acabasse, novamente, tornando-se refém da atividade policial.

3 A GUERRA ÀS DROGAS: A INVISIBILIDADE DAS VÍTIMAS E O SILÊNCIO INSTITUCIONAL

A proibição do uso e comercio de entorpecentes mostrou-se um excelente mecanismo de criminalização e controle de populações consideradas mais vulneráveis. [15] Sua atuação de repressão ocorre através do aparato policial e sistema punitivo, assim, como indica Lunardon, "(...) a guerra às drogas pode ser considerada por outro viés que não o do fracasso, em outros termos, tal política de repressão bélica pode ser considerada um sucesso".[16]

A lei de entorpecentes, através de seus discursos, fomenta a elaboração "(...) político-criminal da categoria do inimigo – não sujeito (de direitos)"[17] vivenciado nas pessoas que se envolvem com o tráfico. Carvalho[18] ainda ressalta que:

> Deflagra-se, no senso comum dos juristas e do homem de rua (every day theories), a ideia de políticas publicas de segurança pautadas pela lógica beligerante da eliminação dos incômodos. A ação conjunta de mecanismos de salvaguarda pública (agências de punitividade) adquire, neste contexto, legitimidade na qual inexistem limites as barreiras a respeitar.

Após a transcionalização do controle de drogas, vivenciaremos, nas agências periféricas, a identificação dos inimigos internos. Isto acarretou o aumento dos processos punitivos norteados pela eliminação, assim como a erradicação e neutralização dos elementos disfuncionais.[19] A estrutura repressiva, desta forma, se

12 MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. Controle da atividade policial pelo Ministério Público. *Consultor Jurídico:* [S.l.], 2009.

13 GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle Externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.

14 MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. Controle da atividade policial pelo Ministério Público. *Consultor Jurídico:* [S.l.], 2009.

15 LUNARDON, Jonas Araújo. *"Ei, polícia, maconha é uma delícia!"* O proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social. 2014. Dissertação (Mestrado) – Programa Pós- Graduação em Ciência Política, UFRGS. Porto Alegre, 2014. p.16.

16 Ibidem., p.16.

17 CARVALHO, Salo de. A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 296.

18 Ibidem., p. 296.

19 Ibidem., p. 296.

localiza por falsas imagens, "(...) por fragmentações ilusórias da realidade."[20] Contudo, tal concepção, como elucida Carvalho[21], "(...) não se restringe à práticas das instituições e dos agentes que compõem o sistema punitivo, pois invade e integra elementos da cultura, recriando sistemas políticos-criminais da exceção.". Vamos utilizar o raciocínio de Zaffaroni[22] e sua construção do inimigo no direito penal para analisarmos a política criminal de drogas no Brasil e a dinâmica de guerra aqui estabelecida:

> (...) o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra no campo da subjetividade arbitrária do individualizador no inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, uma Not que não conhece Gebot.

Na pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da universidade de São Paulo, que analisou a prisão Provisória e lei de drogas através de um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, observou-se como se dá a forma de controle às drogas em via pública, com uma ocorrência de mais de 80% dos flagrantes. As abordagens são motivadas, na maioria das vezes, em decorrência do simples patrulhamento (62,28%). Desta forma, podemos observar que a averiguação do delito de tráfico de drogas passa distante de uma investigação mais completa.[23]

Um importante dado obtido na pesquisa foi é que, em 74% dos casos, a única testemunha da apreensão é o próprio agente policial que efetivou a abordagem. O que vivenciamos na pratica é que tanto a jurisprudência quanto o Ministério público legitimam a falta de testemunhas que não possuam interesse na ação penal. Podemos verificar isso, quando somente presente o testemunho do agente o policial, o Ministério Público pede a condenação do acusado e juiz, por sua vez condena.

A clara complexidade dessa situação deveria ser melhor analisada pois há um comportamento dúbio nesta ação, em que o agente que precisa legitimar sua atividade realizando as abordagens e, ao mesmo tempo a parte essencial de uma futura condenação. Não estamos aqui descrentes por completo da ação policial, o que, neste momento, fazemos é um enfretamento às instituições que limitam a produção de prova para uma condenação de forma tão simplória.

Outro apontamento que faremos frente a este estudo é a tipificação dada no momento da lavratura do auto de prisão. Apesar dos diversos tipos penais que a lei prevê, é minúscula a variação dada pelo delegado, sendo que, em 76% dos casos, os denunciados foram enquadrados no artigo 33, caput da lei 11.343/06.[24]

Sobre o perfil dos acusados presos em flagrante por tráfico, existe o predomínio do sexo masculino, correspondendo a mais de 86% das pessoas detidas; deste total, 67% das abordagens a homens foram motivadas pelo patrulhamento.

A pesquisa ainda demostra o quanto existe uma lógica condenatória no sistema penal brasileiro: dos processos que ficaram conclusos até o final da pesquisa, lidamos com uma margem de condenação de mais de 90% dos casos, onde somente em 3% dos processos o acusado foi absolvido. Segundo dados do Ministério da Justiça, durante a vigência da Lei 11.343/06, a incidência dos crimes de tráfico de drogas no sistema de justiça aumentou drasticamente, ampliando a sua participação no montante total de presos. No ano de 2006, 47.472 pessoas foram presas pelo delito de drogas, o que representava um percentual de 14%. Em 2014, esse percentual representa já 28%.

Segundo os dados Infopen de 2014, o sistema de informações e estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), ligado ao Ministério da Justiça, a população carcerária no Brasil até dezembro de 2014 chegou a 622.202 pessoas. O perfil socioeconômico mostrará um maior índice de pessoas entre 18 e 29 anos (55%), sendo que 75,08% têm como escolaridade, no máximo, até o ensino médio completo

20 Ibidem., p. 296.

21 Ibidem., p. 296.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

23 Dados da pesquisa disponíveis em: http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf.

24 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

e 61,6% são negros.

Não bastasse toda a violência do sistema apresentada até o presente momento, as condições carcerárias brasileiras constituem outra afronta aos direitos humanos. Segundo dados no Ministério da Saúde, pessoas privadas de sua liberdade têm, em média, uma probabilidade 28 vezes maior de contrair tuberculose do que a população em geral. A taxa de prevalência de Aids, em 2014, entre a população carcerária atingia 1,3%, enquanto, ao comparar com a população em geral, teríamos o número de 04%.[25] Assim elucida

Sales[26]:

> (...) ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade. Na prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional.

O quadro apresentado até aqui é de uma clara falência no pensamento que norteia o sistema penal brasileiro. Por um lado, busca-se, prender mais e mais, como uma alternativa eficaz ao aumento da violência. Por outro lado, o sistema desconsidera suas demandas e deixa de garantir, a uma parcela da população, seus direitos mais elementares.

3.1 A EXPERIÊNCIA DA AUDIÊNCA DE CUSTÓDIA

A crise da jurisdicionalidade na tendência de administrativização do processo penal apresenta seu sinal mais violento, a prisão.[27] A cultura do encarceramento em massa se expande cada vez mais nas esferas judiciais e sociais. No entanto, como aponta Carnelutti, chegamos a um círculo vicioso, "(...) *já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar*".[28] Ainda nesse contexto, encontraremos nas palavras de Andrade[29] uma boa síntese do que vem sendo apontado até o momento:

> Na periferia da modernidade, contando as vítimas do campo de (des)concentração difuso e perpétuo em que nos tornamos; campo que, apesar de emitir sintomas mórbidos do próprio carrasco (policiais que matam prisões que matam, denúncias que matam, sentenças que matam direta ou indiretamente), aprender a trivializar a vida e a morte, ambas descartáveis sob a produção em série do 'capitalismo de barbárie', ao campo diuturno do irresponsável espetáculo midiático, da omissão do Estado e das instituições de controle.

O quadro brasileiro é tão alarmante que nenhuma alteração efetiva foi registada após o advento da Lei 12.403/2011, momento legislativo que tratou a prisão como a última opção das medidas cautelares.[30] O artigo 310, do referido diploma legal, dispõe que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentalmente: (I) relaxar a prisão, (II) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas

25 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional. *Relatórios estatísticos sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro.* Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional>..

26 Ibidem., p. 76.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 770.

28 CARNELUTTI, 1994 apud LOPES Jr, Aury: PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014, p. 12.

29 ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia* – O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

30 LOPES Jr, Aury: PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014, p. 12.

de liberdade, ou, (III) conceder a liberdade provisória. Na prática, vivenciaremos que a homologação do flagrante, em vez de figurar como exceção, apresenta-se como a regra. Apontando que o raciocínio judicial se mantém vinculado ao protagonismo da prisão.[31] Lopes Jr[32] ainda alerta que:

> A preocupação se agrava quando, além da banalização da prisão cautelar, ainda assistimos a uma redução da potencialidade do principal instrumento apto a questioná-la, qual seja, o habeas corpus, que de 'remédio constitucional' passou, recentemente, a causar uma alergia nos Tribunais Superiores, notadamente após a jurisprudência defensiva de não se admitir o seu uso quando substitutivo de espécies recursais cujo procedimento vagaroso e burocrático se distancia da urgência que reclama o pleito de liberdade. Ou seja, como se já não bastasse prender em excesso, ainda se retira da defesa sua melhor tática de participar do jogo processual.

De acordo com Lima[33], a audiência de custódia tem como objetivo:

> (...) não apenas a averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns nos Brasil como torturas e/ou maus-tratos. Mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.

Desta forma, podemos entender a audiência de custódia como um ato jurídico que proporciona uma garantia do cidadão frente ao Estado, em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência. A audiência de custódia tem como pano de fundo garantir o acesso do preso à justiça, com respeito à ampla defesa em um momento decisivo de persecução penal.[34] Weiss[35] aponta que a audiência de custódia "(...) aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência".

Contudo, é preciso entender que, no Brasil, não há lei que regulamente o tema. Atualmente, existe um projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (PL nº 6620/2016) [36] que visa a internalizar a audiência de custódia em todo o país, inserindo, no sistema processual penal brasileiro, a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. [37] Independentemente da aprovação do projeto de lei, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) junto ao Ministério da Justiça (MJ), buscando combater o encarceramento massivo no país, lançaram, em janeiro de 2015, o projeto "Audiência de Custódia"[38]. O provimento[39] publicado conjuntamente estabeleceu que a pessoa presa deverá ser apresentada no prazo máximo de 24 horas ao juízo competente, acompanhada do

---

31 LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014, p. 12.

32 Ibidem., p. 12.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 927.

34 MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia* – Da boa Intenção à boa Técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 16.

35 WEIS, 2013 apud LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014, p. 15.

36 O projeto de lei, originalmente, era o PLS nº 554/2011, de iniciativa do Senado Federal, onde foi recentemente aprovado. Entretanto, é importante ressaltar que a aprovação do PL no Senado se deu com uma série de emendas preocupantes, que desvirtuam o intuito principal das audiências; como por exemplo a autorização para realização de audiências de custódia por videoconferência (art. 306, §11) e a extensão do prazo para apresentação da pessoa presa em flagrante para cinco dias, ao invés de 24 horas, em casos estabelecidos (art. 306, §12).

37 CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf

38 MARQUES, op. cit., p. 10.

39 Poder Judiciário do Estado de São Paulo, Diário da Justiça, Ano VIII, Edição 1814, São Paulo, terça-feira, 27 de janeiro de 2015. Tribunal de Justiça. Provimento Conjunto nº 03/2015. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/ Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>.

auto de prisão em flagrante, após entrevista com advogado(a) ou defensor(a) público(a).[40]

Apesar da audiência de custódia ser projetada como uma ferramenta de luta e prevenção à tortura e procedimentos similares, o provimento somente fez referência à possibilidade de o juiz requisitar exame de corpo de delito frente a "possíveis abusos" cometidos durante a prisão.[41] Em agosto do mesmo ano, a audiência de custódia foi proclamada constitucional pelo Supremo Tribunal federal, através da Ação de Inconstitucionalidade 5.240/SP. [42]

O CNJ, no final de 2015, editou a Resolução no 213/2015 especificando os métodos para a realização da audiência de custódia, contendo um Protocolo preciso com "Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". Assim, recomenda-se à autoridade judicial atenção às condições de apresentação da pessoa mantida sob custódia a fim de averiguar a prática de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante considerando duas premissas:

> a prática da tortura constitui grave violação ao direito da pessoa custodiada;
>
> a pessoa custodiada deve ser informada que a tortura é ilegal e injustificada, independentemente da acusação ou da condição de culpada de algum delito a si (Resolução do CNJ no 213/2015).

A falta de interesse no Brasil por parte dos poderes durante anos sobre a matéria, claramente, agravou a situação. A ausência de um controle sobre a atividade policial junto à política brasileira de encarceramento em massa fez com que, na prática, um dos principais instrumentos de combate à violência do estado perdesse legitimidade nos país. A falta de noção dos agentes sobre os seus papeis dentro de um estado democrático transforma a violência e o abuso de poder em rotina nas delegacias e estabelecimentos prisionais.

A ineficiência do regramento jurídico faz-se evidente no cotidiano do processo penal brasileira. Utilizaremos os dados apresentados pela pesquisa desenvolvida pela organização Conectas Direitos Humanos, com o título "Tortura blindada: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de Custódia" [43], para compreender melhor o quadro e, em especial, o papel que o Ministério Público vem desenvolvendo.

Constitucionalmente, o controle externo da atividade policial é tarefa do Ministério Público. No entanto a referida pesquisa irá apontar que a pratica se distancia da tarefa constitucional posta. Dentre as audiências de custódia, a instituição, entre as que foram observadas, que apresentou a atuação menos relevante nos casos de violência policial foi o a instituição ministerial.[44] Cabe salientar que, após a manifestação do juiz, o segundo ator a se manifestar na audiência de custódia é o próprio Ministério Público. Nas situações que relatam algum tipo de violência, a postura ministerial, na grande maioria das vezes, é a omissão. Em 80% dos casos que apresentaram algum relato de violência, o procedimento ministerial adotado foi o de não intervir. Porém, a conduta dos agentes do Mistério Público altera drasticamente quando se tem como intenção apurar o crime supostamente praticado e justificar a conversão da prisão em preventiva.[45]

O que se observa aqui é que o agente ministerial é extremamente enfático na audiência de custódia quando há interesse em dar sequência à persecução penal, porém não demostra interesse algum frente a outra atribuição constitucional. A situação é tão grave que, quando há interferência do agente frente a um relato de violência, em mais de 60% das vezes, o objetivo ministerial foi de "justificar ou naturalizar a agressão", ou

40 CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017, p. 22.

41 Ibidem., p. 22.

42 REIS, Mauricio Martins. A audiência de custódia como exemplo privilegiado da bipolaridade da justiça constitucional brasileira: entre a afirmação normativa e a denegação pragmática de direitos fundamentais. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia* – Da boa Intenção à boa Técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 23.

43 Maiores informações sobre a pesquisa em: CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf.

44 Ibidem. P. 62

45 Idibem. p. 62.

até mesmo buscar desacreditar as vítimas, contestando suas declarações através dos elementos encontrados no Boletim de Ocorrência.[46] Como se observa nas falas colhidas durante a realização da audiência:

> "MP: Essas lesões que o senhor tá é por causa dos policiais? Então V., por que eles falaram aqui que o senhor partiu pra cima deles com alicate de unhas e cortou a mão de um dos policiais? Isso não aconteceu? O senhor não cortou ninguém? Eles já chegaram batendo no senhor? O senhor conhecia algum dos dois?" (questionamento apresentado no caso 75)[47]

> "Se não tivesse roubando não tava apanhando... Não que eu ache que tenha que bater" (Intervenção do Ministério Público no caso 281).[48]

Como ilustra Zaffaroni[49], ao analisar o inimigo na prática do exercício real do poder punitivo, os detentores do poder tendem a individualizar o inimigo conforme suas prioridades e conveniências, aplicando aos que contrariam seus interesses a etiqueta de hostil, nas formas real, imaginária ou potencial. O autor ainda expõe que "(...) a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder"[50]. Somente àqueles que são auferidos o exercício do poder são capazes de definir quando deverá ser cessado o tratamento diferenciado ao inimigo. [51] Tal afirmativa se dá na prática quando observamos o distante tratamento imposto aos presos pelo Ministério Público em uma audiência de custódia. Durante o ato, quando é apresentado um atestado médico que indique as supostas agressões que a vítima teria sofrido por parte do custodiado, esse documento é detalhadamente lido em audiência. Todavia, um documento médico que ateste o atendimento ao preso é simplesmente ignorado pelo agente ministerial.[52]

A desastrosa ação de controle externo da atividade policial se mostra evidente quando, por inúmeras vezes, a instituição tende a reforçar a imagem de criminoso, fazendo o uso das folhas dos antecedentes do acusado, bem como efetuando certos apontamentos sobre familiares do detido que estariam presos, empregando uma busca insaciável de deslegitimar a credibilidade dos relatos trazidos. O sentimento é de que o pensamento ministerial está direcionado a ignorar o relato de violência trazido ou, até mesmo, que essa prática se justifique como necessária para a efetiva atuação policial.

Outro ponto que precisamos mencionar é que o agente ministerial durante as suas manifestações na audiência de custódia faz uso constante dos relatos policias que indicam a confissão por parte do acusado, as chamadas confissões informais, essa pratica tende a corroborar a fala policial. O que nos chama a atenção nesse momento é a tranquilidade com que a falta de testemunhas que não estejam diretamente relacionados ao delito se fazem desnecessárias para os procedimentos.[53]

A pesquisa aponta que, como praxe, a participação ministerial nas audiências de custódia resume-se em pedir a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ignorando completamente os relatos de abusos. Tal prática nos faz acreditar que a única função da instituição é, muitas vezes, atolar o sistema prisional. Faz-se necessário lembrar que cabe ao Ministério Público, entre outras atribuições, salvaguardar os preceitos constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana.[54]

Em alguns casos, o Ministério Público não só fica indiferente frente à violência sofrida por um preso, como também se torna o carrasco a ameaçar essa vítima. Utilizaremos um relato apresentado na pesquisa do Instituto Sou da Paz para demonstrar a tamanha insensatez de alguns promotores:

46 Ibidem., p. 62.
47 Ibidem., p. 63.
48 Ibidem., p. 64.
49 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de janeiro: Revan, 2007, p. 82.
50 Ibidem., p. 25.
51 Ibidem., p. 25.
52 CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. .
53 Ibidem., p. 64.
54 GOIÁS. Ministério Público de Goiás. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. *Manual Nacional do Controle Externo da atividade Policial*. Goiania: Ministério Público do Estado de Goiás, 2009, p. 29.

> (...) logo após a audiência ser encerrada, em momento em que as intervenções não estavam mais sendo gravadas, após confirmar com o(a) juiz(a) que o caso seria encaminhado ao DIPO 5, o(a) promotor(a) que estava presente começou a fazer diversas ameaças66 à pessoa presa, não apenas insinuando que os relatos sobre a violência policial eram mentirosos, mas também dizendo que poderiam ter consequências negativas para ele(a): 'O seu caso vai ser encaminhado para o DIPO 5 e tudo isso vai ser apurado, se ficam comprovado que o senhor mentiu vai ser processado por denunciação caluniosa, entendeu? O que você tá fazendo é muito grave, é bastante grave dizer que os policiais cometeram um crime que não cometeram, você pode ser processado por isso' (Comentário do Ministério Público à vítima após o término da audiência de custódia 71).[55]

Fica evidente, segundo a pesquisa, que a ideia comum dos promotores que atuam em audiências de custódia é que existe, por parte do preso, algum interesse em elaborar relatos de agressão, para que pudessem se beneficiar disso. O que na prática não faz muito sentido frente ao baixíssimo número de investigações oriundas de tais denúncias, bem como o agente ministerial manteve seus critérios para pedir a conversão da prisão em preventiva.[56] Somente em 12% dos casos que apresentaram denúncias de violência policial durante a audiência de custódia houve manifestação do Ministério Público em pedir a apuração, que, por sua vez, majoritariamente, consistia na solicitação de encaminhamento ao Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO), ou o pedido de encaminhamento genérico para apuração das agressões alegadas.[57]

Assim, o evidente descaso com o controle externo da atividade policial por parte dos agentes ministeriais, não pode ser encarado com um problema individualizado. Estamos lidando com grandes lapsos institucionais de formas de controle, em vários momentos o que encontramos é uma ausência de compreensão por parte do promotor sobre a matéria, nos fazendo entender que a raiz da problemática é institucional. Mesmo com quase 30 anos desta atribuição constitucional, a falta de uma política efetiva proporciona que a atividade policial se dê, muitas vezes, distante da lógica esperada por em Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde democrática de um Estado pode ser avaliada de acordo com os procedimentos e práticas institucionais. Assim, se um estado consegue atingir de forma massiva os direitos e garantias constitucionais de toda a sua população, podemos entender que se trata de um estado saudável. Porém, quando os direitos e garantias não são observados de maneira igualitária para a sua população, é preciso refletir, pois estamos frente a um estado falido em sua democracia.

O Brasil vive um recente processo de redemocratização. Há pouco mais de 30 anos, o país convivia com um regime ditatorial e, apesar dos esforços do constituinte, boa parte das instituições ainda reflete a influência destes tempos cinzentos. Um grande expoente deste processo é a polícia, que manteve sua estrutura militarizada, bem como, historicamente, combina sua atuação a um uso excessivo da força.

É preciso salientar que o aumento da criminalidade e, consequentemente, da violência, acarreta a legitimação, por parte de uma parcela da população e de algumas instituições, de um uso excessivo da força por parte dos policiais, como se o problema da criminalidade fosse resolvido com uma ação policial mais violenta. Destarte, no país, as demandas por segurança historicamente são enfrentadas com um modelo autoritário de polícia.

Frente a esta perspectiva, entender o papel do Ministério Público como agente externo de controle da atividade policial, faz-se mais do que necessário; afinal, o constituinte, tentando limitar a conhecida violência policial através do sistema de freios e contrapesos, atribuiu essa tarefa, de forma exclusiva, ao parquet.

---

55 CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017. p. 65.

56 Ibidem., p. 65.

57 Ibidem., p. 65.

As respostas apresentadas durante a pesquisa não são nada satisfatórias, pois, além de identificarmos as falhas da instituição sobre o controle, iremos perceber que um dos grandes problemas que verificamos é que, ao dar a atribuição de controlador externo da atividade policial de forma exclusiva para a instituição ministerial, o constituinte deixou de oportunizar uma série de formas alternativas de controle. Possivelmente, isso contribuiu para a construção do panorama atual, em que uma parte da população tem seus direitos violados, com abusos frequentes por parte da ação policial, não encontrando os caminhos formais para realizar, de maneira eficaz, o encaminhamento de uma denúncia.

Ao analisarmos a relação da política criminal de drogas no país e o processo de seletividade penal, foi possível perceber que todo o processo de criminalização frente à questão da droga é utilizado para, de forma exclusiva, atingir uma parcela da população. Todas as instituições trabalham de forma pacífica neste sentindo, não vimos, em nenhuma etapa do processo, algum questionamento sobre o tema. O policial faz abordagem, o Ministério Público denuncia e o Juiz condena. As ações por parte das instituições têm um alto nível de efetividade ao olharmos pela lógica do encarceramento de massas. Poucas vezes houve alguma manifestação quanto à forma que a ação policial se deu. As ações truculentas e abusivas da polícia se legitimam nos discursos do sistema penal.

Ao estudar as experiências das audiências de custódia no país. Este ato processual, que busca, entre outras tarefas, garantir o efetivo controle da atividade policial, tenta evitar ações violentas e distantes de um processo democrático, porém, mostrou-se pouco efetivo até o presente momento. Apesar de ser apontada como uma alternativa ao hiperencarceramento, vimos que, na prática, os pensamentos dos juízes e promotores ainda estão direcionados à prisão como uma resposta à criminalidade.

Dos agentes presentes em uma audiência de custódia, verificamos que, infelizmente, a instituição que apresenta o papel menos relevante é o Ministério Público. A ação ministerial, frente a relatos de abuso e violência por parte do agente policial, é quase nula. É neste momento que, efetivamente, podemos concluir o quão distante está a instituição ministerial do efetivo controle da atividade policial. Se, por um lado, a população não reconhece o parquet como uma forma de controle aos abusos policiais, não lhe encaminhando as demandas diretamente, por outro, a instituição se omite frente a uma clara violação de direitos e, muitas vezes, chega a justificar a violência sofrida pela vítima como uma das atribuições do policial.

O quadro brasileiro é alarmante, uma reforma estrutural se faz por necessária em caráter urgente. Não podemos mais conviver pacificamente com as violências que o sistema impõe. Não podemos mais naturalizá-las.

Se iniciamos este trabalho pretendendo avaliar o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tendo como referência as prisões em flagrante pelo delito de drogas, o que concluímos é que o Ministério Público, atualmente, limita-se a corroborar com as ações policiais. Nenhum questionamento à pratica policial é feito de forma efetiva pela instituição ministerial, suas ações de averiguação de demandas são nulas e sempre buscam desacreditar as vítimas, como se um controle efetivo da atividade pudesse, de alguma forma, atingir a persecução penal.

Assim, o Ministério Público, ao invés de se apresentar como garantidor dos direitos e garantias constitucionais, torna-se, devido esta inércia, uma instituição apática em relação às demandas sociais vigentes no país. Portanto, é mais do que necessário que a instituição efetue uma reforma imediata, construindo programas que auxiliem e incentivem os promotores a lutarem de forma efetiva por todo e qualquer cidadão, desentrelaçando um pouco o sistema penal brasileiro dessa configuração baseada no inimigo do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia* – O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Taumaturgo. Controle Externo da atividade Policial: o outro lado da face. *MPCE*: [S.l.], [s.d.].

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional. *Relatórios estatísticos sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional>. Acesso em: 03 jun. 2017.

CARVALHO, Salo de. A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONECTAS. *Tortura blindada:* como as instituições d sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. *CNJ:* Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001.

GOIÁS. Ministério Público de Goiás. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. *Manual Nacional do Controle Externo da atividade Policial*. Goiânia: Ministério Público do Estado de Goiás, 2009.

GÓIS, Marcelo Vasconcelos. Atuação do Ministério Público na investigação criminal. In: FISCHER, Douglas (Org.). *Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)*. Brasília: ESMPU, 2014.

GUERRA, Maria Pia. A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle Externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.

KANT DE LIMA, Roberto. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Práticas Policiais: o Caso Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. In: NOVAES, Regina (org.). *Direitos humanos*: temas e perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Lúnen Júri. 2003.

LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014.

LUNARDON, Jonas Araújo. *"Ei, polícia, maconha é uma delícia!"* O proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social. 2014. Dissertação (Mestrado) – Programa Pós- Graduação em Ciência Política, UFRGS. Porto Alegre, 2014.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia* – Da boa Intenção à boa Técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. Controle da atividade policial pelo Ministério Público. *Consultor Jurídico:* [S.l.], 2009.

REIS, Mauricio Martins. A audiência de custódia como exemplo privilegiado da bipolaridade da justiça constitucional brasileira: entre a afirmação normativa e a denegação pragmática de direitos fundamentais. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia* – Da boa Intenção à boa Técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

RODRIGUES, João Gaspar. Controle externo da atividade policial: Um faz de conta à brasileira. *Revista Jurídica Consulex*., v.18, n.411, 2014.

SALES, Kleber. A Realidade Atual Do Sistema Penitenciário Brasileiro Revista. *Cej*, Brasília, Ano Xi, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

SILVA, Gabriela Faliza e: GURGEL, Yara Maria Pereira. A Polícia na Constituição Federal de 1988: apontamentos sobre a manutenção de um órgão militarizado de policiamento e a sua incompatibilidade com a ordem democrática vigente no Brail. Revista Brasileira Segurança Pública, São Paulo v.10. n.1, 142-158, Fev/ Mar. 2016.

SOUSA JÚNIOR, Carlos César Silva. Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Boletim Científico ESMPU*, a.14, n. 45, p.107-141, jul./dez. 2015.

SOUZA, Luciano Machado de; DIAS, Lucas Costa Almeida. O controle externo da atividade policial pelo ministério público como instrumento para a defesa do regime democrático. *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional*: Parana

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de janeiro: Revan, 2007.

IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DE "DRONES" COMO FORMA DE POLICIAMENTO NO BRASIL: MILITARIZAÇÃO DA VIDA URBANA E CONTROLE SOCIAL

Roberta da Silva Medina[1]

RESUMO: O objetivo do presente artigo é investigar as implicações do uso de *drones* como forma de policiamento no Brasil. A hipótese é que novas formas de controle social suplantam cada vez mais os espaços tidos como "disciplinares". Para isso, implica também relacionar a sensação de insegurança e a guerra nas cidades sob a ótica do "novo urbanismo militar". Abordam-se, para tanto, as principais teorias que envolvem o fenômeno por meio de pesquisa bibliográfica sob o método dedutivo. Ao final, afere-se que esta realidade é consequência do agigantamento do poder punitivo, feito através da expansão da tutela de justiça penal auxiliada por outros processos de controle, retroalimentadores da prisão.

Palavras-chave: Controle Social. Drones. Urbanização Militar.

ABSTRACT: The objective of this article is to investigate the implications of using drones as a way of policing in Brazil. The hypothesis is that new ways of social control increasingly supplant spaces considered as "disciplinarians". For that, it implies too to relate the feeling of insecurity and the war in the cities on the view of "the new military urbanism". Then, the main theories that involves the phenomenon are approached by bibliographic research, using deductive method. Finally, it is checked that this reality is a consequence of the growth of punitive power, through the expansion of criminal justice custody, aided by other control processes that are feeders of imprisonment.

Keywords: Social Control. Drones. Military Urbanization.

1 INTRODUÇÃO

Foucault foi um pensador que contribuiu de forma primordial às mais diversas áreas do saber. Nesse sentido, para os fins da abordagem que propomos neste ensaio, de forma didática, sua produção poderia ser entendida desde três grandes momentos: arqueologia do saber, genealogia do poder e ética. Desta forma, foi a partir da década de setenta do século XX, na dita segunda fase, que Foucault orientou seus estudos como forma de desvelar as relações de poder. De forma simplificada, o poder soberano é aquele que decide sobre o direito de vida e de morte: *causar a morte ou deixar viver* (FOUCAULT, 2017, p. 146). No entanto, em seus escritos, Foucault afirma que a partir do século XVIII, houve uma maciça transformação que contemplou este velho direito de soberania – "um poder exatamente inverso: poder de "fazer" viver e de "deixar" morrer" (FOUCAULT, 2005, p. 286). Sob este novo paradigma, o *mecanismo disciplinar* (FOUCAULT, 2014) é aquele que incide sobre corpos individuais, no plano do cotidiano, modulando-os, através de instituições totalizadoras. Contudo, em uma perspectiva *biopolítica*[2], o poder sobre a vida e sobre as massas irá se exercer sob uma terceira forma, através de *dispositivos securitários*.

Nestes termos, a governamentalidade[3] biopolítica será pautada em termos de segurança – que, como

1 Graduanda em Direito pela PUCRS. Bolsista PIBIC/PUCRS de Iniciação Científica vinculada ao Grupo de Pesquisa "Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica" (PUCRS). E-mail: robertamedina1995@gmail.com.

2 O conceito de "biopoder" pode ser basicamente entendido como: "o conjunto de mecanismos por meio dos quais aquilo que, na espécie humana, constitui seus traços biológicos fundamentais poderá ser parte de uma política, uma estratégia geral de poder; em outras palavras, como, a partir do século XVIII, a sociedade, as sociedades ocidentais modernas, tomaram em conta o fato biológico fundamental de que o homem constitui uma espécie humana" (FOUCAULT, 2008, p. 15).

3 De enorme discussão, o termo, para Foucault, remete ao "conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder

técnica política, "acondiciona um meio (...) em função de uma série de acontecimentos possíveis, ou seja, regula a aleatoriedade inscrita num espaço dado" (AMARAL, 2018). Sob este viés, o medo do inimigo é tido como maior fonte de legitimidade do controle e de neutralização da população. Emerge, portanto, uma governamentalidade pautada no medo, que utiliza o temor da população para projetar controle e projetar poder, sob a ode de segurança, e em nome da hipótese de futuros comportamentos tidos como "perigosos". No entanto, frisa-se que a segurança é "uma maneira de somar, de fazer funcionar, além dos mecanismos de segurança propriamente ditos, as velhas estruturas da lei e da disciplina" (FOUCAULT, 2008, p. 26).

A insegurança como princípio de organização da vida coletiva (WACQUANT, 2008) tem como efeito direto a demanda pela ampliação da vigilância do controle de populações, que vão ser configuradas através de novas tecnologias securitárias. Diante da crise generalizada dos meios de confinamento, referentes à sociedade de disciplina, é que nascem as novas configurações de controle (AMARAL, 2018). Nesse sentido, a vida urbana passa a ser regulada a partir de uma noção de controle, sendo cada vez mais frequente o uso de dispositivos de monitoramento e controle eletrônico de forma dispersa por toda a sociedade. São novas forças que se anunciam – *sociedade de controle* (DELEUZE, 1992) em contrapartida à sociedade disciplinar. Nesta perspectiva, pouco a pouco, formas de controle ao ar livre tomam espaço e se agregam às antigas formas disciplinares – em suma, não se trata mais de isolar o suspeito pelo encarceramento, mas de "interceptá-lo em seu trajeto" (AMARAL 2018). Transforma-se, portanto, em alvo o cotidiano da população.

É neste contexto que a utilização dos *drones*, dispositivos de vigilância aérea convertidos em máquinas de matar, é eminente. Ao *projetar poder sem projetar vulnerabilidade* (CHAMAYOU, 2015, p. 20), tais dispositivos possuem a capacidade de reconfiguração das categorias biopolíticas imaginadas até então – através de um olhar constante sobre o inimigo, os *"pan-ópticos" voadores* e armados formulam projetos de redefinição do poder soberano de vida e de morte (CHAMAYOU, 2015, p. 26). Neste ponto, frisa-se que o uso de tal dispositivo, apesar de amplamente discutido na atualidade, não é uma novidade, sendo que suas origens podem ser traçadas, pelo menos, desde a Primeira Guerra Mundial (CAVALLARO, 2012, p. 08).

Inicialmente, no contexto mundial, foi usado como aparato de vigilância, sendo, posteriormente, equipado como arma. O primeiro *drone* armado voou sob o Afeganistão por volta de outubro de 2001 (CAVALLARO, 2012, p. 08). Desde então, seu uso vem sido amplamente difundido pela política externa dos Estados Unidos, movida pelo "anseio de segurança" através do sempre emergente combate ao terrorismo. As vítimas dos ataques de *drones* são muitas, sendo o número exato de mortos e feridos desconhecido[4], pela dificuldade de se obter informações precisas quanto às estratégias políticas adotadas pelos Estados Unidos ao utilizar tal dispositivo, sendo, inclusive, sabido que o governo americano conta a morte de homens adultos como "morte de terroristas", a não ser que haja uma clara evidência em sentido contrário (GRAHAM, 2016b).

Atualmente, no Brasil, o policiamento por meio do uso de *drones* é uma realidade, especialmente após os megaeventos sediados pelo país nos últimos anos (especialmente, as Olimpíadas de 2016 e a Copa do Mundo de 2014). O panorama se reconfigura na medida em que a expansão dos recursos de controle e punição vêm acompanhada da tendência de transformação do espaço das cidades, ou seja, modelos globais de técnicas de militarização territorial são implementados via um chamado "efeito bumerangue" (GRAHAM, 2016): inicialmente ensaiados em zonas de ocupação, como Gaza ou Bagdá, por exemplo, depois internalizados como dispositivos de vigilância de fronteiras e depois como meios de controle populacional. Urge, portanto, para os próprios estudos criminológicos, delinear mais claramente o desenvolvimento desta

---

que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por "governamentalidade" entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de "governo" sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma séria de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por "governamentalidade", creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco "governamentalizado" (FOUCAULT, 2008, pp. 143-144).

4 "De junho de 2004 até setembro de 2012, fontes seguras indicam que os ataques de drones mataram entre 2.562 e 3.325 pessoas no Paquistão, dentre essas, de 474 à 881 eram civis, incluindo 176 crianças" (The Bureau Of Investigative Journalism. Disponível em: <http://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones>. Acesso em: 16 de maio de 2018).

tecnologia, bem como expor as implicações – ainda que incipientes, mas profundamente representativas – do uso de *drones* no Estado brasileiro como prova das estratégias securitárias envolvidas.

Assim, com o objetivo de investigar as implicações do uso das novas tecnologias de controle social que se anunciam, especialmente o *drone,* abordam-se as principais teorias que envolvem o fenômeno por meio de pesquisa bibliográfica sob o método dedutivo, e, para verificar a hipótese de incremento das estratégias de controle pelo Estado brasileiro, via instituições de segurança pública, pela utilização de *drones*, realiza-se um esboço empírico, solicitando-se informações aos órgãos responsáveis por meio das ferramentas garantidas pela Lei de Acesso à Informação.

2 GUERRA CIVIL E ESPAÇO URBANO

Ao menos desde o século XVIII vê-se o surgimento da *população* como categoria política, o que possibilitou uma diferente arte de governar, cenário este em que os mecanismos de segurança começam a ter preponderância. Nesse sentido, Foucault, em seus estudos, expõe que a punição não estaria apenas atrelada à reparação ou à vingança – estaria elaborada a partir da concepção de defesa e proteção da sociedade (FOUCAULT, 2015, p. 62). A biopolítica, portanto, é uma tecnologia de poder que visa "a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos" (FOUCAULT, 2005, p. 293), legitimada pelo medo do inimigo, que, por sua vez, deve ser neutralizado através da guerra (ZAFFARONI, 2011, p. 139).

Foucault, invertendo Clausewitz, fugirá ao lugar-comum ao perceber a *guerra civil* como aquilo que assombra o poder, habitando-o, "na forma da vigilância, da ameaça, da posse da força armada, enfim, de todos os instrumentos de coerção que o poder efetivamente estabelecido adota para exercer-se" (FOUCAULT, 2015, p. 30), de forma que "o poder não é o que suprime a guerra civil, mas o que a trava e lhe dá continuidade" (FOUCAULT, 2015, p. 30). A guerra, portanto, é posta explicitamente como um objetivo político – "a política deve resultar na guerra, e a guerra deve ser a fase final e decisiva que vai coroar o conjunto" (FOUCAULT, 2005, p. 303).

Sob este paradigma, a política como fundamento tem uma forma de guerra, que é exercida dentro do próprio Estado e, precisamente, orientará a exceção. Esta concepção é de suma importância, pois, ao introduzir a noção de guerra civil como base do exercício político estatal, tende-se a reverter o modo consensual como em sociedade a guerra é percebida, vez que o debate em geral sob o tema prioriza pensá-la apenas como elemento externo, como forma declarada contra outros países, tendência que camufla o conflito permanentemente criado pelas formas de repressão no âmbito do próprio Estado nacional. Neste sentido, "fazer morrer" e a guerra como processo ininterrupto de ações estratégicas em conflito permanente não são situações avessas às democracias, e sim operam como paradoxos no interior das mesmas. A guerra, em termos biopolíticos, além de ser uma forma de regenerar a própria raça (FOUCAULT, 2005), visa a exterminar a desordem de forma naturalizada, sem causar indignação, porque é justificada como tática de segurança e cuidado da vida. Assim, as guerras já não são travadas em nome do monarca, do soberano a ser defendido – trava-se uma guerra em nome da existência de todos.

Por conseguinte, a noção de *guerra* como "pública e justa", em sua concepção moderna, deve ser desconstruída, porque em seu lugar emergem *estados de violência* (GROS, 2009), ou seja, redistribuições da guerra em configurações inéditas. Tal modificação é elencada sob princípios específicos de estruturação: estouro estratégico, dispersão geográfica, perpetuação indefinida e incriminação, onde todos estão opostos ao estado de guerra (GROS, 2009, p. 229). Concisamente, os estados de violência fazem aparecer uma multiplicidade de figuras novas, que podem ser concebidas como o "terrorista" (desde o traficante, chefe de facções, até os ativistas de movimentos sociais etc.)... Ademais, a guerra costumava ter uma temporalidade fortemente esquematizada, com a sua declaração, a mobilização dos exércitos e o período de paz. Os conflitos atuais abrem, ao contrário, o tempo indefinido e permanente. A guerra, em sua forma clássica, opunha soldados matando-se mutuamente segundo códigos. Hoje, são civis que majoritariamente morrem, sem possuírem a chance de se defender ou de, nem ao menos, identificar seu "combatente". Ainda, a guerra funcionava através da concentração geográfica da violência armada – hoje, a morte violenta pode sobrevir em toda parte e, principalmente, no centro das grandes cidades. Assim, há uma "variabilidade da guerra" a

partir de sua urbanização (SASSEN, 2010, p. 34). Cidades estão se tornando locais para uma nova espécie de conflitos, como a guerra assimétrica via violência urbana.

Nesta senda, pensar a insegurança e a guerra nas cidades implica reconstruir a problemática do "novo urbanismo militar", que estabeleceu uma nova lógica nos espaços urbanos. Neste ponto, a consolidação da humanidade como espécie predominantemente urbana fez com que as estratégias e recursos de controle, vigilância e repressão fossem pensados para as cidades, assim estudados e construídos em sede de uma militarização da sociedade civil, como por exemplo "a extensão das ideias militares de rastreamento, identificação e seleção nos espaços e meios de circulação da vida cotidiana" (GRAHAM, 2016, p. 24). Como característico de um poder biopolítico, tais mecanismos estão sendo incorporados ao cotidiano da população, através da corriqueira justificação de (in)segurança, atuando diretamente na infraestrutura e planejamento das cidades, sob forma de agigantamento do poder punitivo. Paulatinamente, cidades inteiras se transformam em verdadeiros campos de batalha, na medida em que se supõe que os *inimigos* camuflam-se dentro do caos dos grandes centros urbanos. Portanto, através do *slogan* da segurança, consubstanciada em um perigo difuso, a população autoriza a deflagração de uma guerra em desfavor de um inimigo não mais reconhecido como igual e pertencente àquela sociedade.

Como dito, para otimizar novas formas de ações repressivas em espaços urbanos, são necessárias novas formas tecnologias de controle, vigilância e repressão, que são, majoritariamente importadas dos campos de batalha fora das fronteiras. Nesse sentido,

> "O novo urbanismo militar se alimenta de experiências com estilos de objetivos e tecnologias em zonas de guerra coloniais, como Gaza ou Bagdá, ou operações de segurança em eventos esportivos ou cúpulas políticas internacionais. Essas operações funcionam como um teste para a tecnologia e as técnicas a serem vendidas pelos prósperos mercados de segurança ao redor do mundo" (GRAHAM, 2016, p. 30).

Assim é que, como dissemos, sob esse paradigma, Stephen Graham em franco diálogo com Foucault, denomina tal situação de "efeito bumerangue", ocorrido sempre que governos de países capitalistas centrais empregam técnicas de controle social e espacial desenvolvidas e testadas em suas (antigas) colônias ou em seus próprios países. Neste sentido, o uso progressivo de equipamentos de segurança e vigilância oriundos de tecnologias militares em ambiente doméstico é resultado do aprofundamento da cultura de vigilância e militarização progressiva dos espaços, por meio da concepção de "Segurança Interna" (GRAHAM, 2016). No entanto, é preciso atentar que à medida em que tecnologias de *drone* são implantadas em áreas urbanas com maior regularidade, há uma mudança na maneira como esses espaços são construídos e as populações que ali habitam são supervisionados e, consequentemente, governadas.

Assim, é fundamental refletir sobre o uso de *drones* – mecanismos pensados a partir de lógicas militarizadas de controle social, que, atrelados às inovações tecnológicas, podem permitir o acesso a informações antes sequer imaginadas – como forma de policiamento nas cidades, em um contexto de militarização do cotidiano, e, acima de tudo, como meio eficaz de perpetuar a guerra de forma assimétrica.

3 O POLICIAMENTO POR *DRONES* NO CONTEXTO BRASILEIRO

Com a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, sediadas no Brasil, houve uma significativa modificação nas estratégias de garantia da segurança pública do país, em grande medida, fruto das exigências feitas pelas corporações transnacionais e entidades globais como a FIFA e o COI. Nesse sentido, as cidades brasileiras, principalmente as que serviram de sede para tais acontecimentos, tornaram-se locais de experimentos no monitoramento de lugares e pessoas através da aquisição de tecnologias de ponta – dentre elas, os *drones* (GAFFNEY, 2014, p. 165).

Assim, o policiamento realizado através dos *drones* vem se naturalizando no país, persistentemente uma cultura militarizada toma novo fôlego de maneira insidiosa e potencializada, nada distante das pautas frequentes das notícias dos principais veículos jornalísticos do país[5].

5 Como exemplo, "Polícia usa câmera espiã para prender chefe do Jacarezinho". Jornal O Globo. Disponível em:http://

Para confirmar a hipótese desta pesquisa, durante o mês de abril de 2018 foi solicitado, via portal de acesso à informação, aos Comandos do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, bem como ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal, ao Departamento de Polícia Federal, à Brigada Militar do RS e à Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, informações contendo: (a) o número de veículos aéreos não-tripulados (VANT/DRONE) adquiridos de 2013 a 2018; (b) indicação dos atos administrativos que justificaram/motivaram a aquisição de veículos aéreos não-tripulados (VANT/DRONE) de 2013 a 2018; e (c) a relação dos modelos, fabricantes e preços de veículos aéreos não-tripulados (VANT/DRONE) adquiridos de 2013 a 2018.

Em resposta, o Comando do Exército, órgão veiculado ao Ministério da Defesa, informou que adquiriu 94 (noventa e quatro) veículos aéreos não tripulados, os quais foram adquiridos a partir de 2014, após a aprovação das "Condicionantes Doutrinárias e Operacionais" e da "Diretriz de Coordenação para Obtenção" dos Sistemas de Aeronaves Remotamente Pilotadas (SARP). Nesses documentos, verifica-se que a utilização de *drones* tem por objetivo "assegurar a liberdade de ação e aumentar o nível de consciência situacional dos comandantes, possibilitando a preservação dos recursos humanos, em situações nas quais o risco seja elevado ou inaceitável e em missões que possam imprimir excessivo desgaste às tripulações das aeronaves pilotadas" (COMANDO DO EXÉRCITO, 2018).

Por sua vez, o Comando da Marinha informou que adquiriu 4 (quatro) veículos aéreos não tripulados entre os anos de 2013 e 2018, em um investimento que custou mais de um milhão de reais. Dentre as justificativas que impulsionaram tal aquisição, estão, manifestamente, o uso do dispositivo no auxílio da segurança dos eventos esportivos supracitados, bem como a utilização para vigilância nas periferias do Rio de Janeiro nas operações de intervenção das forças armadas na segurança pública do referido estado da federação:

> "O Plano Estratégico de Segurança Integrada para os Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016, da Presidência da República, demandou uma estrutura de vigilância e proteção de alta complexidade e eficácia, no tráfego de informações em ambiente de alta densidade de dados transitados, como previsto para esses Grandes Eventos. Essa necessidade foi atendida pelo emprego do SARP HORUS FT 100 pelas tropas de Fuzileiros Navais, equipamento que contribuiu, sobremaneira, para a eficiência e a eficácia do Sistema de Vigilância desenvolvido para os jogos e garantiu a interoperabilidade com o modelo similar utilizado pelo Exército Brasileiro, que também compunha as forças de segurança do evento.
>
> As ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) autorizadas por decreto da Presidência da República em julho de 2017, com a atuação de tropas das Forças Armadas na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, gerou a necessidade de aquisição do meio (que dispõe de asas rotativas), para seu emprego nas operações em áreas urbanas, como equipamento necessário para o levantamento de dados de inteligência e vigilância dos locais onde as tropas de Fuzileiros Navais iriam atuar. (COMANDO DA MARINHA, 2018)".

O Comando da Aeronáutica, por seu turno, informou que, no período de 2013 a 2018, foi adquirida uma aeronave remotamente pilotada, no valor de oito milhões de dólares americanos, tendo como finalidade seu "emprego no desenvolvimento de doutrina de operação, coleta e fornecimento de mapeamento e inteligência de sinais" (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2018). De acordo com informação veiculada em março de 2014, a referida aeronave seria empregada em operações da Copa do Mundo de 2014, e possui "um conjunto de 10 câmeras de alta resolução que permitem a vigilância de uma região inteira" (FORÇA AÉREA BRASILEIRA, 2014). Por outro lado, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal informou que as atividades com veículos aéros não-tripulados foram realizadas por iniciativas isoladas, inexistindo dados exatos sobre a quantidade de equipamentos em uso. Entretanto, relatou que eles estão sendo empregados em "operações de fiscalização de trânsito, monitoramento de rodovias, controle de fluxo, treinamento de servidores e utilização em grandes eventos como Copa do Mundo e Olimpíadas" (DEPARTAMENTO DE

g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/01/policia-usa-camera-espia-para-prender-chefe-do-jacarezinho-rio.html. Acesso em: 05 de maio de 2018. "Drone da Polícia Militar vai reforçar a segurança no centro da capital". Agência Minias. Disponível em: http://agenciaminas.mg.gov.br/noticia/drone-da-policia-militar-vai-reforcar-a-seguranca-no-centro-da-capital. Acesso em: 05 de maio de 2018. "Uso de drones dispara no país". Bom Dia Brasil. Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/6398283/. Acesso em: 05 de maio de 2018.

POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2018).

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Brigada Militar e a Polícia Civil negaram o acesso à informação alegando sigilo, e, assim, ocultaram as motivações e as formas de utilização dos dispositivos em termos de segurança pública no Estado (ironicamente, justificada pela possibilidade de se causar danos à segurança da sociedade com a divulgação de tais informações)[6]. Não obstante, ainda assim, fica nítido que os *drones* estão sendo utilizados em diversas "atividades policiais" em andamento no Estado:

> [...] informações relativas a equipamentos usados pela Brigada Militar não poderão ser disponibilizados, eis que tratam-se de informações sigilosas e estratégicas, que se disponibilizadas poderão causar risco ou dano à segurança da sociedade, uma vez que tais equipamentos – DRONES, são utilizados em diversas atividades policiais e o fornecimento dos dados técnicos e quantitativos poderão comprometer seu uso ou atividades que for empregado (BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

> [...] a divulgação de tais conhecimentos de inteligência relacionados aos meios e tecnologias em uso, pela Instituição, para investigação policial são passíveis de colocar em risco a segurança da sociedade, bem como de comprometer outras atividades de inteligência e investigações criminais em andamento. (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

A partir das informações coletadas apurou-se notável crescimento do número de veículos aéreos não tripulados adquiridos pelos órgãos de segurança brasileiros a partir de 2014, quando da realização dos megaeventos sediados pelo país. Entre as justificativas apresentadas, evidencia-se que tanto o Comando da Marinha quanto o Departamento de Polícia Rodoviária Federal reconhecem o emprego dos dispositivos em operações de inteligência e vigilância em áreas urbanas, notadamente para o policiamento de grandes eventos e regiões periféricas onde o "estado de exceção" ganha contornos permanentes.

Sendo assim, é fundamental assinalar que cada contexto tem seu "estado de guerra" diferenciado, e que, assim, a militarização urbana toma rumos alternativos, a depender da conjuntura em questão. Nos países do "Sul Global", por exemplo, a guerra urbana tem sido impulsionada, principalmente, pelo combate à criminalidade violenta ordinária (GRAHAM, 2016, p. 13). Ainda, em um país como o Brasil, a análise da lógica estigmatizadora do "inimigo interno" perpassa essencialmente o racismo, tendo em vista que a força ostensiva estatal atua manifestamente "como versão moderna e institucional dos capitães do mato da era escravocrata" (GRAHAM, 2016, p. 18). Vive-se, portanto, uma guerra urbanizada travada contra o *inimigo* racializado e biopoliticamente descartável.

Além disso, como as cidades são locais predominantes focados como os espaços da violência contemporânea, esses cenários devem ser interpretados como locais densos e conflituosos, subjugados pela desigualdade e injustiça (SASSEN, 2010, p. 33). Nesse sentido, tais conflitos frequentemente envolvem urbanização forçada ou desurbanização, impulsionadas por relações de poder que visam a controlar o território, através da expulsão dos "*outros*" aos "guetos" e favelas, em uma tentativa de limpeza urbana sistemática. Assim, como consequência de uma sociedade marcadamente excludente, o espaço urbano brasileiro é estruturado a partir da mesma lógica.

Por conta disso, a utilização dos *drones* com a finalidade de rastreamento de alvos e vigilância social nas periferias brasileiras, onde comumente reside a clientela clássica do sistema penal brasileiro – a saber, pobres, negros e vulnerabilizados – é sintomática e, para além disso, é "um indício luminoso para desvendar o que o projeto esconde" (BATISTA, 2011, p. 02): tais dispositivos de vigilância são implementados objetivando o controle de parcelas específicas da população, a partir da reafirmação do perfil criado tradicionalmente de "criminalizável", cuja existência é percebida como uma ameaça mortal e um perigo absoluto, cabendo tão somente caçá-lo para sustentar a estado de segurança. Neste sentido, o controle territorial militarizado contemporânea atualiza a sua maneira, acima de tudo, um *modo de governar a vida.*

Então, através do "efeito bumerangue",

6 Aqui, vale ressaltar que não prestar contas de forma clara sobre o uso de tal dispositivo é uma prática antiga do governo americano. Supõe-se que o interesse por trás dessa omissão se justifica pela evidente violação aos direitos humanos que a política externa americana vem causando com a utilização do mesmo.

> "Novos projetos de segurança, espraiados a partir do capitalismo central, serão extensões do paradigma bélico, recuperando a figura do inimigo interno que deve ser contido e/ou eliminado. As técnicas de contrainsurgência aplicadas pelos estadunidenses nas guerras do Iraque e Afeganistão, bem como a engenharia militarizada da ocupação dos territórios palestinos por Israel, vão compor os programas de política criminal e de segurança pública no mundo. Aqui na nossa margem farão o papel de autocolonização, na qual o povo brasileiro é seu próprio inimigo íntimo, situado em lugares muito próximos e propagadores de medos eugenistas" (BATISTA, 2015, p. 05)

Neste ponto, Achille Mbembe sofisticar a noção de biopolítica foucaultiana afirmando que tal conceito não dá conta plenamente para explicar as formas contemporâneas de subjugação da vida à morte. Para tanto, chama de *necropolítica* o poder que torna possível a destruição material dos corpos e populações julgados como descartáveis e supérfluos, bem como a militarização como modelo de gestão de vida possível no continente africano pós-colonial (MBEMBE, 2016).

Portanto, não se trata mais de uma política voltada para produção da vida (ainda que esta seja necessária), e sim de uma política cujo objetivo é a aniquilação em larga escala de indivíduos que começam a "sobrar", visto que, em uma perspectiva de mundo neoliberal[7], não são rentáveis e, consequentemente, são descartáveis. Portanto, o estado cotidiano vivido nas periferias do capitalismo, que compõem as paisagens dos grandes centros urbanos, replicam com perfeita exatidão a situação exposta por Mbembe no continente africana. A tecnologia de poder colonial, em suma, persiste. Vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o status de "mortos vivos", constituindo um verdadeiro paradoxo dentro de um estado que se pretende "democrático", visto que os matáveis são sempre os mesmos. No entanto, deve-se atentar que por *status de morte* não se deve entender "simplesmente o assassínio direto, mas também tudo o que pode ser assassínio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição etc." (FOUCAULT, 2005, p. 300). Nesta senda, Mike Davis sintetiza:

> "Se o objetivo da guerra contra o terror for perseguir o inimigo dentro de seu labirinto sociológico e cultural, então as periferias pobres das cidades em desenvolvimento serão os campos de batalha permanentes do Século XXI" (DAVIS, 2004, p. 15)

Em suma, estratégias de guerra são pensadas para conflitos urbanos sob uma perspectiva de uma guerra declarada contra sensações e conceitos – corporizados materialmente em segmentos específicos da população. Com a finalidade de obter o controle absoluto de inimigos, investe-se em avançadas tecnologias militares para vigilância permanente, neutralização, aniquilação e subjugação destas formas de vida.

4 "VIVER SOB OS DRONES" – PARA UMA ECONOMIA DO CONTROLE

Conforme demonstrado anteriormente, através do "novo urbanismo militar", há a colonização de novas técnicas de segurança estabelecidas pelo globo – mecanismos pensados a partir de lógicas militarizadas de controle social que, atrelados às inovações tecnológicas, podem permitir o acesso a informações antes nem sequer imaginadas. Por intermédio do recorrível *slogan* da "Segurança Nacional", surge a necessidade de usar algumas dessas mesmas tecnologias para rastrear e identificar os inimigos tidos como ameaçadores em meio ao restante da população. Assim, na dita *sociedade de controle*, novas tecnologias de vigilância suplantam cada vez mais, sem substituir totalmente, os espaços tidos como "disciplinares". Nesta senda, Chamayou exemplifica, de forma certeira, a (re)configuração do poder biopolítico que os *drones* representam, comparando-os com as instituições disciplinares:

> "É esse (...) o efeito de uma vigilância letal permanente: um isolamento psíquico, cujo perímetro não é mais definido por grades, barreiras ou muros, mas pelos círculos invisíveis que traçam em cima das cabeças os rodopios sem fim de mirantes voadores" (CHAMAYOU, 2015, p. 55).

A política do uso de *drones* pelos Estados Unidos é baseada no "mito da visão total" que esse dispositivo supostamente possibilita. Por ser considerado um "panóptico voador", há a reciclagem do velho

7 "O neoliberalismo pode ser definido como um conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência" (DARTOT; LAVAL, 2016, p. 17).

discurso da possibilidade de se efetuar "ataques cirúrgicos" através do *drone* armado e, assim, haveria a possibilidade de reduzir danos coletivos e mortes de inocentes. Além disso, por *projetar poder sem projetar vulnerabilidade* (CHAMAYOU, 2015), a principal modificação que o uso de *drones* armados apresenta nos "estados de violência" contemporâneos é que esta arma "prolonga e radicaliza os procedimentos existentes de guerra à distância, resultando na supressão do combate" (CHAMAYOU, 2015, p. 25), pois a remoção do corpo vulnerável do cenário de combate resulta na invulnerabilidade de quem vigia – isso significa não precisar mais mobilizar as forças policiais em operações de risco.

Nesta senda, a tecnologia de *drone* é projetada como uma solução flexível a todos os desafios de segurança existentes, em ambiente doméstico e internacional (GRAHAM, 2016b). Assim, existe um esforço por parte das empresas fabricantes de *drones* para fazer com que "as pessoas percebam que a tecnologia [drone] é uma parte natural da sociedade futura", sendo incluídas em tal discurso amplas possibilidades benéficas, como "respostas humanitárias aos desastres, entrega de correspondências, monitoramento e policiamento, assim como meio de busca e salvamento" (GRAHAM, 2016b). Ainda, a vigilância pelos *drones* seria mais econômica e eficiente que as já habituais câmeras de vigilância sobrepostas em muros, o que a torna ainda mais atrativa para governos que, imersos em uma racionalidade neoliberal, buscam reduzir custos e maximizar resultados, pois não implicam em "adaptações espaciais nem afixações nas construções. O céu e o ar lhe bastam" (CHAMAYOU, 2015. p. 54). Contudo, é preciso atentar que, evidentemente, tais atores possuem interesse em ocultar a problemática existente por trás de seu uso.

Assim, o "olhar constante" sobre o inimigo, possibilitado pelos *drones*, atua de forma essencialmente preventiva. Trata-se, em suma, de "prevenir a eclosão de ameaças emergentes pela eliminação precoce de seus potenciais agentes" (CHAMAYOU, 2015, p. 44), sendo a "eliminação" entendida aqui de maneira mais ampla, através do conceito de assassínio indireto exposto por Foucault, conforme visto anteriormente. Em uma concepção biopolítica, a lógica básica que justifica a implementação desse sistema de vigilância é de que "em nome da segurança dos cidadãos, todos são potencialmente vigiados", ou seja, "todos são considerados suspeitos para garantir a segurança" (SASSEN, 2013), exatamente como retratado na "sociedade de suspeição" descrita por Gary T. Marx, onde "estratégias de antecipação buscam reduzir o risco e a incerteza" (2010, p. 160). Assim,

> "Novas doutrinas de guerra perpétua estão sendo usadas para tratar todos os moradores urbanos como alvos constantes, cuja natureza benigna, em vez de ser presumida, agora precisa ser constantemente demonstrada para complexas arquiteturas de vigilância ou tecnologias de mineração de dados conforme o indivíduo se desloca pela cidade" (GRAHAM, 2016, p. 36).

Portanto, a vigilância feita através dos *drones* no contexto brasileiro, além de ter sua apliccabilidade no rastreamento de inimigos racializados, trata-se ademais de um controle que se propõe a "vigiar e controlar os movimentos de forma ampla, mas que oculta em sua oposição o policiamento de um número reduzido de pessoas" (AMARAL, 2018). Assim, com a inovação tecnológica de vigilância possibilitada através dos *drones*, *todas as vidas se tornam possivelmente pesquisáveis,* importando mais do que seguir indivíduos já conhecidos, todavia, faz surgir elementos suspeitos que chamam a atenção por seus comportamentos anômalos. Tal fato fica perceptível em uma reportagem feita no ano de 2018, veiculada pelo telejornal "Bom dia Brasil", onde um agente da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ao ser questionado quanto à eficácia do policiamento feito através de *drones,* aduz que a vigilância se torna facilitada, pois "mesmo a pessoa não sabendo, ela está sendo vigiada, está sendo verificada a sua condição"[8].

Convém contextualizar que, desde o governo Obama, os ataques de *drones* no Oriente Médio têm sido formulados através da observação de "perfis" de pessoas, com base em uma análise de suas "formas de vida" (CAVALLARO, 2012, p. 12). A previsão do futuro, portanto, apóia-se no conhecimento do passado: "os arquivos das vidas formam a base sobre a qual, por meio da identificação das regularidades e antecipação das recorrências, se pretende conseguir de uma só vez predizer o futuro e modificar seu curso por uma ação preventiva" (CHAMAYOU, 2015, p. 54). Assim, como esse modelo de controle e vigilância está baseado na atividade, isto é, em uma análise de condutas, ele pretende, paradoxalmente, "identificar indivíduos que permanecem anônimos, ou seja, *qualificá-los* pela tipicidade de seu comportamento relacionado a um perfil

8 "Uso de drones dispara no país". Bom Dia Brasil. Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/6398283/. Acesso em: 05 de maio de 2018.

determinado" (CHAMAYOU, 2015, p. 52).

No entanto, tal tática é problemática e controversa. O olhar que guia os *drones* segue uma lógica binária que procura distinguir "normal" de "anormal" em meio a um universo espacial extremamente heterogêneo e complexo (GRAHAM, 2016b), sendo também passível de incorporação de lógicas preconceituosas e proliferadoras de abusos, como por exemplo, o racismo, genealogicamente presente em nossa história. Portanto, esse aparato de (re)conhecimento pode tomar qualquer aspecto da vida cotidiana como clara evidência de que se trata da ação de um inimigo ou criminoso, e que, portanto, pode ser detido através do aparato de sistema de justiça criminal. Sempre vale ressaltar que trata-se da mesma lógica dos ataques realizados através dos *drones* no Oriente Médio, que visam a atingir "homens que possuem características associadas às atividades de terroristas, mas cujas identidades não são conhecidas" (CAVALLARO, 2012, pp. 12-13). Em vista disso, ainda mais frutífero será o ambiente brasileiro no incremento da lógica da guerra civil politicamente consolidada.

Como se não bastasse a lógica de subjugação do *outro* através de concepções vazias e racistas, através do olhar do *drone,* que segue uma técnica vertical de vigilância, a desumanização do alvo se torna ainda mais exposta, pois a escala oculta a mais humana de todas as imagens – o rosto – de uma maneira que torna a visão distante, vertical e robótica (GRAHAM, 2016b). Neste sentido,

> "Alguma coisa estranhamente plana e gelada se mostra, onde o inimigo não tem mais rosto: um sinalzinho vago na tela. Para fazê-lo desaparecer, não são necessárias força ou coragem, mas uma pura competência científica" (GROS, 2009, p. 237).

Além disso, através do "princípio do arquivamento total ou do filme de todas as vidas" (CHAMAYOU, 2015, p. 49), há a possibilidade de que "com a ocorrência de um acontecimento, seja possível voltar para retraçar sua genealogia" (CHAMAYOU, 2015, p. 49), visto que a vigilância óptica não se limita à vigilância em tempo real. Assim, "os dispositivos de monitoramento criam perfis, analisam padrões de comportamento e mobilidade, e, cada vez mais, porque a memória é agora digitalizada, *não esquecem jamais*" (GRAHAM, 2016, p. 125), ou seja, registros da vida cotidiana de pessoas se tornam *dados,* que ficam disponibilizados às agências de segurança pública a qualquer tempo. Assim, os movimentos de indivíduos na urbe implicam o notório advento do "indivíduo estatístico" como forma de controle na contemporaneidade, isto é, passa a importar "o conjunto de históricos e rastros eletrônicos acumulados como uma forma de julgar a legitimidade, os direitos, a lucratividade, a segurança ou o grau de ameaça de um indivíduo" (GRAHAM, 2016, p. 125), ou seja, o controle funciona por meio de sistemas que atravessam zonas temporais e geográficas. Pouco a pouco, fica mais evidente a pertinente constatação clássica de Deleuze que, ao descrever a sociedade de controle, afirmava: "os indivíduos tornam-se divisíveis, e as massas tornam-se amostras, dados, mercados ou "bancos". (DELEUZE, 1992, p. 222).

Por fim, ressalta-se, ainda, que além de toda problemática exposta, a tecnologia de *drones* viabiliza precedentes preocupantes na medida em que se desenvolve. Assim, "uma extensão permanente e radical da vigilância vertical de sociedades inteiras por meio de câmeras de vigilância ao vivo, monitoramento infravermelho e análise de vídeo será o resultado inevitável" (GRAHAM, 2016b). Por conseguinte, o futuro uso de sensores capazes de enxergar através de paredes e telhados, bem como o rastreamento de indivíduos feito de maneira biométrica, que modificam radicalmente as noções remanescentes de anonimato nas ruas das cidades, são possibilidades que não podem ser descartadas (GRAHAM, 2016b). Imprescindível, também, pensar a futura aplicabilidade do *drone* armado como uma probabilidade não tão distante para a realidade brasileira, uma vez que "o sonho é mover-se para um mundo onde as armas e os sistemas de imagens sejam tão integrados que os atos de ver e matar se tornem o mesmo" (GRAHAM, 2016b).

5 CONCLUSÃO

Fundamentalmente, com o presente ensaio, buscou-se expor as implicações da *dronificação* das operações de segurança pública no contexto brasileiro, ligada ao aprofundamento das culturas de vigilância e militarização do cotidiano nos espaços urbanos. Sob uma análise biopolítica, percebe-se que o aprimoramento das tecnologias de controle social na atualidade diz respeito ao "agigantamento do poder punitivo, através

da expansão da tutela de justiça penal auxiliada por outros processos de controle, retroalimentadores da prisão" (AMARAL, 2018). Assim, há, em verdade, a ampliação do controle sobre os cidadãos que não deixa de acompanhar o aumento gradual da população carcerária brasileira (AMARAL, 2018), importando mais, neste cenário, seguindo a pista deleuziana (1992) estar atento "ao bote da serpente" que sempre se reinventa que, em contrapartida, à toupeira confinada àquilo que a causa e delimitada por seu âmbito de acesso.

Ainda, as novas formas de controle social nas cidades devem ser pensadas sob contexto onde as hiper-desigualdades, a militarização urbana e a securitização da vida são mantidas pela expansão do neoliberalismo, que "em nome da segurança de um 'nós' sem nome e sem forma contra as infinitas ameaças de um 'outro' sem forma à espreita" (GRAHAM, 2016, p. 130), move-se através de um estado de exceção. Em suma, o uso de tecnologia militar para policiamento permanente na segurança interna (re)produz a lógica da guerra na cidade, firmada sob uma lógica de segurança autorreprodutora de suas demandas e incompletas insatisfações, sendo o inimigo sempre renovável, e o estado de exceção sempre emergente. Desta forma, diante do constante esforço em delimitar as inferências da utilização de *drones* no contexto múltiplos, deve-se, indagar urgentemente quais as repercussões da sua utilização no ambiente doméstico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Biopolítica e biocapitalismo: implicações da violência do controle. Civitas – Revista de ciências sociais, 2018, No prelo.

BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. Rio de Janeiro: lugar e controle social. In Patrícia Mothé Glioche Bèze (org.), Direito Penal, Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 2015

BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 7 mai. 2018.

CAVALLARO, James, et al. Living under Drones: Death, injury and trauma to civilians from US drone practices in Pakistan. *International Human Rights and Conflict Resolution Clinic at Stanford Law School and Global Justice Clinic at NYU School of Law*, 2012.

CHAMAYOU, Grégoire. Teoria do drone. São Paulo, Cosac Naify, 2015.

COMANDO DA MARINHA [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 9 mai. 2018.

COMANDO DO EXÉRCITO [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 11 mai. 2018.

COMANDO DA AERONÁUTICA [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 3 mai. 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Mike. The Urbanization of Empire: Megacities and the Laws of Chaos. Social Text, vol. 22, n. 4, 2004.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Rio de Janeiro, Editora 34, 1992.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 11 mai. 2018.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo, Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro, Vozes, 2014.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. Hermes 900 reforça capacidade operacional da FAB no reconhecimento eletrônico. 2014. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/18093/REAPARELHAMENTO-%E2%80%93-Hermes-900-refor%C3%A7a-capacidade-operacional-da-FAB-no-reconhecimento-eletr%C3%B4nico>. Acesso em: 13 de mai. de 2018.

GAFFNEY, Christopher. Segurança Pública e os Megaeventos no Brasil. Em: SANTOS JUNIOR, Orlando, et al. Brasil: os impactos da Copa do Mundo 2014 e das Olimpíadas 2016, 2014.

GRAHAM, Stephen. Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar. 1 ed., São Paulo, Boitempo, 2016.

GRAHAM, Stephen. Drone: Robot Imperium. *In: "Vertical: The City from Satellites to Bunkers"*, Editora Verso, 2016b. Disponível em: http://longreads.tni.org/war-pacification/drone-robot-imperium/. Acesso em: 05 de maio de 2018.

GROS, Frédéric. Estados de violência: ensaio sobre o fim da guerra. São Paulo, Ideias & Letras, 2009.

MARX, Gary T. A sociedade de segurança máxima. Tradução de Adriana Loche. *PLURAL,* Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v.17.1, 2010, pp 145-174.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Artes e Ensaios*, Rio de Janeiro, n. 32, pp. 123 – 150, 2016.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Eduardo Baldissera Carvalho Salles em 11 mai. 2018.

SASSEN, Saskia. When the City Itself Becomes a Technology of War. *Theory, Culture & Society,* Vol. 27, pp. 33 – 49, 2010.

SASSEN, Saskia. Vendrán guerras urbanizadas e infinitas. *Revista Ñ*, 2018. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/saskia-sassen-vendran-guerras-urbanizadas-infinitas_0_BJ-sIKi8f.html>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

SASSEN, Saskia. Drones over there, total surveillance over here. *Al Jazeera*, 2013. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2013/02/2013210114231346318.html>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

WACQUANT, Loïc. The militarization of urban marginality: Lessons from the Brazilian metropolis. International Political Sociology, 2008, pp. 56-74.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro, *Revan*, 2007.

GT30: DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Claudine Rodembusch Rocha, Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Henrique Alexander Grazzi Keske, Doutor, henriquek@feevale.br.

RESUMO: O presente artigo trata de apresentar a liberdade de expressão como direito fundamental, cotejando as disposições constitucionais com os dispositivos da Lei 12.965/14 – o Marco Civil da Internet, de maneira a problematizar tal direito em relação aos seus limites, dado que não é absolto, frente às colisões com outros direitos fundamentais, ao evidenciar a ponderação como uma possível maneira de solução dos conflitos daí decorrentes. Por fim, apresenta o direito ao esquecimento, como forma de, pelo menos, minimizar os danos acumulados, porque provocados pelas novas tecnologias da informação. Para tanto, aplica-se o método de análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Censura. Internet. Liberdade de Expressão. Limites.

1 INTRODUÇÃO

Ao se abordar o tema da liberdade de expressão, não se pode, sob nenhum aspecto, deixar de registrar que se trata da mais elevada das conquistas históricas da própria evolução de nosso ordenamento e que se constitui em consubstanciação da resistência e luta contra o cerceamento vivenciado durante o denominado regime de exceção, que vigorou em nosso país. Nesse sentido, liberdade de expressão se reveste da condição de fundamento do exercício da cidadania e, logo, do sistema democrático e, como conseqüência, do próprio Estado Democrático de Direito. Agora, tal liberdade de expressão é confrontada com sua expressão através da rede mundial de computadores, cujo Marco Civil se impõe como necessária regulamentação do uso das novas tecnologias da informação, notadamente para que não seja utilizada para afrontar as próprias garantias que visa proteger.

Nesse sentido, a liberdade de expressão é um dos mais expressivos e valiosos direitos fundamentais, pois se origina das mais antigas manifestações e reivindicações sociais, fundamentando as relações entre o Estado e os indivíduos. É um direito fundamental de grande abrangência, como a comunicação de pensamentos, de informações, de ideias e de expressões, não necessariamente só verbais, como também as musicais, por imagens, comportamentais, bem como das demais formas de produção cultural. (MENDES e BRANCO, 2012, p.298).

No tocante à liberdade de expressão, a Constituição Federal/88, a aborda no art. 5º, onde se lê, "[...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;" (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88).

Vale também ressaltar, nesse sentido, o que determina o art. 220, in verbis:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88).

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, é enaltecida como ferramenta para o funcionamento e preservação do sistema democrático, pois a diversidade de opiniões é essencial para correta formações da vontade livre. Vale ressaltar que a liberdade de fazer críticas a determinados governantes é um meio relevante de controle da atividade política. O direito de comunicar-se é fundamental ao ser humano. (MENDES e BRANCO, 2012, p.299).

Nesse mesmo sentido, Regina Villas Bôas, complementa:

> O princípio da liberdade de expressão resguarda não somente os interesses do emissor da manifestação, mas também os interesses da sociedade em geral, que pode se tornar mais preparada para o debate político, com o conhecimento das mais variadas espécies de opinião. Isso conduz o homem a sentir-se possuidor de todas as liberdades. (BÔAS, 2015, V.1, P.329-355).

No que tange à importância da liberdade de expressão, para um Estado democrático; Mello afirma que, de fato, a liberdade de expressão é uma prerrogativa de indescritível valor para a formação e a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Isto porque um povo sem voz é um povo morto, submisso e sujeito a toda a sorte de repressões e vilanias. (MELLO, 2015, p. 75).

Entretanto, no que concerne ao direito à liberdade, é possível classificá-lo em quatro grupos distintos: Liberdade da pessoa física: é o reconhecimento jurídico a todas as pessoas de terem suas próprias vontades, e o direito de ir e vir; e a Constituição procura resguardar ao máximo esse fundamento, garantindo soluções contra violações de tais direitos aos cidadãos. Liberdade de pensamento: compreende o conteúdo intelectual, onde qualquer cidadão pode expor o seu pensamento, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas. Liberdade de expressão coletiva: onde se estabelece a permissão de reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público. Liberdade de ação profissional, conforme consta do art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (CHIMENTI, 2006, p. 84).

Nesse sentido, Regina Vera Villas Bôas, complementa:

> Os fundamentos do princípio da liberdade de expressão são das mais variadas ordens. Pode-se afirmar que se trata de uma garantia fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana, tendo em vista que a interação de qualquer indivíduo com seu semelhante é de vital importância para sua realização existencial, que só pode ser exercida a partir da livre manifestação de pensamento. A garantia da democracia também é outro argumento que fundamenta a existência desse princípio. Para que a democracia seja exercida efetivamente, é importante que o cidadão tenha acesso aos mais variados pontos de vista sobre temas de interesse público. (BÔAS, 2015, V.1, P.329-355).

Além disso, a liberdade tem uma proporção interior, ou seja, é personalíssima, sendo apreendida de forma variada por cada pessoa. A liberdade tem efetivação no poder de decisão de escolha, em variadas possibilidades; e essas escolhas são condicionadas à realidade e meio onde vive a pessoa e o seu grupo, tanto nas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Por sua vez, não se trata de uma dimensão apenas subjetiva, mas abrange a possibilidade objetiva de decidir. Com isso, há uma relação dialética entre a liberdade pessoal e o mundo exterior, pois, tanto quanto há circunstâncias inexoráveis e imodificáveis – fruto da fatalidade ou de determinismo científico -, muitas outras existem que podem sofrer a atuação criativa, construtiva ou revolucionária dos homens; entendendo-se esse processo por exercício da consciência. (BARROSO, 2001, p.76/77).

Nesse mesmo entendimento, Claudio Lembo, afirma:

> A liberdade de emissão do pensamento é inerente à convivência social. Omitido o pensamento, faltaria comunicação e as pessoas passariam a ser atores de um teatro do absurdo. A exposição do pensamento pode se verificar entre pessoas, individualmente, ou de forma coletiva; nesse caso, mediante o monólogo ou debate entre pessoas com uma assistência coletiva restrita ou universal, especialmente, nesta época mediática, quando as formas eletrônicas de exposição se tornaram avassaladoras. (LEMBO, 2007, P.168).

Contudo, tal direito não é absoluto, uma vez que é garantida a tutela da liberdade de expressão,

desde que, em seu exercício, não ocorra colisão com outros direitos e valores fundamentais, garantidos pela Constituição, bem como assim toda a manifestação, opinião, comentário ou, até mesmo, o julgamento sobre qualquer tema, sobre qualquer pessoa, abrangendo tema relevantemente público, ou de importância e valor; compreendendo-se, assim toda mensagem, ou seja, tudo o que se pode comunicar. (MENDES e BRANCO, 2012, p. 299).

Exposto o conceito e abrangências de tal direito fundamental, e para reforçar o caráter não absoluto de tal direito, vale citar ainda a contribuição de Claudio Lembo, no sentido de que, em todas as hipóteses de manifestação da liberdade de pensamento o anonimato é constitucionalmente vedado em nosso ordenamento jurídico. (LEMBO, 2007, P.168).

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM RELAÇÃO AO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet: (Lei 12.965/2014) caracteriza-se por ser uma grande conquista do direito brasileiro, pois foi lei elaborada de forma colaborativa entre sociedade e Governo. Começou a ser pensada e elaborada em 2009, pelo Ministério da Justiça, juntamente com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, representantes da área técnica e acadêmica, por meio de colaboração online, participação da sociedade civil, empresarial e a comunidade em geral de uma forma direta e aberta. Assim, a abrangência de seu conteúdo é pautada por três pilares: neutralidade da rede, liberdade de expressão e privacidade. (CARDOZO, 2014 p).

A referida lei não apenas representa o anseio por inovação técnica, mas também inovação política, por oportunidade de expansão democrática de participação de cada cidadão, ou seja, por meio dela se demonstrou, na prática, que é possível criar novas formas de participação aberta e democrática, valendo-se da rede, inclusive no que diz respeito a lidar com projetos tecnicamente complexos, como a regulamentação da internet. (LEMOS, 2011, p. 10-11).

Com o advento da lei em comento, ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, fez-se destacar em seu art. 3º, I, que a referida disciplina do uso da internet obedece aos seguintes princípios: - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal." (LEI 12.965/2014).

Interessante citar, nesse sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli:

> O Marco Civil da Internet fomenta no Brasil os direitos comunicativos à medida que considera a internet como ferramenta essencial para a liberdade da expressão e o exercício da cidadania, bem como para a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico. Tal demonstra que o acesso à internet tem ligação direta com o tema dos direitos humanos, eis que auxilia na concretização do direito à liberdade de expressão e no exercício da cidadania. (MAZZUOLI, 2015, p.249/267).

Pode-se ainda afirmar que, com o surgimento da referida lei, apresentou-se um relevante papel no sentido de determinar a obrigação do Estado na regulamentação ao direito comunicativo, em tempos da era digital no Brasil e na rede mundial de computadores, sendo assim garantido a não violação dos direitos humanos pelo ente público. Desse modo, falar que o exercício da cidadania e dos direitos humanos é uma espécie de fundamento de uma norma jurídica, que deve abranger a todos os cidadãos brasileiros. (MAZZUOLI, 2015, p.249/267). Nesse sentido, como aborda o caput do artigo 7º da referida lei: "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania [...]." (LEI 12.965/2014).

Interessante citar, nesse mesmo sentido a abordagem de Daniel Maia, ao comentar o marco civil da Internet:

> É o estabelecimento de referenciais de políticas públicas estabelecidas pela lei nº 12.965/2014, a fim de estimular a atuação do Estado brasileiro, em prol do desenvolvimento e massificação do acesso à internet. Esta poderá ser utilizada, inclusive, com fins educacionais e culturais, possibilitando o ganho de capital humano aos cidadãos que poderão se educar e aperfeiçoar os seus conhecimentos técnicos e gerais, pela utilização da rede mundial de computadores. Na verdade, teleologicamente, a lei busca que o Estado brasileiro priorize a popularização da internet, tornando-a acessível em

> padrões abertos e livres, em que, qualquer pessoa, independentemente da classe social, possa acessá-la e, de forma livre, possa publicar e divulgar dados e pensamentos. Configurando-se, assim, o pleno e efetivo exercício da liberdade de expressão e também de manifestação, bens consagrados constitucionalmente. (MAIA, 2015, p. 106).

Ao tratar do tema em questão, ainda se pode afirmar que essa liberdade de expressão, ao ser destacada como o princípio do uso da internet no Brasil pela lei 12.965/2014, se baseia em uma forma integrativo-sistemática com o princípio constitucional da cidadania, pois assevera seu aspecto inclusivo, haja vista que, conforme art. 4º, I da Lei, esta trata do direito de acesso à internet a todos. Por essa disposição legal, clara e objetiva, conclui-se que a rede mundial de internet é um espaço democrático e que, trouxe como inovação normativa, justamente com elementos constitucionais, o fundamento da cidadania inclusiva na internet, como uma das facetas da liberdade de expressão [...]. (VIANA, 2014, p. 132).

Nesse mesmo sentido, de grande relevância e contribuição, segue o texto da Assembléia Geral da ONU, na 20º sessão do Conselho de Direitos Humanos, que aborda a proteção dos direitos humanos na Internet, uma vez observando que o exercício dos direitos humanos, em particular, do direito à liberdade de expressão na Internet é uma questão que se reveste de cada vez mais interesse e importância, devido ao fato de que o rápido ritmo de desenvolvimento tecnológico permite às pessoas de todo o mundo utilizar as novas tecnologias da informação e da comunicação (...). Assim, por conta disso, a Assembléia Geral:

> 1. Afirma que os direitos das pessoas também devem estar protegidos na Internet, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável sem considerações relativas às fronteiras e por qualquer procedimento que se escolha, de conformidade com o artigo 19 da Declaração Universal dos direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
>
> 2. Reconhece a natureza mundial e aberta da Internet, como força impulsionadora da aceleração do progresso para o desenvolvimento e suas distintas formas;
>
> 3. Exorta aos Estados a que promovam e facilitem o acesso à Internet e à cooperação internacional, encaminhada ao desenvolvimento dos meios de comunicação e dos serviços de informação e de comunicação em todos os países;
>
> 4. Encoraja os procedimentos especiais a que tenham estas questões em conta os representantes eleitos em seus mandatos atuais segundo proceda; e
>
> 5. Decide seguir examinando a promoção, a proteção e o desfrute dos direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão na Internet e em outras tecnologias, assim como a forma em que a Internet possa ser um importante instrumento para o desenvolvimento e para o exercício dos direitos humanos, de conformidade com seu programa de trabalho. (ONU, 20º Assembléia Geral).

Fica evidente, que as redes sociais na Internet têm transformado a maneira como as pessoas se comunicam, tanto pelo alcance do conteúdo, quanto a linguagem usada e até mesmo a forma como é transmitida. Obviamente, tais processos começaram a se caracterizar como um papel de importante instrumento de comunicação nos dias de hoje. Sendo assim, corresponde, de modo direto, à concretização efetiva do direito fundamental à liberdade de expressão. Essa mudança na forma de se comunicar é resultado, porém, de um fator essencial e das redes sociais na Internet, ou seja, a interferência que tais redes sociais operam sobre os usuários e o forte poder de persuasão que as informações conseguem impor ao usuário receptor da informação. (MAIA, 2015, p. 106).

Vale destacar que o surgimento e o crescente acesso à rede mundial de computadores, possibilitaram a criação de um novo modelo de controle social sobre os agentes políticos, abrangendo ,assim, de forma maior, a participação e manifestação da sociedade nas questões políticas, não somente em tempos de eleição, mas também como uma forma de acompanhamento da gestão pública de determinado governante independentemente de se considerar, tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo. (LEITE, 2014, p. 241).

A liberdade de expressão, realizada por uma ferramenta de intercâmbio de comunicação entre todos os cidadãos, bem como direito à livre circulação de informação, juntamente com o direito de se expressar livremente, acabou crescendo de maneira exponencial, com o surgimento da Internet; e, de forma especial,

com o aparecimento e desenvolvimento das redes sociais, onde qualquer pessoa pode ser produtor e receptor de informações. (BENTO, 2014, p. 73/97).

Em termos políticos, esse processo se reveste de grande importância, ao considerarmos os tipos de democracia e as formas de decisões que se apresentam, seja na democracia direta, representativa e participativa. Assim e de maneira simples, para não fugir do escopo do presente artigo, pode-se afirmar que a democracia direta, por óbvio, é exercida de forma direta pelos cidadãos. A democracia representativa é aquela em que são escolhidos representantes do povo, através do voto. Por fim, tem-se que a democracia participativa é aquela que tem tido uma representação maior em virtude do crescimento do acesso à Internet em especial às suas redes sociais, pois tem transpassado o discurso de determinado político, lançando-o diante de todos os demais provedores de conteúdo discursivo. Dessa maneira, essa forma de participação tem se mostrado influente na formação do novo perfil da administração pública brasileira, legitimando e ajudando a direcionar a atuação do Estado, nas escolhas que afetam vários aspectos da vida e do dia-a-dia dos cidadãos. Ou seja, ao ampliar o acesso e o trânsito de informações, nessas formas participativas, os cidadãos podem passar, de meros destinatários das ações e decisões governamentais, para atores mais atuantes nos processos de decisões políticas. (MAIA, 2015, p. 106).

Ademais, a Internet não deve ser tratada como os demais meios de comunicação, haja vista que a sua grande característica é a velocidade, sem limites de alcance e de anonimato relativo. Com base nisso, permite indivíduos disseminarem suas expressões, informações e visões em igual tempo, inclusive posicionamentos políticos, que vêm desacomodando governantes em diferentes Estados, bem como tem gerado discussão doutrinária, principalmente em caso de colisão entre os direitos fundamentais, como por exemplo, a liberdade de expressão e outro direito fundamental. Nesse sentido, ao se discutirem as questões ligadas à possível restrição da liberdade de expressão, devem-se aplicar alguns princípios norteadores:

> (1) Excepcionalidade e previsão legal, isto é, as restrições devem ser exceções taxativamente previstas em uma lei, em sentido formal e material, especificadas em linguagem clara e objetiva, e que devem ser interpretadas restritivamente.
>
> (2) Adequação, ou seja, as restrições devem visar a uma finalidade legítima e serem de fato capazes de promover essa finalidade. As finalidades legitimamente reconhecidas pelas declarações internacionais de direitos são proteger a reputação de outros indivíduos e proteger a segurança nacional, a ordem ou a saúde pública.
>
> (3) Necessidade, isto é, a liberdade de expressão na Internet somente deve ser restringida no que for estritamente necessário ao atingimento dos objetivos visados na restrição, após a consideração cuidadosa de alternativas menos restritivas.
>
> (4) Proporcionalidade, ou seja, uma relação positiva entre os benefícios esperados pela restrição em comparação com o sacrifício imposto à liberdade de expressão.
>
> (5) Possibilidade de revisão por uma autoridade independente, de acordo com devido processo legal: qualquer decisão que restringe o direito à liberdade de expressão deve ser aplicada por uma autoridade independente de quaisquer influências indevidas, sejam políticas, comerciais, ou outras, de forma que não seja arbitrária, nem discriminatória, e com salvaguardas adequadas contra o abuso, incluindo a possibilidade de contestação e invalidação contra a sua aplicação abusiva. (BENTO, 2014, p. 73/97).

Evidencia-se, com o enunciado de tais princípios, o esforço conjunto e colaborativo, como anteriormente referido, no sentido de se procurar o difícil equilíbrio em não restringir a liberdade de expressão e, concomitantemente, procurar, se não eliminar, pelo menos minimizar o uso indiscriminado dessa mesma liberdade, no que diz respeito ao choque com outros direitos fundamentais, notadamente em relação a se proteger a reputação de pessoas e/ou instituições.

3 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Por sua vez, com a demanda cada vez maior de acessos, a rede potencializa o exercício da liberdade de expressão, em especial através das redes sociais; e assim cresce, na mesma medida, a possibilidade de que esse direito entre em rota de colisão com outros direitos. Dessa forma, o legislador deve fazer, em cada situação, uma análise de valores e/ou princípios, para que chegue à conclusão sobre quais dos direitos devem prevalecer no caso concreto. (MAIA, 2015, p. 106). Nesse mesmo entendimento, entretanto, ao se tratar de problemas práticos relativos à colisão de direitos e ao emprego desses princípios que, igualmente, podem conflitar, pode-se ainda afirmar que:

> No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro. [...] o juízo de ponderação a ser exercido, liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem se comprimir, no menor grau possível, os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial. Põe-se, assim, em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com a situação de colisão irredutível de dois direitos por ela consagrados. (MENDES, e BRANCO, 2012, p. 210/211).

A seu turno, havendo a colisão entre as normas, o Novo Código de Processo Civil, deixa evidente que o juiz deve fundamentar a sentença analisando os critérios gerais da ponderação, conforme artigo 489 § 2º:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, CPC, 2002).

Como mencionado anteriormente, a Internet é fundamental a uma nova forma de exercício da cidadania; e isto se deve ao fato de que a Lei 12.965/2014 está fortemente ancorada na proteção da liberdade de expressão, bem como nos princípios de neutralidade e de privacidade. Quanto a isto é importante ressaltar alguns aspectos, pois o Marco Civil não deve ser encarado com uma legislação maior, ou seja, como uma 'constituição da internet', por mais que reproduza, no plano legal, alguns direitos fundamentais. Nesse sentido, deve ser analisada como realmente é, ou seja, uma lei ordinária que, portanto, deve ser interpretada à luz da Constituição Federal de 1988. Assim, se exigirá da doutrina e da jurisprudência a importante tarefa de densificar boa parte de seus conteúdos, com cuidado de, em nome de uma suposta abertura semântica, não distorcer os próprios objetivos e princípios sobre os quais foi construída. (LEITE, 2014, p. 241).

Ademais, acerca desse enfoque, cabe ainda salientar que:

> O êxito legislativo, porém, somente poderá ser melhor aquilatado com a aplicabilidade prática do símbolo maior que traz em seu conteúdo, qual seja, a preservação da privacidade, da intimidade no ambiente cibernético, a fim de que seja extirpado, de uma vez por todas, o raciocínio ainda prevalente de que a rede mundial de computadores, no jargão popular, seria verdadeiramente "terra de ninguém". É obrigação do legislador notadamente no contexto de um Estado Democrático de Direito, desenvolver mecanismos processuais que impeçam no caso de efetiva violação, a propagação, a disseminação de comportamentos de repúdio, permitindo, assim, o devido e amplo reparo. É o que realmente se espera do texto atual, pois os avanços são significativos, a despeito de ajustes temporais que se darão aqui e acolá, e podem, sim, contribuir sobremaneira para a manutenção de bens jurídicos considerados mais do que fundamentais para a vida em sociedade. (CUNHA, 2014, p. 113).

De acordo com os textos anteriormente abordados quanto à colisão entre alguns direitos fundamentais, segue jurisprudência de como o judiciário está administrando os conflitos quanto à liberdade de expressão, vedando o anonimato e a privacidade, à luz do Marco Civil, da Constituição Federal e do Código Civil, conforme APELAÇÃO nº 1081839-36.2014.8.26.0100 do Estado de São Paulo. Na obrigação de fazer, o

apelante requer que o apelado, lhe forneça todas as informações de cadastro e identificação, bem como os registros eletrônicos de alguns usuários da Rede Social Twitter, que levantaram e divulgaram conteúdos ofensivos do autor sem observar a veracidade das informações:

> A Constituição Federal estabelece como direito e garantia fundamental a inviolabilidade da vida privada, do sigilo de dados e da honra (art. 5º, X e XII), assim como assegura a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato (art. 5º, IV). Trata-se de garantias e direitos fundamentais que não são absolutos ou ilimitados, de modo que, havendo colisão entre eles, o magistrado há que se valer do método da ponderação. Da mesma forma, a liberdade de expressão prevista no artigo 2º, da Lei 12.965/14, não é absoluta. Na hipótese, há perfis não indicados na sentença, de conteúdo ofensivo. Necessidade de levantamento do manto dos pseudônimos. Sentença parcialmente reformada. Dado provimento em parte ao apelo. (Apelação nº 1081839-36.2014.8.26.0100).

Da mesma forma, o princípio da ponderação entre os direitos fundamentais é constantemente aplicado pelo Judiciário na resolução dos conflitos, conforme Acórdão proferido em uma apelação cível de nº 0038137-57.2015.807.0001, que menciona a ponderação dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do direito fundamental da intimidade e da privacidade, ora exposto nas redes sociais. A ementa esclarece que se trata de uma obrigação de fazer, com alegação de legitimidade passiva, em função de imagem publicada na rede social Face book, contendo alegações ofensivas. A decisão tem foco na ponderação entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade e intimidade, tendo como base a Lei do Marco Civil da Internet, com solicitação de dados ao ofensor, desde que preenchidos os requisitos legais, conforme artigo 22 da Lei 12.965/2014. Segue-se o texto:

> 1. Não se acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada quando restar demonstrada nos autos a pertinência subjetiva entre as partes litigantes.
>
> 2. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo, por vezes, ser flexibilizados, quando houver colisão ou conflito com outros princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana.
>
> 3. Em que pese os princípios consagrados na Constituição Federal/1988 sejam de extrema relevância nas relações humanas, sabe-se que nenhuma dessas garantias é completamente absoluta, havendo limitações no exercício desses direitos. Nessa perspectiva, a Lei n. 12.945/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) traz ressalvas e limitações ao exercício do direito à privacidade à intimidade, pois permite a solicitação judicial de dados e registros, inclusive em processos cíveis, desde que preenchidos os requisitos legais.
>
> 4. Constatado que o autor da ação atendeu aos requisitos autorizadores para requerer as informações do ofensor (pessoa que publicou a imagem na rede social), o provimento do recurso é medida que se impõe.
>
> 5. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.(Acórdão nº 20150111304490 0038137-57.2015.8.07.0001).

Verifica-se colisão de direitos fundamentais, quando, de fato, o exercício de um direito fundamental delimita o exercício de direito de igual natureza pertinente a outro titular. Para uma correta compreensão da colisão dos direitos fundamentais, é relevante explanar que existem diferenças teórico-estruturais entre as duas espécies de normas nos direitos fundamentais, que são os princípios e as regras. Esses primeiros, ou seja, "os princípios ocupam posição hierárquica superior e possuem características de fundamentalidade enquanto fontes do Direito, ou seja, emitem valores e compreendem um grau maior de abstração". Os segundos, isto é, "as regras são comandos com conteúdo preciso, têm grau de abstração reduzido e incidência direta e imediata sobre o caso concreto para prover a solução." Há diferença lógica entre regras e princípios, devendo-se adotar "diversidade dos critérios de resolução de conflitos". Para tanto, há de se verificar a estrutura das normas em colisão, que conduz à adoção de critérios. Já para Ronald Dworkin, segundo Saes, ao tratar-se de colisão de regras, pode ser aplicada a fórmula do "tudo ou nada". Assim, por essa fórmula, verifica-se o conflito quanto à sua validade para, posteriormente, aplicar ou não. Este procedimento, "não obstante, é adjetivado de demasiado simplista, pois pode ser afastado por uma cláusula de exceção". (SAES, 2011, p. 115/138).

Para Robert Alexy, ao tratar da colisão de princípios, não se verifica o conflito quanto à sua validade. Assim, deve-se aplicar o "âmbito da precedência no caso concreto." Sendo assim, explicita melhor o seu entendimento:

> Na abordagem analítica da questão da colisão na dogmática dos direitos fundamentais, há de se adotar uma concepção teórica acerca da estrutura dos direitos fundamentais. Não obstante possam os direitos fundamentais ser veiculados por regras ou princípios, [...].
> [...] da qual se compartilha aqui, consiste em sempre considerar a colisão de direitos fundamentais como colisão de princípios a ensejar a ponderação. Uma tal decisão justifica-se, a nosso ver, porque as normas definidoras de direitos fundamentais por conterem elevada carga axiológica, ostentam natureza principiológica. Assim, a questão de forma (estrutura da norma), em que pese útil, não deve ser determinante na solução de colisão em sede de direitos fundamentais num sistema jurídico que aspire à concretização da justiça material. (ALEXY, Robert, apud, apud, SAES, 2011, p. 115/138).

A ponderação é um método muito complexo, pois pleiteia análise de termos jusfilosóficos, para que seja concretamente aplicada: "A consequência da utilização de técnica complexa que demanda a compreensão de termos igualmente complexos e, também, indeterminados é a discricionariedade judicial (*subjetivismo* do intérprete)." Complementando essa análise, "[...] quanto mais racional for a ponderação, mais legítimo será o ato de ponderar. Se não houver fundamentação, há arbitrariedade. Portanto, a ponderação deve ser bem fundamentada, de modo a evitar decisionismos." (VAUGHN, 2016, p. 235/259).

Para complementar esse entendimento, quanto à colisão dos direitos fundamentais, a lei 12.965/2014 apresenta uma fórmula que afirma a não exclusão de princípios fundamentais entre si, uma vez que seu ponto de partida é a própria Constituição Federal. Sendo assim:

> Em se observando mais especificamente a Lei nº 12.965/2014, em seu texto e, em particular, a finalidade social que nela se observa, percebe-se que, como se faz próprio a uma lei geral, tal diploma estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, bem como estabelece diretrizes aos entes federados brasileiros. Os princípios expressos no texto da lei geral não excluem outros princípios de nosso ordenamento jurídico, dada a sua unidade, ou ainda outros princípios previstos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (LEMOS, 2014, p.121).

No sentido de que a ponderação deva ser empregada enquanto possível solução para os casos em que ocorram colisões entre o direito fundamental à liberdade de expressão, com outros direitos fundamentais assegurados no ordenamento, pode-se, ainda, ressaltar que o julgador, por sua vez, ao aplicar tal princípio, não deve valer-se de recursos a decisionismos, capazes de somente fazer aumentar a carga de arbitrariedade da decisão, contribuindo para o acréscimo de discricionariedade judicial. Eis o desafio lançado, já que os demais princípios constitucionais devam ser, igualmente, considerados quando de sua decisão em relação ao Marco Civil da internet.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que tange às questões de liberdade de expressão na internet como se está a abordar, importa ainda se falar de uma questão relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, mas que faz menção à colisão entre os direitos fundamentais da personalidade, os direitos fundamentais à informação e o direito fundamental à liberdade de expressão; o chamado "Direito ao esquecimento", que surgiu com a elaboração do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, com o intuito de limitar a disseminação infinita de acontecimentos pretéritos, que podem causar incômodos aos envolvidos, causando danos ao direito fundamental à privacidade e à intimidade, que deve ser analisado pelo judiciário. (MOREIRA, 2015).

Assim, em função do que aborda o texto do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, temos que:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.
>
> Artigo: 11 do Código Civil
>
> Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal).

Hoje em dia, com o crescente acesso à rede mundial de computadores, tem surgido um grande desafio para o direito do esquecimento. Devido a essa fácil circulação de informações na internet, imagens, vídeos, ou seja, notícias veiculadas na rede podem ser acessadas a qualquer momento, pois os dados divulgados na internet são ligeiramente difundidos e espalhados, onde se permite ter acesso às informações de fatos ocorridos em diferentes tempos e lugares. Esses dados são armazenados em servidores distribuídos por diversos pontos do mundo: "contudo, acredita-se que a questão se torna mais problemática já que muitos países não mantêm tratados internacionais de cooperação judiciária". (SOUZA e SANTOS, 2016, p. 26/43). Nesse mesmo sentido, dessa forma se posicionam as autoras referidas:

> Assim, ressalta-se que o direito ao esquecimento é um direito regulamentado na legislação brasileira, respaldado tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil, e também previsto em tratados internacionais de cooperação judiciária. Ele é abordado na defesa dos cidadãos diante da violação da intimidade da vida privada pelas redes sociais, veículos de comunicação, provedores de conteúdo ou buscadores de informações. (SOUZA e SANTOS, 2016, p. 26/43).

Essa questão do direito ao esquecimento por ser recente; é ainda também controversa, pois se confronta com o direito fundamental à liberdade de expressão e de opinião, ambos respaldados por normas internacionais, como melhor explica Valério de Oliveira Mazzuoli:

> Sopesados, porém, os direitos em jogo, integrantes do grande mosaico de direitos comunicativos atualmente reconhecidos, é possível sobrepor o direito ao esquecimento ao direito de liberdade à profusão de ideias e de opiniões, quando há verdadeiro prejuízo à dignidade da pessoa, especialmente na era atual, em que a multiplicação de informações na rede mundial de computadores faz-se instantaneamente por meio de *sites* de busca e de redes sociais. Tal demonstra que os motores de busca da internet não são imunes a qualquer controle, bem assim às responsabilidades por danos ocasionados às pessoas, o que tem determinado a elaboração de diretrizes supranacionais e de normas internas dos respectivos Estados-partes. (MAZZUOLI, 2015, p. 249/267)

No Brasil, o direito ao esquecimento, foi reconhecido pelo STJ, no julgamento Recurso Especial 1.334.097/RJ, pois, no conteúdo desse Acórdão o autor ingressa com Ação de Responsabilidade Civil, com pedido ao direito do esquecimento em desfavor do Programa Linha Direta veiculado pela TV Globo, onde o programa televisivo apontava o envolvimento do autor com crime de ter participado da Chacina da Candelária de que já fora absolvido:

> **EMENTA:** RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA *VS.* DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. *LINHA DIRETA-JUSTIÇA*. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS, QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

(Recurso Especial nº 1.334.097).

O autor busca o direito ao esquecimento, pois a veiculação da matéria causou desconfortos no processo de ressocialização, ou seja, um abuso à sua dignidade e esse direito ao esquecimento tem um significado relativo de corrigir algum erro do passado e, também, a possibilidade de não disseminação do conteúdo, por vez que pode ser difundido na rede mundial de computadores, conforme texto da decisão:

> [...] O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas de que, posteriormente, fora inocentado. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo [...].
>
> [...] a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia [...]. (Recurso Especial nº 1.334.097).

Assim, a partir do Marco Civil da Internet, criado pela Lei 12.965/14, ficam mais bem entendidos e regulamentados as responsabilidades por danos ocorridos na rede mundial de computadores, conforme o artigo 19 da referida lei aponta; in verbis:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
>
> § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5ºda Constituição Federal.
>
> § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
>
> § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (Lei 12.965/2014 de 23 de abril de 2014).

Como se pode perceber, o texto busca conciliar dois aspectos muito importantes, relativamente à divulgação de informações, de forma geral, na Internet, ou seja, a liberdade de expressão e o impedimento de se fazer censura a esta garantia constitucional e legal, estabelecendo a possibilidade de atribuição de danos ao provedor só se este não acatar, nos limites de suas disposições técnicas, decisão judicial específica a esse respeito, uma vez não retirado o conteúdo considerado danoso a outrem. Além disso, não se trata de restringir todo o conteúdo, mas somente aquele especificamente indicado, com a localização precisa

do material infringente, de modo que não estabelece nenhuma espécie de varredura completa no sistema. Importante ressaltar que, ao deliberar sobre os direitos de autor e demais garantias da própria lei, faz referência expressa às garantias constitucionais elencadas no art. 5º da Constituição Federal. E mais, ao se buscar o ressarcimento pelos danos causados pela divulgação de informações, estes processos devem ser apresentados diante de juízos especiais, mormente se referirem às questões ligadas a conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou aos direitos de personalidade. E, finalmente, estabelece a possibilidade de tutela preventiva, imediata, parcial ou total, uma vez identificados os elementos caracterizadores do dano causado pela divulgação das informações.

Dessa forma, agora, eis o desafio que se coloca aos operadores de todo esse sistema de comunicações e difusão de informações em nível global: o uso de todos os meios disponíveis, desde que não infrinjam outros direitos fundamentais assegurados no seio do próprio ordenamento; isto porque nem mesmo a liberdade de expressão deve ser entendida como um direito absoluto. Já que todos os envolvidos são provedores de dados e difusores de informações, os conflitos manifestam, necessariamente. Aos próprios aplicadores do direito, incumbe o desafio de, ao decidirem tais questões em lide, não tomarem decisões capazes de somente aumentar seu poder de discricionariedade e arbitrariedade, dado que, dessa forma, também estariam infringindo preceitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENTO, Leonardo Valles. Liberdade de expressão na internet: Alguns parâmetros internacionais e internacionais e o direito brasileiro. **Revista do Direito UNISC.** Santa Cruz do Sul, n. 43, p. 73-97, maio. /ago. 2014.

BÔAS, Regina Vera Villas. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revistas dos Tribunais.** vol. 1, p. 329 – 355, Jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Apresentação Celso Lafer. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acordão nº 20150111304490 0038137-57.2015.8.07.0001**. Relator Josapha Francisco dos Santos. Data do Julgamento: 23.mar. 2018. Disponível em: < http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 28 de Maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.** 12 março 2013. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 12.965/2014 de 23 de abril DE 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.105, 16 março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1081839-36.2014.8.26.0100**. Relator Fábio Podestá. Data do Julgamento: 18 de maio de 2016. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9455802&cdForo=0&vlCaptcha=wiaAE>. Acesso em: 5 abr. 2018.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Prefácio. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Marco Civil da Internet.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPEZ, Fernando. ROSA, Marcio F. Elias. SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Maurício Ferreira. A defesa dos interesses e dos direitos dos usuários de internet em juízo. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Marco Civil da Internet.** 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMBO,Cláudio. **A pessoa:** Seus Direitos. Barueri,SP: Manole, 2007.

LEITE, Glauco Salomão. Os princípios expressos neta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídicopátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Marco Civil da Internet.** 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIA, Daniel. **A ampliação do exercício da liberdade de expressão pelas redes sociais na internet e a reformulação dos conceitos elementares constitutivos do estado.** 2015. Tese. (Doutorado em Direito). Programa Doutorado Em Direito Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, 2015, p. 106.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. **Revistas dos Tribunais.** vol. 960, p. 249 – 267, Out, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes. MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MOREIRA, Poliana Bozégia. **Direito ao esquecimento**: Right to Forgetfulness. Revista de Direito. Viçosa. Abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dez. de 1948.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). 20º Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 29 de jun. de 2012. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf >. Acesso em: 22. mar. 2018.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. **Revistas dos Tribunais**. v 76, p. 115-138, Jul-Set. 2011.

SOUZA, Luciana Gonçalves Silva. SANTOS, Kátia Gonçalves. O direito ao esquecimento e os desafios impostos pelas tecnologias da informação e comunicação. **Revista Ágora.** Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 26-43, jan.- jun. 2016. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/revistaagora/article/view/1498/2139>. Acesso em: 23 abr. 2018.

VAUGHN, Gustavo Fávero. VEIGA, Natália Salvador. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil. **Revistas dos Tribunais.** v. 971, p. 235-259, set. 2016.

VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Marco Civil da Internet.** 1. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR POR MEIO DAS LISTAS SUJAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet[1]

Alexandre Ziebert Schardong[2]

RESUMO: No presente artigo analisa-se a discriminação praticada contra os trabalhadores, que obsta o acesso ao emprego, impede a contratação, a promoção ou causa a despedida em razão do ajuizamento de ação judicial, ou por terem prestado depoimento como testemunhas. Com a implantação do Processo Judicial Eletrônico e da coleta das informações processuais na internet a prática discriminatória da formação das listas sujas assumiu novo patamar, trazendo novos desafios e demandando do direito e da dogmática jurídica a desconstrução de velhos métodos, o desenvolvimento de novas abordagens e a criação de instrumentos de proteção. Realiza-se a abordagem das contribuições do Direito Internacional dos Direitos humanos, a posição da Organização Internacional do Trabalho, as normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça relacionadas ao tema, bem como as iniciativas da Ordem dos Advogados do Brasil visando o combate a tal espécie de discriminação, além da jurisprudência representativa dos conflitos envolvidos. A metodologia utilizada é a pesquisa teórica bibliográfica e exploratória.

Palavras-chave: Direitos Humanos**.** Direito ao Trabalho. Liberdade Contratual. Acesso à Justiça. Direito À Privacidade. Discriminação. Listas Sujas. Revolução Digital.

1 INTRODUÇÃO

A informatização do processo, mediante a implementação do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho pela Resolução 136/2014, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, intensificou a prática discriminatória adotada pelas empresas de organizar as chamadas "listas sujas[3]". Mediante de tal mecanismo empregados que ajuízam reclamatória trabalhista são barrados em processos seletivos, impossibilitando sua reinserção no mercado de trabalho, deixam de ser promovidos, ou são despedidos.

A facilitação da formação das listas sujas com o advento do Processo Judicial Eletrônico decorre da exposição das publicações de intimações e editais, nos diários judiciais eletrônicos, que se tornam rastreáveis na rede mundial de computadores, sendo que sites como o "escavador" <http://www.escavador.com> e o "jusbrasil" <http://www.jusbrasil.com.br> coletam as informações processuais na "*deep web*[4]" e as agrupam por pessoa, as disponibilizando publicamente em suas páginas virtuais, que são localizadas pelas mais singelas ferramentas de busca.

O potencial lesivo aos empregados da disponibilização na internet das informações acerca do ajuizamento de ações trabalhistas inclui-se entre os aspectos negativos da revolução digital. Nesse sentido

1 Advogada, Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Doutora em Direito pela UNIA - Universidade de Augsburg (Alemanha), Pós-Doutoranda em Direito pela Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS e pela Universidade de Hamburgo – Alemanha. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direitos na *Laureate International Universities* – UniRitter.

2 Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA-Canoas, Mestrando em Direito na *Laureate International Universities* – UniRitter.

3 Embora o termo "listas sujas" também seja utilizado na doutrina e na jurisprudência com referência ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, objeto da Portaria Interministerial Nº 4, de 11 de maio de 2016, Publicada no Diário Oficial da União, de 13/05/2016, prefere-se a sua utilização para o tema em enfoque em substituição ao termo "listas negras", para evitar a perpetuação de expressão com potencial caráter discriminatório.

4 Consiste no conteúdo da *World Wide Web* que não é indexado pelos mecanismos de busca padrão, ou seja, não faz parte da *Surface Web*. A expressão é atribuída a Michael Bergmann no artigo *The Deep Web: Surfacing Hidden Value*, publicado no **The Journal of Electronic Publishing**, disponível em: <https://quod.lib.umich.edu/j/jep/3336451.0007.104?view=text;rgn=main>, acesso em 14.05.2018.

BOTELHO (2017) afirma que são suas expressões a tentação de abuso da liberdade de expressão, a manipulação de conteúdos e a violação da reserva da vida privada e da autodeterminação informativa. Para a autora a era digital, de partilha infinita de informação, possui um lado obscuro que parece alimentar o discurso do ódio e da discriminação.

Na mesma linha de pensamento PÉREZ LUÑO (2004) expõe que as novas tecnologias, ao entrarem no mundo jurídico-político suscitam dilemas que afetam diretamente a cidadania, desdobrando-a em dois polos: um positivo, que chama de "cibercidadania", que implica um novo modo mais autêntico e profundo para participação política de vocação planetária; outro negativo, a "cidadania.com", cujo titular permanece como mero sujeito passivo à manipulação de poderes públicos e privados.

O autor destaca o grave perigo de desrespeito ao direito humano e fundamental à intimidade, ao afirmar:

> "(...) Junto con las incuestionables ventajas derivadas de las inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación que permite la navegación por el ciberespacio, Internet há hecho surgir em los últimos tiempos graves motivos de inquietud. El escándalo de contínuos atentados contra la vida privada de los ciudadanos, perpetrados a través de la Red por entes públicos y privados, há creado uma fundada inquietud sobre los abusos que pueden derivarse de tales prácticas". Pérez Luño (2004, p. 95)

Os atentados à vida privada e à intimidade podem ser facilmente percebidos em diversos programas, sites e páginas da internet, o que leva a sérios riscos aos direitos humanos, aí incluído o direito ao trabalho e o de vedação à discriminação, considerando que as informações dos autores das ações trabalhistas são coletadas na internet, em decorrência das publicações nos Diários Oficiais Eletrônicos. Sem dúvida a democratização do acesso à informação quase instantânea propiciada pela revolução tecnológica representa um grande avanço com relação a outros períodos da história da humanidade. Porém, ela traz consigo diversos riscos, aí incluídos a completa inefetividade do direito ao trabalho e do direito de acesso à justiça, além da violação à privacidade, o acirramento das desigualdades, da pobreza e da discriminação

A relevância do tema também se extrai da análise de estatísticas com potencial de lançar luz e desconstruir opiniões arraigadas no senso comum, com intensa carga ideológica, como as de que os empregados ajuízam ações na Justiça do Trabalho para ganhar mais do que lhes seria devido, e de que a Justiça do Trabalho somente favoreceria o trabalhador, o que seria a causa de um número exagerado de ações.

Os números divulgados no Relatório Geral da Justiça do Trabalho[5] revelam que mais de 55% das ações trabalhistas são para cobrar verbas rescisórias. Trata-se de uma realidade constante na Justiça Especializada, que também se confirma pelo o *ranking* de assuntos recorrentes nas ações trabalhistas, mantido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), o qual é encabeçado pela cobrança de três direitos relacionados com a despedida (Aviso Prévio, multa pela ausência de pagamento das verbas rescisórias no prazo legal; e acréscimo de 40% do FGTS). De regra as ações com tais pedidos são ajuizadas por quem depende do salário para sobreviver e foi despedido sem qualquer pagamento. Os números também revelam que 30% dos processos terminam em acordo, e que 25% são julgados improcedentes. Analisadas em conjunto essas estatísticas, resta cabalmente refutado o argumento segundo o qual os processos judiciais trabalhistas seriam um mal a ser combatido. Pelo contrário, elas se revelam em instrumento de acesso a direitos ligados ao mínimo essencial.

O relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça[6] revela, ainda, que a Justiça do Trabalho possui praticamente o mesmo percentual de ações do que as que tramitam na Justiça Federal, estas, de regra contra um só réu, que é a União, sendo que a verdadeira campeã é a Justiça Estadual, com cerca de 70% dos processos.

O cenário acima retratado tem por palco uma sociedade marcada pela acentuada desigualdade social,

5 Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2017, referente ao ano-base 2016, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/noticias/-/asset_publisher/bR9D/content/conheca-o-relatorio-geral-da-justica-do-trabalho-2015>, acesso em 01.05.2018.

6 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/_b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>, acesso em 01/05/2018.

em que a taxa média anual de desemprego do ano de 2017, medida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[7], atingiu 12,7%, significando que 12,3 milhões de pessoas que procuraram trabalho no período, não conseguiram uma ocupação.

Como se pode perceber, a liberdade de acesso, sem filtros ou barreiras, às informações processuais atinentes às ações trabalhistas, serve à finalidade de discriminação dos empregados, o que configura violação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, devem ser buscados meios de proteção à informação como instrumento de garantia da cidadania e do Estado democrático de direito, já que o desafio colocado aos aplicadores do direito é a sua concretização, de forma que os Direitos Humanos previstos nos principais instrumentos normativos do mundo, que dialogam com os Direitos Fundamentais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sejam tratados como mero discurso ou como solenes e vazias declarações de propósito.

2 A DISCRIMINAÇÃO PELA PRÁTICA DAS LISTAS SUJAS

Os trabalhadores brasileiros vêm sendo vítimas de discriminação no momento da procura de um emprego por meio das chamadas listas sujas. Na concepção de MELO (2003) trata-se de conduta perversa, praticada por empregadores inescrupulosos, em decorrência da qual os trabalhadores somente têm acesso ao mercado de trabalho se não tiverem sido autores em reclamações trabalhistas ajuizadas em face de antigos empregadores. Com isso, a possibilidade de emprego fica condicionada à inexistência de ações judiciais movidas pelos candidatos às vagas existentes no mercado de trabalho, em evidente violação ao direito de ação e de acesso à justiça pelos trabalhadores, bem como ao próprio direito ao trabalho, que são Direitos Humanos previstos nos principais tratados de direito internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 8º e 23), e com status de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira (art. 5º, inciso XXXV e art. 6º, respectivamente) [8].

Anteriormente à implantação do Processo Judicial Eletrônico eram exemplos de práticas para a formulação das listas sujas a solicitação de certidões negativas no setor de distribuição da Justiça do Trabalho; a cópia das pautas de audiências das Varas do Trabalho; a compra de listas prontas confeccionadas por empresas especializadas no assunto; a obtenção de informações nas empresas anteriores onde o candidato trabalhou; a busca de informações processuais disponibilizadas na *homepage* dos Tribunais Trabalhistas, com consulta formulada pelo nome da parte, além de outras formas que não se conseguia sequer detectar.

Com a informatização do processo, mediante a implementação do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho pela Resolução 136/2014, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a prática discriminatória ganha nova magnitude diante da exposição das publicações de intimações e editais, nos diários judiciais eletrônicos, que se tornam rastreáveis na rede mundial de computadores. Sites como o "escavador" <http://www.escavador.com> e o "jusbrasil" <http://www.jusbrasil.com.br> coletam as informações processuais na "*deep web*[9]" e as agrupam por pessoa, as disponibilizando publicamente em suas páginas virtuais, que são localizadas pelas mais singelas ferramentas de busca, tornando instantâneo o acesso às informações utilizadas largamente para discriminar os empregados.

Para PAIVA (2005) o avanço da informática não está sendo devidamente acompanhado pelos lidadores do direito, que se aproveitam dos benefícios e depois discutem as questões jurídicas que envolvem seus atos. Adverte o autor que ao disponibilizar as informações processuais de forma irrestrita na internet os Tribunais Trabalhistas armam maus empregadores de um banco de informação a respeito dos trabalhadores que possuíram ou possuem algum tipo de ação contra seu empregador ou ex-empregador, funcionando como empecilho para a obtenção de novo emprego.

7 Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/ pme/pmemet2.shtm>

8 Acerca do caráter Fundamental dos Direitos Sociais, além da sua localização no texto constitucional, que deixa clara a intenção do constituinte originário, uma vez que se encontram no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do título II que prevê os Direitos e Garantias Fundamentais, este decorre da própria idéia de indivisibilidade dos direitos das diferentes dimensões, noção que substitui a concepção geracional dos direitos. Nesse sentido Valério de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 888) e Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 94-96).

9 Consiste no conteúdo da *World Wide Web* que não é indexado pelos mecanismos de busca padrão, ou seja, não faz parte da *Surface Web*, ob. cit..

Não escapa da percepção de LORENTZ e MIRANDA (2014) que o exercício do direito de ajuizamento de ações na Justiça do Trabalho atrai um tipo específico de estigma e preconceito contra o empregado, de impedimento, muitas vezes, de sua empregabilidade (modalidade de discriminação pré–contratual), provocando outras vezes perda do seu emprego (discriminação pós–contratual) e por outras vezes impedindo sua progressão hierárquica no emprego (discriminação contratual). Para os autores as "listas sujas" são práticas discriminatórias que infirmam os direitos sociais e, por decorrência, o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a maioria dos empregados no Brasil, por não terem nem estabilidade no emprego, nem a proteção de motivação de dispensas da Convenção 158 da OIT, têm de esperar a dissolução contratual para só então, pela via do Poder Judiciário Trabalhista, pleitearem seus mais básicos direitos. Porém, os empregados já sabem que vários empregadores não os admitirão se ajuizarem ações na Justiça do Trabalho, tornando o ordenamento jurídico trabalhista ineficaz.

O fenômeno discriminatório enseja a compreensão e a construção de um campo próprio à reflexão e à prática jurídicas que, segundo RIOS (2008) pode se chamar de Direito da Antidiscriminação, e cuja finalidade é a de dar suporte às respostas jurídicas e políticas mais adequadas para promover a igualdade e o combate à discriminação. Para o autor o conceito de discriminação, com inspiração em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, todos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Nações Unidas, 1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Nações Unidas, 1979) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, se apresenta como "*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o feito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública*" (2008, p.20).

Ao conceito de discriminação acima exposto acrescentam-se critérios proibidos de discriminação, a exemplo de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, deficiência, idade, destacando que o ordenamento jurídico brasileiro adota a técnica de trabalhar com uma lista de critérios proibitivos de discriminação, meramente exemplificativa.

No que concerne à discriminação contra o desempregado, unicamente pelo fato de ter ajuizado reclamatória trabalhista ou por ter sido ouvido como testemunha, a necessidade de vedação pode ser percebida tanto pela abordagem procedimentalista, como pela abordagem substancialista, nas acepções apresentadas por RIOS (2008). Isso porque a rejeição à contratação de um candidato a emprego que possui uma ação em andamento na Justiça do Trabalho e até mesmo por ter sido ouvido como testemunha é motivada pelo desejo deliberado de prejudicar, sendo que as abordagens psicológicas e sociológicas sustentam a origem de tal comportamento no preconceito baseado em estereótipos.

O ser humano desempregado, exatamente por se encontrar em situação de desvantagem frente ao autor das práticas discriminatórias, merece maior proteção do ordenamento jurídico, o que se justifica também diante do estigma que paira sobre os trabalhadores, cujo único meio para a obtenção de direitos violados e relacionados à subsistência é o acesso ao Poder Judiciário. Assim, a circunstância de um empregado exercer um Direito Humano e Fundamental de acesso ao poder judiciário não pode ser aceito como um critério legítimo de diferenciação em processos seletivos, tratando-se, notadamente de discriminação ilícita.

Não é por outra razão a preocupação manifestada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), organismo multilateral ligado à Organização das Nações Unidas (ONU), em estudo publicado no Bureau Internacional do Trabalho[10], abordando a discriminação dos desempregados que têm as suas informações pessoais inseridas em listas de discriminação utilizadas na fase pré-contratual, e a partir do qual enfatizada a necessidade de elaboração de leis e normas específicas para a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores para evitar a formação de listas discriminatórias.

O histórico apego a práticas discriminatórias na relação de emprego é uma realidade social que ganha especial atenção da doutrina especializada. Como indica LIA SIMÓN (2000) a fase pré-contratual deve sempre ser guiada pelo princípio da não discriminação porque a inexistência de legislação protetiva

10 PROTECTION des données personnelles des travailleurs. Recueil de Directives Pratiques au BIT, Genève:Bureau Internacional du Travail, 1997.

específica a dados potencialmente atentatórios à privacidade do empregado pode ser utilizados nos processos seletivos de emprego.

A prática discriminatória pela adoção das listas sujas que é constatada no cotidiano dos operadores jurídicos e retratada pela doutrina especializada é uma realidade enraizada na tradição e tem por fundamento comportamento preconceituoso, motivado pelo desejo deliberado de prejudicar, e possui raízes profundas em uma sociedade construída em um ambiente de exploração do homem pelo próprio homem, pela cultura milenar da escravidão.

A transição para uma cultura de respeito mútuo, civilidade, e o desejo da superação das mazelas que assolam a sociedade moderna, em especial a profunda desigualdade social e o desemprego, certamente não ocorrerá com a mesma velocidade do desenvolvimento tecnológico. Ainda assim, cumpre aos operadores do direito desenvolver dogmática direcionada a perseguir a efetivação dos Direitos Humanos nas relações trabalhistas, por meio de medidas de proteção capazes de equilibrar os princípios em aparente conflito, especialmente o da publicidade com os direitos de livre acesso do trabalhador ao emprego, sem que haja discriminações provenientes pela difusão de informações advindas do Poder Judiciário.

Nota-se, contudo, que as instituições competentes pouco ou nada evoluíram nas ações afirmativas ou nas práticas preventivas à discriminação decorrente da formação das "listas sujas", evidenciando-se que os nomes dos reclamantes continuam sendo abertamente divulgados na *Surface Web,* e decisões judiciais não permitem que empregados tenham preservada a sua identidade para o exercício do direito de ação[11].

Não é diferente a resistência do Poder Judiciário em acolher pedidos de exclusão dos dados dos reclamantes disponibilizados na internet por sites como o "escavador" <http://www.escavador.com> e o "jusbrasil" <http://www.jusbrasil.com.br>, com fundamento no art. 19, §1º, da Lei 12.965/2014, que trata do Marco Civil da Internet[12].

As decisões judiciais acima exemplificadas colocam a publicidade do processo acima da proteção dos empregados contra a discriminação do empregador, revelando postura de aplicação mecânica do direito que deve ser superada pela adoção das teorias desenvolvidas a partir da consolidação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para a realização de tal objetivo, como destaca BRAGATO (2014), inicialmente é necessário o desprendimento do discurso eurocêntrico dominante dos direitos humanos, colocando em evidência a sua dimensão colonial, e desencobrindo a sua lógica de poder e exclusão, para a compreensão de novas bases para os direitos humanos que se assentam em princípios de igual dignidade e não discriminação. Essa postura parte do reconhecimento da colonialidade como uma dimensão constitutiva da modernidade, para então superar os discursos que justificaram a exploração.

Valendo-se da doutrina de SIMMONS (2013), percebe-se ainda que a negativa de proteção aos empregados contra a discriminação representa a manutenção da violência de um sistema hegemônico que cauteriza e marginaliza o empregado, assim identificado como "o outro" da filosofia de Enrique Dussel. O empregado é silenciado pelo idioma da lei, diante da impossibilidade de recolocação no mercado de trabalho.

Desse modo, o único modo de superação desse ciclo vicioso é a adoção de uma nova postura, mediante uma atuação que priorize o empregado discriminado, de forma à adoção de medidas hábeis a restaurar seu acesso ao trabalho, livre de discriminação. Segundo o autor o alcance de tal desiderato depende mais do que

11 É ilustrativo do posicionamento amplamente majoritário dos Juízes Trabalhistas o despacho disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 14/03/2016, nos autos do Processo nº 0020317-82.2016.5.04.0014, com origem na 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, com o seguinte conteúdo: *"Indefiro o requerido pelo reclamante no tocante á(sic) tramitação do feito em segredo de justiça ou, ainda, para que este seja identificado apenas com as abreviaturas de seu nome, uma vez que o pedido não tem apoio legal, observando-se que o direito de ação é constitucionalmente assegurado a todos e, em caso de qualquer prática efetiva de discriminação decorrente de ajuizamento de ação, há possibilidade de tomada das medidas judiciais cabíveis."*

12 Nesse sentido, exemplificativamente, o despacho denegatório proferido nos autos do processo n. 0021227-31.2015.5.04.0019, que tramita perante a 19ª. Vara do Trabalho de Porto Alegre no Estado do Rio Grande do Sul, assim fundamentado: "*Indefiro o requerido pelo reclamante no Id 7332ffd, uma vez que o processo não tramita em segredo de justiça.*" No requerimento o desempregado alega ter sido preterido em sucessivos processos seletivos em razão da divulgação do seu nome na internet como autor de reclamatória trabalhista.

de um exercício do "ouvir atento e paciente" do outro saturado, aqui comparado ao empregado, mas de uma práxis libertadora que deve ser atingida com uma atuação solidária.

3 O DESENVOLVIMENTO DO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO PELA PRÁTICA DAS LISTAS SUJAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A velocidade com que se desenvolve a tecnologia da informação cria um abismo entre a realidade e o direito, que tem dificuldade de acompanhar seus avanços de forma simultânea, seja mediante estudos para o tratamento judicial de conflitos que surgem das novas possibilidades criadas, ou para seu tratamento legal diante da necessidade de novas regulamentações legislativas. As novas situações decorrentes da sociedade da informação, aí incluída a disseminação na internet das informações processuais que alimentam as listas sujas, levam os estudiosos do direito a se depararem com novos desafios, que requerem estudos inovadores ou novas posturas na aplicação de velhos institutos.

Anteriormente à adoção do Processo Eletrônico, o combate à discriminação decorrente da formação de listas sujas já estava no foco do Ministério do Trabalho e Emprego, como revela a Portaria nº 367/2002, por meio da qual o órgão governamental determina que as denúncias referentes à ocorrência de prática discriminatória por parte de empresa que recuse a contratação de empregado que tenha ingressado com ação judicial trabalhista será encaminhada à chefia de fiscalização do respectivo órgão descentralizado para apuração, com natureza prioritária[13].

Ocorre que os empregadores, no exercício da liberdade contratual, não precisam justificar as razões pelas quais contratam ou deixam de contratar determinado candidato a emprego, sendo que a adoção de listas sujas é uma prática velada, o que torna a prova praticamente impossível. Tal característica marcante da discriminação sofrida na fase pré-contratual, de não deixar rastros, torna a atribuição do ônus probatório ao empregado uma exigência com efeitos devastadores à proteção contra a discriminação e à efetividade dos direitos de acesso à justiça e ao emprego, gerando reflexos na atuação das instituições públicas competentes para a sua garantia.

Como a opção entre os candidatos a emprego se insere no campo de liberdade do contratante, decisões por motivos discriminatórios, embora ilícitas, não são passíveis de insurgência por parte dos trabalhadores, de forma que não há a mínima viabilidade sequer de investigação da conduta pela autoridade responsável pela Inspeção do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho ou para o exame, pela via judicial, de efeitos indenizatórios com finalidade reparatório-punitiva.

Contudo, há raros casos em que a prática discriminatória se descortina, permitindo ao prejudicado buscar no Poder Judiciário devida tutela. São exemplos o julgamento Agravo em Recurso de Revista nos autos do Processo número 84900-45.2009.5.09.0091, em que o Ministro Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte, da 3ª. Turma do Tribunal Superior do Trabalho fundamenta o seu voto afirmando ser desnecessária a comprovação do prejuízo para a indenização por danos morais porque, nas suas palavras: *"a inclusão de nomes em "listas" criadas para fins de consulta pré-contratual, com informações acerca de o empregado ter reclamações trabalhista ou prestar depoimentos como testemunhas contra ex-empregadores ou o simples fato de não ser da simpatia (desafeto) de encarregados evidencia o caráter discriminatório e impeditivo ao reemprego*".

A jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho também ampara o entendimento segundo o qual a divulgação de lista com nomes de empregados "marcados" para não serem contratados gera ofensa a vários artigos constitucionais, dentre eles, o art. 1º, III, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o art. 5º, X, que protege a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, o art. 7º, XXX e XXXI, que proíbem diversas formas de discriminação e o art. 170, VIII, que eleva a busca do pleno emprego a princípio da ordem econômica, além de arrolar como seus fundamentos a valorização do trabalho humano e seus fins os de assegurar a todos

13 O órgão descentralizado incumbido da fiscalização do trabalho à época da edição da norma era denominado Delegacia Regional do Trabalho e passou-se a chamar Superintendência Regional do Trabalho, com o Decreto nº 6.341, de 3 de janeiro 2008. Atualmente a estrutura da Fiscalização do Trabalho é regulada pelo Decreto nº 8.894, de 3 de novembro de 2016.

existência digna, conforme os ditames da justiça social[14].

Como destacado anteriormente, embora os posicionamentos judiciais acima evidenciados prestem grande contribuição para o reconhecimento da ilegalidade da prática das listas sujas, não são suficientes para a efetivação da proteção contra a discriminação, tampouco dos princípios e direitos violados. O trabalhador prejudicado pela discriminação e que tem seu acesso ao mercado de trabalho obstado por ter ajuizado reclamatória trabalhista tem a urgência de auferir o rendimento indispensável à sua subsistência, por meio do seu trabalho remunerado. A espera por longo processo judicial não é compatível com a manutenção de direitos ligados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, assim como o deferimento de indenização não protege de forma eficaz o direito violado na sua essência, que é o acesso ao mercado de trabalho.

A insuficiência do tratamento mediante a fixação de indenização posterior ao dano é depreendida nas afirmações de BEATY (2014) ao identificar no século do Estado de bem-estar social (século XXI) o deslocamento da discussão que não se trata mais de saber se o governo tem ou não o dever de agir para a implementação dos direitos – especialmente os direitos sociais, como o de acesso ao trabalho – mas se a sua ação foi longe demais ou insuficiente. Relegar a proteção do acesso ao emprego contra a discriminação nos processos seletivos decorrentes de informações amplamente divulgadas na internet para ações indenizatórias posteriores ao dano, indubitavelmente revela-se insuficiente.

Nesse sentido, destaca-se da obra do autor a importância da atuação preventiva na proteção de direitos ao enfatizar a necessidade de atuação proativa para evitar as violações antes que elas ocorram, porque as medidas destinadas a reparar a violação de um direito depois do fato dificilmente serão suficientes.

Com esse escopo de prevenção e de atingir a origem da discriminação praticada contra os trabalhadores decorrente da difusão das informações na internet, em complemento às Resoluções 121/2011 e 143/2011 do Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 139/2014, determinando que os Tribunais Regionais do Trabalho devem "*adotar medidas para mitigar o acesso automatizado a dados dos reclamantes constantes dos processos judiciais no âmbito do Judiciário do Trabalho para fins de elaboração das chamadas 'listas sujas'*", bem como implementar *"ações que impeçam ou dificultem o rastreamento e as indexações indesejadas pelos sites de busca disponíveis na rede mundial de computadores*".

A ação até então adotada pelos Tribunais Regionais do Trabalho consiste na extinção da consulta processual por nome da parte. Tal medida, todavia, mostra-se pouco eficaz, visto que não impede a formação de bancos de dados com os nomes de trabalhadores que ajuízam ações trabalhistas ou testemunham nestas, de forma que a mera busca do nome dos reclamantes ou testemunhas, mediante ferramentas abertas na internet, revela a existência de reclamatória trabalhista e viabiliza a prática discriminatória.

Diante de tal constatação a Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Paraná ingressou com pedido de providência perante o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Processo nº CSJT-PP-14301-05.2015.5.90.0000), postulando tratamento de exceção aos processos trabalhistas quanto ao controle da divulgação dos nomes das partes, considerando que o sistema atual, com todos os seus programas, não tem protegido o trabalhador. A entidade defende que os processos da área trabalhista devem ter o tratamento de segredo de justiça, quando há omissão do nome das partes com abreviação, já que a publicação de editais e ou intimações nos diários oficiais são facilmente rastreáveis.

Ao decidir o pedido de providência, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho declinou da competência para resolver a questão ao Conselho Nacional de Justiça, registrando que "*o tratamento de segredo de justiça aos processos trabalhistas para dificultar a consulta dos nomes dos empregados e impossibilitar a formação das chamadas "listas sujas" extrapola a competência do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que não tem autonomia para implementar alterações no sigilo de informações processuais no sistema PJe.*[15]" No âmbito do Conselho Nacional de Justiça a matéria se encontra pendente de julgamento (Processo CNJ

14 Nesse sentido o Recurso de Revista do Processo nº 583-80.2010.5.09.0091, Data de Julgamento: 17/08/2016, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/08/2016.

15 Trecho da ementa do PROCESSO CSJT-PP-14301-05.2015.5.90.0000, Conselheira Relatora Maria Das Graças Cabral Viegas Paranhos, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, em 06/07/2016)

PP 0003869-39.2016.2.00.0000).

Além do mecanismo preventivo à discriminação de abreviatura dos nomes das partes nas publicações dos atos processuais disponibilizados na internet, o desenvolvimento do combate à discriminação pela prática das Listas Sujas na sociedade da informação pode contar com a adoção de ações afirmativas, definidas por GOMES (2001) como "*políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação[...]*". Na compreensão do autor "*a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.*" (Gomes, 2001, p. 133).

Explicita o autor, ainda, que as ações afirmativas podem ter cunho punitivo ou premiativo. As de cunho punitivo se revestem do estabelecimento de normas com a previsão de multas pecuniárias e penas restritivas de liberdade para aqueles que descumprirem os preceitos normativos, e as de cunho premiativo conferem incentivos, a exemplo de fiscais ou tributários, definem ações em benefício de minorias discriminadas.

A gravidade dos efeitos decorrentes da discriminação pela prática das listas sujas justifica o estabelecimento de ação afirmativa de cunho punitivo, no sentido de estabelecer uma norma incriminadora que tipifica a obstaculização do acesso ao trabalho a alguém por motivo de figurar como parte de ação trabalhista ou ter prestado depoimento como testemunha, mediante a cominação de pena pecuniária e restritiva de liberdade. Trata-se de medida de competência do Poder Legislativo, órgão para o qual a Constituição atribuiu legitimidade para a elaboração das leis e onde devem ocorrer os debates de forma democrática.

Para a efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais atingidos pela prática das listas sujas não se descarta qualquer outra medida em reforço, como o estabelecimento de ações afirmativas que estimulassem a contratação de empregados que tivessem ajuizado ações perante a Justiça do Trabalho, como as sugeridas por LORENTZ e MIRANDA (2014) , exemplificando com a possibilidade maior de parcelamento de dívidas tributárias de empregadores, excetuadas as relacionadas com as de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que igualmente servem para salvaguardar direitos de subsistência ligados ao mínimo existencial).

Aliadas as medidas acima, há a necessidade da assunção de novas posturas interpretativas do arcabouço jurídico já existente, visando maximizar a concretização de direitos que se aproximam do vetor que orienta o direito moderno, que é a Dignidade da Pessoa Humana. Para tal finalidade, a fenomenologia dos Direitos Humanos desenvolvida por PAREKH (2008) a partir da análise da filosofia de Hannah Arendt, fornece importante instrumental teórico.

A autora vê no trabalho a forma mais básica de se relacionar com a vida biológica, assim entendida a luta contra a mortalidade decorrente da natureza humana, elementos que, embora pertençam à esfera privada, são pressupostos para a ação, que é o meio do exercício da vida pública, esfera em que se realizam a fala e a ação significativa, e que na sua teoria são a base de sustentação dos Direitos Humanos.

Hannah Arendt elabora uma teoria capaz de superar a visão da atualidade, construída a partir de valores concentrados na atividade de consumo, de uma sociedade materialista e individualista, em que o ponto de vista do "animal laborans" enxerga o indivíduo como parte de um processo de produção destinado ao sistema de consumo.

Ao valorizar a vida ativa a autora oferece aos direitos humanos uma alternativa ao modelo desumanizante, e capaz de proteger o individuo como pessoa. Sem o acesso ao emprego em face das reiteradas recusas em processos seletivos, por consequência de condutas discriminatórias, o empregado é impossibilitado de exercer a "vida ativa".

Como lembra a autora *"cada final, não importa quão escuro, contém um novo começo*" (PAREKH, 2008, p. 172). Para o empregado que necessita da intervenção do Poder Judiciário para compelir o empregador à satisfação dos créditos inadimplidos, a negativa de proteção dos seus dados e o amplo acesso público dos mesmos acarreta a impossibilidade do novo começo, razões que justificam a necessidade de repensar a interpretação e aplicação do direito a partir de bases humanitárias.

4 CONCLUSÕES

Estamos assistindo ao nascimento de uma nova área do direito, cujo desenvolvimento é necessário para fazer frente aos desafios trazidos pelas novas tecnologias. Nesse processo há a necessidade de desconstrução de velhos institutos tradicionais que pertencem a um ordenamento jurídico inapto à conjuntura tecnológica e econômica, e que trazem uma série de malefícios para as relações de trabalho como um todo. Para tanto é preciso valer-se de novos recursos conceituais e teóricos.

Devem ser abandonadas as visões reducionistas do direito para começar a compreendê-lo em sua dimensão social e em sua complexidade estrutural, que passa a ser compreendido e interpretado mediante uma teoria do conhecimento que preza pelo respeito da conduta humana em interferência intersubjetiva.

Tais concepções permitem desvelar que não bastam as declarações solenes dos mais diversos diplomas normativos, que incluem os principais Tratados de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira quanto à vedação às condutas discriminatórias de todos os tipos se a prática dos operadores jurídicos, indispensável para a construção de uma sociedade democrática, justa e solidária, não estiver comprometida com a sua concretização.

Há a necessidade da formação de uma consciência de que medidas aparentemente neutras, como as de deixar de proteger as informações processuais do trabalhador desempregado que necessita ajuizar reclamatória trabalhista para buscar os direitos inadimplidos pelo ex-empregador, implica na perpetuação da discriminação e na violação de Direitos Humanos e Fundamentais.

A aplicação mediante subsunção mecânica da prevalência da publicidade processual, em detrimento da proteção das informações processuais das ações trabalhistas, amplamente divulgadas na internet, reproduz, ainda que de forma involuntária, a discriminação direta, sendo que a resposta jurídica de concessão de indenização compensatória-punitiva posterior, além de exigir produção probatória de difícil ou impossível realização, não é capaz de proteger o bem jurídico violado, que é o acesso ao emprego.

É necessária, nesse contexto, a superação da naturalidade com que convivemos com a desigualdade e a exclusão, tanto social como econômica, o que somente pode ser atingida mediante a reafirmação do compromisso com o princípio da igualdade no seu aspecto material, que implica na necessidade de conferir maior proteção aos menos favorecidos por meio de um tratamento distintivo benéfico, único passível de atingimento da real isonomia.

Dentre os exemplos desse tratamento distintivo benéfico se encontram o estabelecimento, via ação legislativa, de ação afirmativa de cunho punitivo, no sentido de estabelecer uma norma incriminadora que tipifica a obstaculização do acesso ao trabalho a alguém por motivo de figurar como parte de ação trabalhista ou ter prestado depoimento como testemunha, mediante a cominação de pena pecuniária e restritiva de liberdade. Também o estabelecimento de ações afirmativas que estimulem a contratação de empregados que tenham ajuizado ações perante a Justiça do Trabalho. Aliadas as medidas acima, há a necessidade da assunção de novas posturas interpretativas do arcabouço jurídico

O desenvolvimento da dogmática jurídica deve buscar, portanto, os caminhos a serem trilhados em prol dos Direitos Humanos e Fundamentais, que pressupõe o respeito equilibrado à liberdade de empreender e à dignidade do empregado, aí incluída a privacidade e o direito de não ser discriminado. Se faz necessário, portanto, que os operadores do direito se atentem não só sobre a qualidade, a veracidade, a autenticidade e a fidedignidade da informação e, mais especificamente no que toca ao objetivo do presente trabalho, desenvolvam a preocupação com o objetivo do acesso à informação, de modo a fundamentar a sua proteção quando acarretar a violação a Direitos Humanos e Fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr. 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BOTELHO, Catarina Santos. **Novo ou velho Direito? – O Direito ao Esquecimento e o Princípio da Proporcionalidade no Constitucionalismo Global.** Ab instantia, Revista Eletrônica Nº 7,2017.

BRAGATO, Fernanda F. **Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade.** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 19 – n.1- jan-abr, 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSSIO, Carlo**. La teoria egológica. Su problema y sus problemas.** Abeledo Perrot: Bienos Aires, 1963.

CUNHA, Alexandre dos Santos Cunha. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil.** In MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. SãoPaulo: RT, 2002, p. 230-64.

DE LA CUEVA, Lucas Murillo. **Informática y protección de datos personales: estudio sobre la ley orgânica 5/1992 de regulación des tratamento automatizado de datos de caráter personal.** Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1993.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 95

FLACH, Daisson. **O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação.** In MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002, pp. 372-407.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 38, nº. 151, jul.-set./2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar FerreiraMendes. Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1991

LORENTZ, Lutiana Nacur; MIRANDA, Wagner. **A discriminação nas relações laborais pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais através das listas sujas.** Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 34-52.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 8ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Raimundo Simão de. **Discriminação, Lista Negra e Direito de Ação.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 29, n. 109, jan-mar/2003.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia. Desafios para a implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2012.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Provenientes de Veiculação de Dados nos Sites dos Tribunais.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 29, n.112, p. out-dez/2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A difusão de informações judiciais na internet e seus efeitos na esfera trabalhista.** Revista internauta de práctica jurídica, Nº. 15, 2005.

PAREKH, Serena. **Hannah Arendt and the challenge of modernity: a phenomenology of Human Rights.** New York: Routlege, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos.**Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo , v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Apr. 2018. http://dx.doi.

org/10.1590/S1806-64452004000100003.

PROTECTION des données personnelles des travailleurs. Recueil de Directives Pratiques au BIT, Genève:Bureau Internacional du Travail, 1997.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva da Constituição.** 10ª. ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.** São Paulo:Saraiva, 2014.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

SIMMONS, William Paul. **"Human Right Law and the marginalized other." New York: Cambridge University Press**, 2013.

Sociology of Law 2018

GT31: CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO

TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NELES PREVISTOS INTEGRAREM O ROL DE LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros[1]

RESUMO: Os paradigmas da evolução constitucional ocidental foram substancialmente modificados na contemporaneidade pelo fenômeno da globalização. Os ideais até então consagrados de soberania do Estado e supremacia da Constituição foram relativizados em prol de uma maior atuação do Direito Internacional na ordem jurídico-política interna dos países. Neste contexto, especialmente no pós-segunda guerra mundial, o processo de universalização dos direitos humanos – impulsionado pelos tratados, pactos e convenções internacionais – se consubstanciou como um dos grandes produtos desse novo constitucionalismo pós-moderno. Faz-se necessário, portanto, compreender a influência exercida por esta nova ordem internacional no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito a possibilidade de os direitos fundamentais previstos em tais diplomas internacionais de direitos humanos adquirirem *status* de limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Palavras-Chave: Globalização. Direito Internacional. Universalização. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT: The paradigms of the western constitutional evolution were substantially modified by the phenomenon of globalization. Consecrated ideals of state sovereignty and supremacy of the constitution were relativized in favor of a greater participation of International Law in the legal-political internal order of countries. In this context, especially in the post-world War II period, the process of universalization of human rights - which was boosted by treaties, pacts and international conventions – became one the greatest products of this new post-modern constitutionalism. Therefore, it is necessary to understand the influence exercised by this new international order in the Brazilian legal context, particularly concerning the possibility of fundamental rights provided in international human rights law, acquiring status of material limitation on the power of constitutional reform.

Keywords: Globalization. International Law. Universalization. Human Rights. International Treaties. Eternity Clauses.

I INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização pode ser caracterizado como o aprofundamento da relação entre os indivíduos em todas as partes do globo, impulsionado sobremaneira pela espantosa evolução tecnológica verificada no final do século XX. O impetuoso desenvolvimento humano no âmbito da informática e das telecomunicações, conforme preceitua Daniel Sarmento, "encurtou drasticamente as distâncias e ampliou os mercados, aproximando da realidade a metáfora da 'aldeia global'".[2]

Este processo, ainda que frequentemente mais relacionado e estudado com referência à outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a política e a economia, realizou severas mudanças no pensamento

1 Graduando do 7º semestre no curso de Direito da Faculdade de Direito de Serra/ES (DOCTUM); estagiário da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, 1ª Defensoria Cível de Serra/ES, sob a supervisão do Defensor Público responsável Phelipe França Vieira; email: sipioni.lucas@hotmail.com.

2 Cf. SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional,* p. 19.

jurídico ocidental, uma vez que os novos ideais sócio-políticos emergentes alteraram os paradigmas até então estabelecidos do Direito Moderno. No que concerne ao Direito Constitucional, explica Daniel Sarmento que "(...) os conceitos-chave que formam o arcabouço teórico da disciplina, como os de Estado e soberania, passam a ser questionados e relativizados, levados pelo 'arrastão' da globalização".[3]

Neste contexto de intensa integração, o Direito Internacional, que antes se limitava a regular as relações mantidas entre os Estados-Nações, passou a se estabelecer como uma fonte de direito interno, relativizando a soberania dos Estados e colocando em xeque o papel de destaque das Constituições na regulação e organização da ordem interna de seus respectivos países.

Um grande exemplo desse englobamento, dentre outros existentes[4], fica evidenciado na universalização da proteção dos direitos humanos no pós segunda guerra mundial, através da criação de órgãos de controle internacionais, a exemplo das Cortes de Direitos Humanos, bem como pela previsão de direitos humanos em tratados, pactos e convenções internacionais[5], cuja recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, e posterior valor jurídico adquirido, será o objeto de estudo do presente artigo.

2 HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

Antes de se proceder a uma análise profunda acerca do valor jurídico dado aos direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelos tratados, pactos e convenções internacionais, necessário estabelecer alguns parâmetros gerais acerca da evolução histórica do constitucionalismo ocidental, desde seu surgimento, no início do século XVIII, no rastro do Iluminismo, até a sua concepção pós-modernista, marcada pela mitigação da soberania estatal no contexto da globalização.

Vale registrar de inicio que, apesar de o conceito de constituição em seu sentido material[6] ser bem mais antigo, podendo ser encontrada referência ao termo "constituição" em escritos da Antiguidade e da Idade Média, como sendo forma de organização e estruturação da sociedade, a concepção de uma constituição formal, emanada de um poder constituinte formal, somente encontrou sua afirmação no final do século XVIII.[7]

Porém, como o enfoque do artigo não é o exame minucioso da trajetória histórica do constitucionalismo, não serão feitas maiores considerações acerca de sua concepção na Idade Antiga e Média, passando-se agora a uma breve apresentação dos três principais modelos do constitucionalismo moderno, que são o inglês, o francês e o norte-americano, além de breves comentários acerca da transição do constitucionalismo liberal-burguês para o constitucionalismo social. Ao fim, será abordada a temática da crise do constitucionalismo moderno no contexto da globalização.

2.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O constitucionalismo moderno nasceu da necessidade de limitação do poder do Estado, como forma de superação do Estado Absolutista, sendo que seu surgimento só foi possível, como averbam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, devido a uma série de fatores, como, por exemplo, a "ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalista e antropocêntricas, legadas pelo Iluminismo".[8]

---

3 Ibidem, p. 20.

4 Além da desnacionalização dos direitos fundamentais, também pode-se ter como produtos da desnacionalização do direito a integração regional, com a criação dos blocos econômicos, e a *lex mercatoria.*

5 Cf. SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional,* p. 25.

6 Conjunto de regras, escritas ou não, sobre o modo de estruturação, organização e exercício do poder político e da vida social.

7 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 45.

8 Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho,* p. 54.

O poder ilimitado dos soberanos passou a se tornar um obstáculo para o desenvolvimento do capitalismo, sendo, portanto, a centralização do poder, política contrária aos interesses da classe burguesa, que desejava a proteção da liberdade e da propriedade, bem como a limitação do poder dos governantes em relação aos contratos comerciais firmados. Ao mesmo tempo, conforme já exposto, estava em ascendente evolução o ideal iluminista de mitigação do poder estatal. Nota-se, assim, a convergência entre os interesses da classe comercial emergente e os ideais iluministas, fortalecendo ainda mais o movimento constitucionalista.[9] Paralelamente a isso, com o fim da hegemonia religiosa na Europa, em razão das reformas protestantes, foi extinta a fundamentação do poder político na vontade divina, e, consequentemente, a principal fonte de legitimidade do Estado Absolutista.

Além disso, em consonância com os novos ideais que estavam ganhando força na sociedade europeia, foram desenvolvidas as teorias do contrato social, justificando a existência do Estado em nome dos interesses dos indivíduos, que abriram mão de seu estado de liberdade natural para a convivência em sociedade. Esse liberalismo contratual teve em John Locke seu mais importante idealizador, defendendo a tese de que, ao abrirem mão da liberdade e celebrarem o contrato social, os indivíduos cederam apenas parte de seus direitos ao Estado, possuindo ainda inúmeros outros que devem ser respeitados e garantidos por todo e qualquer governante.[10]

Assim, o constitucionalismo moderno se estruturou em três grandes pilares: a) a limitação do poder do Estado, mediante a separação dos poderes; b) o dever do Estado de garantir os direitos individuais dos cidadãos; c) a necessidade de legitimação do governo pelos governados; sendo que este último sofreu severas restrições, em razão da adoção do voto censitário e masculino até a metade do século XX.[11]

2.2 O MODELO CONSTITUCIONALISTA INGLÊS

Ao contrário do que ocorreu no restante da Europa, as raízes do Absolutismo não conseguiram se firmar no território inglês, isso porque desde a Idade Média a Inglaterra, em especial com a imposição da Magna Carta de 1215 e os costumes[12], já previa instrumentos de limitação do poder estatal. Em decorrência disso, até hoje o país não possui uma constituição escrita, ao menos não "(...) no sentido das constituições escritas que, a partir do final do século XVIII, passaram a caracterizar o constitucionalismo moderno"[13]. Um outro grande motivo para essa ausência reside no fato de que não foi necessária uma revolução para o enfraquecimento do poder do Estado em detrimento dos direitos civis. Conforme explicam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

> A ideia do exercício do poder constituinte, por meio da ruptura com a passado, com a refundação do Estado e da ordem jurídica, é estranha ao modelo constitucional inglês, que se assenta no respeito às tradições imemoriais. Nesse sentido, o constitucionalismo britânico é historicista, já que baseia a Constituição e os direitos fundamentais nas tradições históricas do povo inglês, e não em um ato de vontade do constituinte ou no exercício abstrato da razão.[14]

Com isso, o processo constitucional inglês foi marcado por uma gradativa valorização do Parlamento. Ao contrário do restante do continente à época, na Inglaterra vigora o sistema parlamentar, com representação política da nobreza e da burguesia, cenário que propiciou um modelo de evolução peculiar. Outra situação que também marcou a evolução constitucional britânica foi o embate constante entre o Parlamento e a

9 Ibidem, p. 54-55.

10 Cf. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, p. 57 e ss.

11 Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho,* p. 55.

12 Regras sociais tidas como obrigatórias dentro de um determinado contexto histórico e social; valores morais de uma sociedade que, em razão de sua relevância e vigência temporal, passam a serem tidos como obrigatórios. Mesmo no Brasil, país de tradição jurídica *civil law,* os costumes são reconhecidos como uma fonte formal de Direito, nos termos do art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro.

13 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 50.

14 Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho,* p. 56.

monarquia, principalmente durante o século XVII, cujas constantes reviravoltas políticas culminaram na Revolução Gloriosa de 1688, bem como na criação de documentos constitucionais importantes, a exemplo da(o): *Petition of Rights,* de 1928; *Habeas Corpus Act,* de 1679; e *Bill of Rights,* de 1689, que sedimentaram de vez a supremacia do Parlamento e a instauração de um regime político baseado na proteção dos direitos individuais.

2.3 O MODELO CONSTITUCIONALISTA FRANCÊS

A evolução do constitucionalismo francês possui caráter evidentemente revolucionário, sendo que seu grande marco é a Revolução Francesa de 1789. Com o seu estouro, muito mais que apenas o rompimento com o Antigo Regime, os franceses realizaram uma verdadeira reestruturação do Estado e da sociedade a partir dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade. Essa vontade de ruptura se externalizou principalmente na teoria do poder constituinte elaborada por Abade Emanuel Joseph Sieyès, que estabeleceu a nação como titular soberana do poder constituinte, sendo que este não está vinculado a nenhuma ordem jurídica anterior, podendo ser utilizado para fundar uma nova sociedade do zero.[15]

Assim, ao contrário do modelo constitucionalista inglês, pautado na historicidade, o modelo francês estabeleceu uma violenta ruptura com a ordem jurídica anterior, sendo estritamente necessária a instauração de uma nova forma de organização sociopolítica, inspirada nos valores iluministas de valorização do indivíduo, valores esses que foram positivados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especialmente em seu art. 16, que estabeleceu que a sociedade em que não era prevista a separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais, sequer tem Constituição.

O grande protagonista do processo constitucional francês foi o Poder Legislativo, mediante a positivação do direito, sendo relegado ao Poder Judiciário, objeto de profunda desconfiança dos revolucionários em razão sua associação com o Antigo Regime, a priori, o mero papel de aplicador da lei, situação que só veio a mudar no final do século XX, momento em que o Conselho Constitucional passou a assumir um papel mais ativo, evidenciando uma verdadeira jurisdição constitucional e assegurando a supremacia da Constituição em relação ao direito infraconstitucional.[16]

Dessa forma, nota-se que a evolução do constitucionalismo francês ocorreu de forma completamente diferente do caso inglês, e deixou um legado eterno na história do constitucionalismo moderno, uma vez que os ideais propagados no período revolucionário serviram de inspiração para diversos outros países no momento de elaboração de suas respectivas constituições.

2.4 O MODELO CONSTITUCIONALISTA ESTADUNIDENSE

Com a declaração de Independência das treze colônias inglesas, e a posterior promulgação da Constituição norte-americana de 1787 – a primeira constituição escrita nos termos do constitucionalismo moderno –, que coincidiu com a própria formação do país como nação independente, o constitucionalismo moderno adquiriu novas feições.[17] O constitucionalismo estadunidense criou um novo sistema político com base na Constituição, que estabeleceu regras de atuação política e consagrou os direitos naturais dos indivíduos. Nesse sentido, apregoam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

> A Constituição dos Estados Unidos foi aprovada pela Convenção da Filadélfia, em 1787, e depois ratificada pelo povo dos estados norte-americanos, vigorando desde então. Ela substituiu os Artigos da Confederação, de 1781, criando um novo modelo de organização politica, que é o Estado Federal. Inovou também ao instituir o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos, associado à separação dos poderes.[18]

15 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho* p. 57.

16 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 58-59.

17 Ibidem, p. 53-54.

18 Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho,* p. 58.

O modelo constitucional estadunidense ficou marcado pela sua tentava de aliar o autogoverno do povo, conforme estabelecido na frase *"We the People of the United States..."* contida no preambulo da Constituição, com a necessidade de limitação do poder da maioria com a defesa dos direitos das minorias, evitando assim a existência de um governo autoritário, que ameace as liberdades individuais dos cidadãos.

Uma outra característica do constitucionalismo norte americano reside na supremacia da Constituição em relação a outros documentos que fazem parte do ordenamento jurídico, que pode ser utilizada inclusive para restringir as maiorias existentes nos outros Poderes.[19] Esta ideia foi firmada pelo Chefe de Justiça da Corte Suprema americana no ano de 1803, John Marshall, no julgamento do emblemático caso *Marbury v. Madison,* que criou os conceitos de Controle de Constitucionalidade difuso e concreto[20], instituindo-os como um dos princípios fundamentais do Constitucionalismo dos Estados Unidos. Nota-se então que foi em território americano que surgiram as primeiras noções de jurisdição constitucional, ainda que mediante intensas críticas, sobretudo no que se refere a (i)legitimidade de um juiz não eleito, baseado em em suas interpretações pessoais, interferir em decisões tomadas pelos representantes de povo.

2.5 O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL-BURGUÊS E SUA TRANSIÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O constitucionalismo liberal-burguês baseou-se, essencialmente, na limitação do poder estatal como forma de proteção dos direitos do indivíduo, principalmente por meio da separação dos poderes. Para seus idealizadores, o Estado era o principal entrave para a defesa das garantias e direitos fundamentais, necessitando, portanto, da relativização do seu poder.

O constitucionalismo desta época, conforme já visto anteriormente, foi marcado pela dominação do poder pela classe burguesa, sendo que seus principais interesses foram sendo atingidos, como, por exemplo, a abolição dos direitos do clero e da nobreza e a proteção do propriedade privada, situação que favoreceu o desenvolvimento do capitalismo e, consequentemente, a ideia da "mão invisível do mercado", estabelecida por Adam Smith[21], segundo a qual o Estado não deveria interferir na economia, sendo-lhe incumbido o papel de assegurar os direitos dos cidadãos, garantir a justiça e a segurança pública.

Esse modelo de constitucionalismo reconhece e garante os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados ao valor da liberdade, como forma de proteger os cidadãos dos arbítrios praticados pelo Estado. Essa proteção se dava, sobretudo, através de uma abstenção, motivo pelo qual se defendia a ideia do Estado mínimo.[22] Nesse contexto nascem também os denominados direitos políticos, ressurgindo o ideal de democracia até então esquecido e assegurando aos cidadãos o exercício, ainda que indireto, do poder, mediante a inserção do voto censitário e masculino.

Entretanto, com o decorrer do tempo, especialmente após a Revolução Industrial, o Estado Liberal tornou-se totalmente ineficiente para lidar com a nova realidade social, uma vez que:

> A industrialização, realizada sob o signo do *laissez-faire, laissez-passer,* criara um quadro dramático de miséria humana, gerada pela exploração ilimitada da mão-de-obra pelo capital. Neste cenário cinzento, surgem, dos mais variados flancos, contestações às liberdades burguesas, consagradas pelas Revoluções do século XVIII. Sob perspectivas diferentes, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica questionavam o capitalismo selvagem, criado e nutrido sob a sombra do constitucionalismo liberal.[23]

Ainda neste contexto, a extensão do sufrágio às camadas mais marginalizadas da sociedade, rompendo com a hegemonia burguesa no Parlamento, também contribuiu para a crise do Estado Liberal, uma vez que passaram a ser criados novos direitos (saúde, educação, trabalho digno etc.), os chamados direitos sociais,

19 Ibidem, p. 59.

20 JOBIM, Marco Félix; ALFF, Hannah Pereira. *Uma análise histórica do caso Marbury vs. Madison,*p. 1109-1110.

21 Desenvolvida em seu célebre livro "A riqueza das nações".

22 Cf. SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional,* p. 21.

23 Idem, ibidem, p. 22.

que exigiram do Estado uma postura muito mais proativa na regulação das relações sociais, inclusive no âmbito econômico.

Assim, a promoção e proteção desses novos direitos exigiu do Estado uma verdadeira reformulação na sua forma de atuação, que passou de uma postura secundária para ser o protagonista da ordem socioeconômica e política da sociedade, ou seja, o Estado Liberal, pautado na promoção da liberdade entre os cidadãos, converteu-se no Estado social, incumbido de não apenas garantir a liberdade, mas também o bem-estar dos cidadãos.[24]

A essas mudanças, não assistiu imóvel o constitucionalismo. As constituições que antes se limitavam a restringir o poder do Estado, típicas do constitucionalismo liberal-burguês, passaram a estabelecer um projeto de Estado, mediante a previsão de programas de ação que devem ser concretizados pelo governo. Assim, a constituição dirigente[25], desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho, substituiu a constituição garantia.[26]

2.6 A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

O constitucionalismo moderno surgiu em um contexto sociopolítico que não vigora mais: o Estado soberano, detentor da matéria legislativa e superior a qualquer outra forma de poder em seu território. Em tempos contemporâneos, ante o fenômeno da globalização, o encurtamento das fronteiras e a descentralização do poder fez com que o Estado perdesse o monopólio de regulação dos fatores econômicos e sociopolíticos dentro de seu território, sendo eles cada vez mais influenciados por fatores externos, alheios a vontade e ao controle do governo.[27] Neste contexto, surgem instâncias supranacionais de poder, haja vista que os Estados não conseguem lidar sozinhos com as principais demandas do mundo contemporâneo, minorando ainda mais a soberania estatal e a supremacia da constituição, situação que aqui não será melhor abordada.

Além disso, nos termos do já exposto, um outro produto da influência da globalização no Direito verifica-se na proteção internacional dos direitos humanos após o final da segunda guerra mundial, como uma reação às atrocidades que foram cometidas pelos nazistas naquele período. Nesta senda, complementam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

> [...] a contastação de que o Estado pode ser responsável pela violação maciça de direitos humanos, não sendo, em certos contextos, a instituição mais confiável para protegê-los, levou à construção de um Direito Internacional dos Direitos Humanos. A premissa básica deste novo ramo do Direito Internacional é de que a proteção dos direitos da pessoa humana não deve se restringir à competência exclusiva dos Estados, ou à sua jurisdição doméstica privativa. Instituição internacionais e a própria sociedade civil global podem e devem atuar neste campo. Naturalmente, essa concepção implica a relativização da noção de soberania estatal, em prol dos direitos humanos.[28]

Esse processo de universalização dos direitos humanos possui como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo desenvolvido, principalmente, mediante a aprovação de diversos tratados, pactos e convenção internacionais de direitos humanos, e a integralização desses novos direitos ao ordenamento jurídico dos Estados signatários. Nota-se então que o Direito Internacional não mais regula apenas as relações mantidas entre os países, passando a incorporar "(,,,) paulatinamente o indivíduo como sujeito de direito e destinatário final de suas normas".[29]

Dessa forma, a soberania estatal e a supremacia da constituição deram espaço a uma nova concepção

24 Idem, ibidem, p. 22.

25 A Constituição Brasileira é um grande exemplo de constituição dirigente, uma vez que consagra inúmeras normas pragmáticas e objetivos a serem alcançadas pela República Federativa do Brasil, conforme se observa, principalmente, em seu art. 3º.

26 Cf. SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional,* p. 22.

27 Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho,* p. 65.

28 Ibidem, p. 67.

29 Ibidem, p. 68-69.

de constitucionalismo, pautada na proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sendo que a violação em massa desses direitos por parte de um Estado, pode ensejar até mesmo a intervenção internacional, ainda que sem o consentimento do país. Nesse sentido, existem aqueles que advogam a existência de um novo modelo de constitucionalismo, onde a Constituição seria a Carta da ONU e os principais tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos.[30]

Concluindo, percebe-se que o fenômeno da globalização alterou substancialmente os paradigmas da evolução constitucionalista ocidental. Ainda que a Constituição de um Estado exerça papel principal e fundamental na regulação e estruturação da sociedade, não há mais como negar a influência desempenhada pelos tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos na política interna dos países, sendo que a recepção deles pelo Brasil, em especial a possibilidade dos direitos humanos ali previstos alcançarem *status* hierárquico constitucional de limite material ao poder reformador, será abordado a seguir.

3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer em seu art. 5º, § 2º que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ou seja, os direitos humanos inseridos nos tratados, pactos e convenções internacionais dos quais o país seja signatário integram o elenco de direitos constitucionalmente assegurados, ainda que não estejam formalmente inseridos no texto constitucional. Explica Carlos Weis:

> [...] verifica-se que mesmo que o § 2º do art. 5º da CF reconheceu como fonte dos direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais. Estes, mesmo que não integrassem formalmente a Constituição brasileira, materialmente deveriam ser tratados como de hierarquia superior às leis ordinárias e equivalentes às previsões da Carta Política.[31]

Complementando, assevera Flávia Piovesan:

> A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo Texto Constitucional.[32]

Esse dispositivo, tendo em vista seu caráter inovador, ocasionou profundas discussões doutrinarias e jurisprudências acerca do *status* que os tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos assumiam ao serem ratificados pelo Brasil. Surgiram, então, quatro grandes vertentes: a) a natureza supraconstitucional dos tratados, pactos e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos; b) o caráter constitucional de tais diplomas; c) a equivalência a lei federal desses documentos internacionais; d) a tese de supralegalidade desses diplomas internacionais, hipótese atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o objetivo de resolver a discussão e pacificar a matéria, o art. 5º foi ampliado com a inserção do § 3º pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", ou seja, os tratados aprovados mediante este rito especial poderiam ser inseridos no texto constitucional pelo poder derivado.

Todavia, ao invés de tornar o assunto incontroverso, a nova redação apenas reavivou os debates então existentes, fazendo-o ganhar novos contornos, especialmente no que diz respeito ao processo de

30 Ibidem, p. 69.

31 Cf. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos,* p. 35.

32 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 111.

incorporação dos tratados, a sua hierarquia na ordem jurídica interna brasileira e as consequências de sua aplicação. Porém, tendo em vista a complexidade do tema e a extensão do debate, aqui será priorizado o segundo contorno exposto, qual seja: o valor jurídico dos tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados pelo Congresso Nacional.

4 AS CLÁUSULAS PÉTREAS E OS TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS MEDIANTE O QUÓRUM ESTABELECIDO NO ART.. 5, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme já exposto, ante a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, caso um tratado, pacto ou convenção internacional com a temática de direitos humanos seja aprovado nas duas casas do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ele poderá ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro mediante emenda constitucional, figurando, portanto, como norma formalmente constitucional.

Nesse sentido, controvérsia gira em torno da possibilidade de direitos fundamentais previstos em tais diplomas internacionais aprovados pelo Brasil mediante o procedimento estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição Federal serem, ou não, cobertos pela proteção das cláusulas pétreas. Porém, antes de proceder-se a esta análise, necessário estabelecer breves comentários acerca da possibilidade de os direitos fundamentais figurarem como limites materiais ao poder de reforma.

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODEM SER CONSIDERADOS CLÁUSULAS PÉTREAS?

O fato de o art. 60, §4º, inc. IV estabelecer expressamente apenas os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas originou uma instigante discussão no seio da doutrina brasileira, uma vez que, dependendo da definição e do alcance dado a expressão "direitos e garantias individuais", poderiam ser excluídos do rol de limites materiais ao poder de reforma até mesmo os direitos sociais e políticos, ou, por conta de uma interpretação abrangente, definido que todos os direitos fundamentais podem ser considerados cláusulas pétreas.

A priori, levando em conta o enunciado literal do dispositivo, poder-se-ia afirmar que apenas os direitos e garantias individuais são inseridos no rol das cláusulas pétreas, excluindo de tal condição não apenas os direitos sociais e parte dos direitos políticos, mas também, por uma questão de coerência, os direitos coletivos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual dificilmente esta interpretação pode prevalecer.[33]

Para os devotos a esta interpretação, explica Sarlet que se abre uma via alternativa, no sentido de que apenas "(...) os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do art. 5º sejam considerados cláusulas pétreas".[34] Porém, a viabilidade desta hipótese encontra fortes barreiras, especialmente devido ao fato de que é praticamente impossível estabelecer parâmetros amplamente aceitos para distinguir os direitos individuais dos não individuais.

Uma outra vertente existente sustenta que a impossibilidade de os direitos fundamentais sociais equivalerem aos direitos individuais reside no fato de que eles não podem ser comparados aos direitos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal, além de que se o constituinte quisesse estabelecer os direitos sociais como cláusulas pétreas, ele teria o feito. Porém:

> Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não contempla a diferença substancial entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese restritiva em regra partem da premissa de

33 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 149.
34 Idem, ibidem, p. 149.

> que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações estatais, quando [...] boa parte dos direitos sociais são, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, equiparáveis aos direitos de defesa; c) além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das "cláusulas pétreas" aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, IV, da nossa lei Fundamental.[35]

Assim, fica claro que apenas por meio de uma exegese sistemática é possível encontrar a melhor solução para o problema. Já no preâmbulo da nossa Carta Magna consta que a proteção e garantia dos direitos individuais e sociais é objetivo permanente do Estado brasileiro. Além disso, a própria ideia de Estado Democrático e Social de Direito, que se vincula com a ideia estabelecida em nossa Constituição, preconiza os princípios sociais e os direitos fundamentais sociais como elementos centrais da identidade do texto constitucional, motivo pelo qual eles, ainda que não expressamente positivados como cláusulas pétreas, podem ser assim considerados[36], sendo que sua abolição pelo poder reformador, ante a sua relevância para a identidade da Constituição, acabaria por gerar a destruição da própria ordem constitucional.

4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS EM TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS PODEM INTEGRAR OS LIMITES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL?

Uma vez já estabelecido que os direitos fundamentais integram o rol de cláusulas pétreas, proceder-se-á agora ao estudo da possibilidade de tais direitos previstos em diplomas internacionais que versem sobre direitos humanos também serem inseridos nesta cláusula de intangibilidade. Em outros termos, a discussão é a seguinte: o poder reformador, no caso as Emendas Constitucionais, possui legitimidade para elaborar novas cláusulas pétreas ou tal formulação apenas é permitida ao constituinte originário?

Quanto a esta questão, existem duas posições bem expressivas e delimitadas na doutrina: a) aquela no sentido de que apenas o poder constituinte pode estabelecer limitações ao poder derivado, ressalvando-se, contudo, as hipóteses nas quais o direito, ainda que não de forma expressa, já estava consagrada no sistema constitucional; b) aquela que entende que a abertura do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º da Constituição Federal), por ter sido realizada pelo constituinte originário, permitiria a inclusão de novas cláusulas pétreas via emenda constitucional.[37]

Com a devida vênia às teses em contrário, este trabalho defende a última posição exposta acima, uma vez que além de a cláusula de a abertura estabelecida pelo poder constituinte originário no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelecer a possibilidade da inserção de novos direitos fundamentais no texto constitucional e, via de consequência, novas cláusulas pétreas, não se pode olvidar a existência de direitos fundamentais previstos implicitamente[38] na Lei Fundamental, ou seja, sem qualquer menção expressa, cuja simples positivação via emenda constitucional de forma alguma iria atentar contra a ordem e a identidade da Constituição, muito pelo contrário, apenas consagraria a estes direitos o *status* constitucional que já estava implicitamente tutelado.

Nesta esteira, explica Ingo Sarlet que direitos como moradia, alimentação e razoável duração do processo, ainda que não expressamente previstos no texto constitucional, estão em completa sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana[39] e com o sistema internacional de direitos humanos, figurando então como limites implícitos ao poder de reforma, cuja positivação apenas viria a dá-los formalmente a

35 Ibidem, p. 150.

36 Ibidem, p. 151.

37 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 156.

38 Com relação aos limites materiais implícitos, vale destacar que a doutrina majoritária reconhece sua existência, porem, não existe unanimidade de quais sejam eles. Além disso, por serem extraídos de uma constituição concreta, a eles pode ser atribuída a mesma força jurídica dos limites expressos.

39 Com efeito, sustentam SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 147, que a inclusão do principio da dignidade da pessoa humana no rol dos limites materiais à reforma constitucional não apenas se justifica em razão seu lugar privilegiado no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes do Estado Democrático de Direito, mas também em virtude de sua relação com os direitos e garantias fundamentais.

condição que já estava consagrada.[40]

Complementando, assevera Bernardo Gonçalves Fernandes que:

> Pensar ao contrário é estar criando uma diferenciação entre direitos fundamentais de primeira e segunda linha [direitos fundamentais originários e direitos fundamentais criados por emenda constitucional, os primeiros submetidos a um regime de proteção reforçado e os segundos disponíveis ao poder de reforma], ou seja, um rol dotado de discriminação arbitrária. Entendemos que o que deve importar é a afirmação do direito e o seu viés protetivo e emancipatório, pois o mais importante seria saber o que significa e qual é o seu impacto nas relações sociais, e não a sua forma derivada ou originária, que o tornaria um direito mais fragmentário e tênue que um outro direito fundamental.[41]

Delimitada a possibilidade de uma emenda constitucional criar limites materiais à sua própria atuação – cláusulas pétreas –, cuida-se agora de abordar o objeto fim deste estudo: a viabilidade de os direitos fundamentais contidos em tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil serem, ou não, cobertos pela proteção de intangibilidade inerente às cláusulas pétreas. Ainda que se reconheça o caráter constitucional dos direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao regulamento interno, posição a que aqui se adere, a controvérsia que gira em torno da possibilidade deles figurarem no rol das cláusulas pétreas é muito mais complexa e depende de outros fatores.[42]

De início, imperioso destacar que enquanto não incorporados ao texto constitucional, ou seja, tratados não aprovados pelo procedimento especial previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, os direitos nele previstos, ainda que integrantes da ordem constitucional interna – direito constitucional em sentido material[43]–, não possuem caráter constitucional formal, não havendo o que se falar, portanto, em limite material ao poder de reforma. Por outro lado, caso o direito consagrado internacionalmente, mas não inserido formalmente no texto constitucional, também estiver nele previsto pelo constituinte originário, logicamente incidirá sobre ele a proteção decorrente da condição de cláusula pétrea.

Um outro aspecto a ser considerado diz respeito ao fato de que a aprovação de um tratado internacional pelo rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da Carta Magna, não lhe garante a integração no texto constitucional via emenda constitucional, como é o caso do Decreto Legislativo nº 186/2008, que aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que mesmo sendo aprovado pelo rito especial foi inserido na ordem jurídica brasileira por Decreto Legislativo.[44] Em contrapartida, uma vez aprovado mediante o procedimento especial e inserido na constituição mediante emenda constitucional, os direitos fundamentais ali previstos podem ser considerados como cláusulas pétreas.

Em entendimento contrário, sustenta Blecaute Oliveira Silva:

> [...] embora veiculem direitos e/ou garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos introduzidos sob a forma do art. 5º, § 3º, da CF podem ser objeto de alteração por via de emenda constitucional, até mesmo revogados, pois aos limites que o Poder Constituinte Originário estabeleceu para o modelo normativo vigente. Não goza assim, no sistema constitucional, de qualquer primazia, seja ela formal ou material.[45]

Porém, tal compreensão, conforme já exposto, desconsidera o fato de que o próprio constituinte originário inseriu no texto constitucional uma cláusula de abertura e recepção constitucional dos direitos

---

40 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 156-157.

41 Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional,* p. 143-144.

42 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 157.

43 Não sendo aprovados no procedimento especial previsto no texto constitucional, os tratados, pactos e convenções de direitos humanos serão incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro mediante decreto legislativo, motivo pelo qual é possível falar, quando muito, apenas em direito constitucional em sentido material – bloco de constitucionalidade.

44 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 158.

45 Cf. SILVA, Blecaute Oliveira. *Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais: uma abordagem analítico-normativa,* p. 83-84.

previstos nos tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos, além de não levar em conta a existência de limites materiais implícitos ao poder de reforma, motivo pelo qual não merece prosperar.

Ademais, soma-se ainda a discussão o fato de os tratados estarem sujeitos a uma denúncia[46] por parte dos países signatários, de tal sorte que, salvo os casos em que eles prevejam expressamente a impossibilidade de denúncia após sua aprovação pelo Congresso Nacional, existem aqueles que advogam que ela não poderia ser impedida nem mesmo com base na condição de cláusula pétrea.[47] Em outras palavras, ainda que se possa estabelecer um direito previsto internacionalmente e inserido no texto constitucional brasileira mediante emenda constitucional como cláusula pétrea, nem mesmo esta condição de intangibilidade impediria a sua exclusão mediante o procedimento de denúncia do tratado internacional em que ele está inserido.

Porém, coaduno aqui com a posição defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli, que entende uma vez inseridos no texto constitucional, os tratados, pactos e convenções internacionais de direito humanos petrificam-se, sendo insuscetíveis de denúncia por parte do Estado brasileiro.[48] Além disso, também se pode defender esta tese com a adoção do princípio internacional da proibição do retrocesso, na medida em que, uma vez previsto e reconhecido como pertencente a ordem interna do país, um direito fundamental não pode mais ser excluído ou ter diminuída sua proteção pelo poder reformador, haja vista sua posição privilegiada e relevante para a garantia da ordem e da identidade constitucional.

Mediante todo o exposto, nota-se que a possibilidade de os direitos fundamentais previstos em tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos adquirem condição de cláusula pétrea é extremamente controversa e relevante na doutrina, especialmente quando não aprovados pelo procedimento especial previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, e ainda aguarda posicionamento da Suprema Corte brasileira. Contudo, à vista das considerações feitas, entende-se ser perfeitamente possível caso inseridos na constituição formal mediante emenda constitucional. No que diz respeito a possibilidade de denúncia, nota-se que a teoria que advoga sua impossibilidade após a inserção do diploma internacional no texto constitucional revela-se a mais correta e atinente aos princípios basilares do direito internacional, em especial do princípio da proibição do retrocesso, uma vez que retira da liberalidade do poder derivado a alteração ou supressão dos direitos humanos e fundamentais ali consagrados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz das considerações elencadas no decorrer do artigo, percebe-se que os novos rumos trazidos pela globalização redefiniram substancialmente o papel exercido pelos Estados em sua ordem jurídica interna, principalmente no pós-segunda guerra, momento em que a proteção dos direitos humanos deixou de ser exclusiva da jurisdição doméstica dos Estados-Nação e tornou-se uma preocupação internacional mediante a edição de diversos tratados, pactos e convenções internacionais sobre o tema. Nesse sentido, possível aferir que houve um processo de mitigação da soberania estatal em prol da universalização da defesa e garantia dos direitos humanos.

Nesta senda, seguindo a tendência mundial, a Constituição brasileira de 1988 previu em seu art. 5º, § 2º, uma cláusula de abertura e recepção aos direitos sediados em diplomas internacionais, notadamente os que versam sobre a temática de direitos humanos, que podem ser inseridos no texto constitucional mediante emenda constitucional (art. 5º, § 3º). Desde então, controvérsia gira em torno da possibilidade de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos adquirirem *status* de cláusula pétrea ao integrarem a constituição formal.

Sobre esta questão, como muito já advogado, entende-se pela resposta positiva, desde que os direitos fundamentais internacionalmente consagrados constem na ordem constitucional formal, ou seja, quando

46 Quando um Estado, após a ratificação do tratado, pacto ou convenção internacional, retira-se do compromisso assumido através de notificação por escrito. Nas palavras de Mazzuoli, Valério. *Poder executivo não pode denunciar tratados sem a participação do congresso,* p. 1, denunciar um tratado significa "desengajar o Brasil de um compromisso internacionalmente assumido".

47 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional,* p. 158.

48 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público,* p. 312.

aprovados pelo rito especial estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição e efetivamente inseridos via emenda constitucional. Já no que diz respeito a possibilidade de denúncia do tratado por parte do Estado brasileiro, nota-se que tal procedimento não pode ser realizado após a inserção do diploma internacional no texto constitucional formal, momento em que ele se tornaria imune à propostas de alteração ou supressão de sua proteção pelo poder de reforma.

Por fim, prudente registrar que em momento algum o presente artigo possui a intenção de esgotar a discussão sobre o tema. Ao tentar responder as perguntas levantadas, descobre-se um universo de novos questionamentos ainda mais profundos, que merecem maior atenção da doutrina e da jurisprudência brasileira, ante o seu grau de relevância para o estabelecimento de jurisdição constitucional coerente e em perfeita harmonia com os princípios gerais do Direito Internacional, em especial pela efetiva proteção e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

JOBIM, Marco Félix; ALFF, Hannah Pereira. **Uma análise histórica do caso Marbury vs. Madison**. In: Anais Sociology of Law [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. – Canoas, RS: Unissalle, 2017. Disponível em: <https://www.sociologyoflaw.com.br/SOCIOLOGY-OF-LAW-ANAIS-2017.pdf >. Acesso em: 21 de abr. de 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Rio de Janeiro: Editora Vozes. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em 21 de abr. de 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 5 ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização:** a crise dos paradigmas do direito constitucional. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 215, jan. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47301>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

SILVA, Blecaute Oliveira. **Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais: uma abordagem analítico-normativa.** Revista de Informação Legislativa. v. 53, n. 209, p. 73-86, jan./mar. 2016. Disponível em: < http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/520002>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2012.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.**. 2 ed., 3 tir. – São Paulo: Malheiros, 2012.

O IMPACTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO SISTEMA NORMATIVO SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

Jair Silveira Cordeiro

Mestrando em Direito

Resumo: Este artigo trata dos diferentes modelos de constitucionalismo no mundo ocidental e busca compreender as principais características do neoconstitucionalismo vigente na maior parte das nações ocidentais e como tal modelo influencia o sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro. Questiona-se neste estudo como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo ocidental no sistema normativo brasileiro? E como é garantido no sistema normativo de direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais o acesso a assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa? A partir de análise bibliográfica é possível constatar que o sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro foi influenciado diretamente pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, pois, tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional (ECA e SINASE) foram plasmados os valores e os princípios democráticos, a separação dos poderes, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e o pluralismo político, o que permite ao adolescente privado de liberdade ser concebido como um sujeito de direitos que deve ter seus direitos fundamentais e humanos respeitados e, por isso, ter o direito a assistência jurídica garantida na legislação.

Palavras-Chaves: Neoconstitucionalismo. Constituição do Brasil. Adolescente Infrator.

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo é resultado de um processo histórico vivido por diferentes países no mundo ocidental. Se até a Revolução Francesa o direito se caracterizava por ser pulverizado e ter como fonte as tradições e os costumes das diferentes instituições do período: Igreja, Reinos e Corporações; com a Revolução Francesa a lei passa a ser a principal fonte e o Estado o único ente a ter o monopólio da produção legal. O direito separa-se da moral e da justiça e o juiz passa a ser o "boca da lei". Mais tarde, após o final da segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, tal sistema jurídico entra em crise e dá lugar à um sistema baseado no constitucionalismo que se caracteriza por uma nova vinculação entre direitos e valores(moral) assentado nos preceitos democráticos e no respeito ao direitos humanos e fundamentais, o qual juízes e Tribunais passam a ser os principais mediadores dos conflitos relativos a separação dos poderes, as regras democráticas e ao respeito aos direitos fundamentais.

A proposta do presente estudo é compreender quais as principais características do neoconstitucionalismo e seus impactos no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro. Duas questões orientam o estudo: como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro? E como é garantido no sistema normativo de direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais brasileiro o acesso a assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa? Para a concretização do objetivo utilizo a revisão bibliográfica e algumas concepções de Ugarte (2015), Ferrajoli (2009), Sanchis (2009) e Alexy (2009) que identificam no neoconstitucionalismo um modelo de Estado Constitucional de Direito, o qual a legislação vigente deve ser interpretada a luz dos princípios democráticos, do respeito aos direitos fundamentais e humanos, da separação dos poderes e do pluralismo político, que tem no Tribunal constitucional o ente responsável pelo controle do mundo político e pela resolução dos conflitos relacionados aos direitos fundamentais. Na mesma trilha, o sistema legal infraconstitucional relativo ao direito dos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, expresso pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), demonstra a adesão do ordenamento jurídico brasileiro aos princípios e valores do neoconstitucionalismo, uma vez, que tal legislação também expressa os princípios e os valores democráticos, o respeito à dignidade

da pessoa humana e aos direitos fundamentais, garantindo ao adolescente e o direito a assistência jurídica durante a internação.

O trabalho aqui apresentado está dividido da seguinte forma: primeiramente realiza-se uma definição sobre o que é uma Constituição. Em seguida, caracteriza-se numa perspectiva histórica os diferentes tipos de constitucionalismo e de Estado de Direito no mundo ocidental, desde a Idade Média até os dias atuais, dando ênfase ao neoconstitucionalismo. Por fim, analisa-se os impactos do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro salientando-se que o direito dos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa de ter assistência jurídica é a expressão deste impacto.

1 CARACTERÍSTICAS DE UMA CONSTITUIÇÃO

A análise do constitucionalismo no mundo ocidental exige como pressuposto básico o entendimento sobre o que é uma constituição. De forma abrangente, pode-se afirmar que o conceito de constituição possui duas dimensões: uma política e outra jurídica. Ou seja, é um pacto político entre as diferentes forças políticas de uma sociedade que através da organização institucional e de poderes estabelecem como o poder político é exercido em prol de todos ou da maioria. De acordo com Ugarte (2015), a constituição é um marco normativo orientado para a organização dos poderes de um estado.

Segundo Holmes (1988), a Constituição é um instrumento limitador de poder, que ao mesmo tempo, cria e organiza as regras do seu funcionamento. Sendo assim, as constituições estabelecem um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais, haja vista que se faz necessário proteger o próprio processo da participação política. (CONSANI, 2014)

Por sua vez, a constituição não possui forma e conteúdo único, ela pode ser escrita ou não, e estabelecer diferentes formas de organização dos poderes. Além de poder ser escrita ela também pode basear-se nos costumes e nas tradições de uma determinada nação. Neste tocante, Jeremy Waldron (2009) diz que o conceito da constituição não pode ser definido apenas pelas restrições que este documento coloca ao governo e à política. O autor neozelandês considera, por exemplo, que nas constituições escritas, existem alguns aspectos que devem ser sobrepostos em detrimento de outros. Deste modo, as constituições escritas reforçam entre os juristas a teoria interpretativa e encorajam um formalismo textual muito rígido, o que seria uma desvantagem (WALDRON, 2009).

Entretanto, as constituições escritas desempenham uma função importante na seara política, isto é, servem de base para as deliberações e deste modo, seu papel atua muito mais fortalecendo a política e o governo do que os restringindo. Para Ugarte (2015), a constituição representa uma estreita ligação entre o poder e o direito e enquanto a organização dos poderes dá a forma a constituição, esta é a expressão normativa da articulação entre o poder e o direito.

Uma constituição também pode ser entendida sob o ponto de vista formal e material. Segundo Ugarte (2015), a dimensão formal se refere ao produto do pacto político no qual foram plasmadas as normas de convivência da coletividade em um estado; a dimensão material é composta pelos atores e por seus comportamentos efetivos que definem o estado. Na modernidade o conceito de constituição ficou plasmado no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que estabelece que em uma sociedade em que a garantia de direitos não está assegurada e a separação dos poderes não é definida, não há constituição. Ugarte (2015) considera que o liberalismo político é a teoria política precursora da teoria jurídica conhecida como constitucionalismo que estuda nas constituições modernas o reconhecimento das pessoas na sociedade.

A amplitude dos direitos reconhecidos nas constituições é variável conforme as diferentes tradições sócio-jurídicas das nações ocidentais. Algumas constituições modernas estabelecem um catálogo mínimo de direitos fundamentais como: direito à liberdade de pensamento, a associação, reunião, entre outros, enquanto outras incorporam em seus catálogos os direitos políticos e sociais, como: votar e ser votado e direito ao trabalho, saúde, etc. Para Ugarte (2015), isso demonstra que as constituições do constitucionalismo moderno estabelecem um catálogo de direitos humanos ou fundamentais, como previsto na Declaração Universal dos

Direitos do Homem e do Cidadão.

Por outro lado, as constituições modernas preveem diferentes formas de separação de poderes embora seja fundamentada nos mesmos princípios: da legalidade e imparcialidade. O fim principal desta separação é a não concentração de poder num único órgão de modo que se possa manter a liberdade das pessoas. Ugarte (2015) acredita que o respeito a estes princípios é uma característica típica das constituições modernas, pois, enquanto o princípio da legalidade exige que as autoridades atuem com base nas regras, o princípio da imparcialidade faz com que o Poder Judiciário haja como garantidor último da constituição e da legalidade, respeitando a independência entre os poderes do estado.

Com uma teoria mais vanguardista, Waldron (2009b p. 279) explica que "a constituição pode então ser definida como um mecanismo que confere poder ao povo ordinário em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito e aproveitar o aparelho do governo para as suas aspirações." Para o autor as constituições modernas têm, acima de tudo, o papel de salvaguardar a soberania popular, criando e fortalecendo condições para a democracia.

2 OS DIFERENTES TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO E DE ESTADO DE DIREITO

O transcurso dos séculos XIX e XX marcaram a consolidação e a estruturação do constitucionalismo através de diferentes modelos de Estado de Direito. De acordo com Ferrajoli (2009), Estado de Direito pode ser designado como algum ordenamento no qual os poderes públicos são estabelecidos por lei e exercido conforme previsão legal e também como ordenamento jurídicos que estão sujeitos à lei e vinculados a ela.

Numa perspectiva histórica pode-se dizer que o mundo ocidental da época pré-moderna até a contemporaneidade teve três tipos de sistemas jurídicos: o primeiro se enquadra do período medieval até a Revolução Francesa e se caracteriza por ser um sistema jurídico de formação não legislativa e sim jurisprudencial, sem um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. Ferrajoli (2009) considera que este sistema jurídico é marcado pela pluralidade das fontes e dos ordenamentos que procedem de instituições diferentes, tais como: o Império, a Igreja, os Príncipes e as Corporações que não possuem o monopólio da produção jurídica.

A vitória política da burguesia na Revolução Francesa fez com que este grupo social e político que alcança o poder crie novos mecanismos jurídicos para o estabelecimento de um novo tipo de sociedade. Se na esfera social os princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade norteiam suas ações, no âmbito político e de poder os princípios da legalidade e da imparcialidade prevalecem. Daí nasce o Estado Legislativo de Direito que tem como pressuposto básico o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e existente. O traço marcante desse sistema jurídico/político é que a norma jurídica é válida não por ser justa, mas por ser criada pela autoridade legítima. Dá-se então a separação da noção de justiça e de direito, que passam a ser coisas diferentes.

A mudança deste paradigma também afeta a epistemologia da ciência jurídica que passa a ter a lei como principal fonte. De acordo com Ferrajoli (2009), a ciência jurídica deixa de ser uma ciência normativa e converte-se numa disciplina cognitiva que tem por função explicar um objeto.

O Estado Legislativo de Direito se consolida durante o século XIX e perdura até a metade do século XX, na maior parte dos países ocidentais. Após a segunda Guerra Mundial surge o modelo Democrático Constitucional ou o Estado Constitucional de Direito. Tal modelo mantém as características do Estado Legislativo de Direito, mas agrega outras características inovadoras ao sistema jurídico ocidental. De acordo com Ugarte (2015), atrás do modelo de Estado Democrático Constitucional há uma noção de constituição liberal presente no sistema jurídico anterior, ou seja, pretende limitar o poder político e distribuí-lo entre os cidadãos sobre a base de uma garantia efetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos que integram a coletividade política.

Tal mudança paradigmática produz outras transformações no sistema jurídico ocidental. As condições de validade das leis se alteram e passam a se relacionar de forma subordinada as constituições rígidas que são hierarquicamente superiores a elas. Ferrajoli (2009) acredita que a partir de então a validade das leis dependem não somente da forma de sua produção, mas também, da coerência de seus conteúdos com os princípios

constitucionais. Na perspectiva epistemológica da ciência jurídica também há alterações, pois, a constituição estabelece uma postura crítica e protetiva em relação aos objetos nela contidos. Como ressalta Ferrajoli (2009), no Estado Constitucional de Direito a constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também, impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo, relativas aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cujas violações geram lacunas que devem ser sanadas pela ciência jurídica.

Percebe-se, então, que o constitucionalismo é um movimento não só jurídico, mas também social, cultural e político, haja vista que sua versão moderna surge a partir da Revolução Americana e Francesa, no século XVII. Altera-se, portanto, o papel da jurisdição neste modelo de Estado Constitucional de Direito. O juiz somente deve aplicar a lei que é constitucionalmente válida e censurar como inválida a lei que ofende os princípios e as normas constitucionais. Para Ferrajoli (2009), tal mudança resulta para a jurisdição e para a cultura jurídica uma função pragmática e uma responsabilidade cívica que se caracteriza pela busca da superação das antinomias e das lacunas do sistema jurídico por meio das garantias existentes. Por fim, no Estado Constitucional de Direito deve prevalecer a subordinação da lei aos princípios constitucionais, o que dá um caráter substantivo as normas e também a democracia.

A relação entre o constitucionalismo expresso no modelo de Estado Constitucional de Direito e a democracia é muito intensa. A garantia para que o sistema democrático funcione neste paradigma constitucional se dá pela existência de instrumentos de controle para que nenhum ente estatal tenha maior poder do que outro e que os direitos e garantias substanciais sejam efetivados. De acordo com Ugarte (2015), na democracia constitucional as ações e decisões das maiorias políticas são submetidas ao controle de constitucionalidade por um Tribunal ou Corte constitucional que deve frear eventual a usurpação de direitos pela maioria, o que torna tensa a relação entre direitos fundamentais e democracia, pois, os direitos fundamentais são precondições e condições para a democracia e, ao mesmo tempo, constitui limitações ao poder democrático, já que formam a dimensão substancial desta.

Nesse sentido, os direitos fundamentais constituiem o elemento essencial deste sistema jurídico, pois, possuem uma posição central no ordenamento jurídico, que tem máxima força jurídica, possuem máxima importância enquanto objeto jurídico e tem uma máxima indeterminação. De acordo com Alexy (2009), a posição central ocupada por tais direitos deve-se ao fato de estarem regulados nas constituições, o que significa que toda norma jurídica que lhes infrinja é inconstitucional e nula; a máxima força jurídica relaciona-se a vinculação direta com o poderes executivo, legislativo e judiciário e a possibilidade de o Tribunal constitucional aferir a constitucionalidade ou não de cada norma jurídica; sobre a máxima importância dos direitos fundamentais deve-se ao fato de ser o instituto normativo que dá a estrutura básica a toda sociedade estabelecendo quais os direitos pessoais, sociais e políticos que possuem maior valor numa dada comunidade. Por fim, o máximo grau de indeterminação está associado ao caráter extremamente sucinto e geral dos direitos fundamentais, o que faz com que eles existam na prática social a partir das interpretações dos Tribunais constitucionais.

Alexy (2009) também considera que a relação entre direitos fundamentais e democracia é tensa. De um lado, eles são profundamente democráticos por assegurar a garantia dos direitos a liberdade, a igualdade, entre outros, e por assegurar as condições do procedimento democrático mediante a proteção da liberdade de opinião, pensamento, imprensa, reunião e também os direitos do sufrágio e de outro lado, são também profundamente antidemocráticos porque desconfiam do processo democrático através do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo privando-o de poder de decisão a maioria parlamentar legítima. Para o autor, diante de tal cenário, o que deve subsistir entre a linha tênue dos direitos fundamentais e a democracia é o controle de constitucionalidade pelo Tribunal constitucional que atua como órgão mediador entre a garantia de direitos e a não violação das regras e princípios democráticos.

Waldron (2009) também explicita a tensão existente entre constituição e democracia. No constitucionalismo, para o autor, a constituição é definida a partir de três verbos: controlar, restringir e limitar. O controle não tem o sentido de reprimir, mas sim de direcionar, e este local deve ser ocupado pelo povo e por seus representantes que devem decidir quais as metas e diretrizes políticas de sua constituição. O sentido da restrição é negativo, ao contrário do controle, pois trata-se de impedir o governo, por meio do texto constitucional, de adotar determinadas medidas consideradas como abuso, como a tortura ou interferência religiosa. Já o termo limitação está vinculado ao dizer o que é o que o não é função do governo.

Deste modo, o que entra em conflito com o paradigma democrático não é a constituição em si, mas a forma como ela é definida. Se entendida como restrição, ela pode ser inconciliável com a democracia, se compreendida como fortalecedora ou criadora de condições ela facilita a democracia (CONSANI, 2014). Para Waldron (2009), o problema é a ênfase dada pelo constitucionalismo moderno no aspecto restritivo da constituição.

Nesta linha, surge o neocontitucionalismo, que pode ser entendido como um fenômeno de mudanças e transformações operadas no modelo de Estado Constitucional, a partir da Segunda Guerra Mundial em diversos países do mundo. [1]De acordo com Sanchis (2009), o neocontitucionalismo existe a partir de três dimensões: uma, que encarna um certo tipo de Estado de Direito e que estabelece uma determinada organização política de um nação; outra como uma ideologia que justifica o modelo político jurídico assim designado e outra como uma teoria do direito que explica o modelo de Estado de Direito. O autor dedica sua análise principalmente sobre a primeira e a última dimensão, pois, evidenciam como é e como funciona o neoconstitucionalismo.

De acordo com Sanchis (2009), o neoconstituionalismo enquanto um tipo de Estado de Direito é a convergência de duas tradições constitucionais: uma, oriunda dos Estados Unidos que concebe a constituição como um conjunto das regras do jogo e da competência social e política que compõem um pacto de mínimos que permite assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos responsáveis pelos seus planos de vida privado e coletivo. A constituição nesta tradição é a norma jurídica superior as demais e o controle da regras do jogo cabe ao órgão mais "neutro" que atua as margens do debate político: cabe ao Poder Judiciário vigiar o respeito as regras do jogo.

A outra tradição oriunda da Revolução Francesa trata a constituição como um projeto político bem articulado que não se limita a fixar as regras do jogo, mas, considera que ela pode participar diretamente no jogo condicionando com maior ou menor detalhe as futuras decisões coletivas relativas ao modelo econômico, as ações do Estado na esfera da educação, da saúde, das relações de trabalho, etc. Segundo Sanchis (2009), o constitucionalismo nesta tradição se caracteriza como um legalismo, isto é, o poder político de cada momento que se encarrega de fazer realidade ou não o que está prometido na constituição.

O neoconstitucionalismo representa a conjugação das tradições das constituições garantistas e das constituições normativas estabelecendo como "nova" referência constitucional normativa garantista, o que significa que além de regular a organização do poder e as fontes do direito, também cristaliza de modo direto direitos e obrigações imediatamente exigíveis. O Tribunal constitucional enquanto órgão responsável pela resolução e harmonização dos conflitos constitucionais passa a ser o guardião das fontes (norma suprema) dos direitos, das obrigações e do ordenamento político.

3 A PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

Por outro lado, o neoconstitucionalismo também pode ser entendido como uma teoria do direito que exige um novo tipo de interpretação jurídica dos aplicadores do direito. O surgimento de uma nova teoria do direito está associado ao fato de que no neoconstitucionalismo contemporâneo a lei não é mais a única e suprema fonte do direito como era no modelo do Estado Legislativo de Direito. O que ocorre é uma mudança no paradigma do sistema jurídico ocidental no qual o sistema legalista/positivista cede lugar ao sistema normativo/principiológico. Conforme Sanchis (2009), cinco elementos caracterizam a teoria do direito vinculado ao neoconstitucionalismo: maior força normativa dos princípios do que das regras; mais ponderação baseado na prevalência de um princípio sobre outro do que a subsunção da lei ao fato; a onipresença da constituição em todos os ramos do direito; a onipresença judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e a coexistência de uma constelação plural de valores em contraposição a homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios concorrentes entre si e em torno das opções legislativas.

Logo, demonstra-se uma clara preocupação com a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados, ou seja, a concretização constitucional assume uma importante relevância (WOLKMER, PETTERS, MELLO, 2013b). O neoconstitucionalismo consuma a

[1] Esta é a noção que perpassa toda a obra que se tomou como referência neste estudo: CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo (s)". Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ocorrência de uma evolução irreversível, primeiramente na Europa e depois na América Latina.

O neocontitucionalismo reúne um expressivo conteúdo normativo aliado a um sistema de garantia jurisdicional. De acordo com Carbonell (2013a), este novo constitucionalismo traz uma constituição de caráter transformador que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes.

Para tanto, a tarefa dos julgadores tanto nas cortes inferiores quanto nas superiores é ponderar ou sopesar os princípios e definir qual deles deve ter maior prevalência sobre outro no caso concreto. A ponderação torna-se o método para resolução de certos tipos de antinomias ou contradições normativas e é entendida, por Sanchis (2009), como a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos e contraditórios de uma questão e o equilíbrio entre o peso de duas coisas.

No neoconstitucionalismo os princípios também são chamados de diretrizes ou mandatos de otimização. O sistema normativo previsto na constituição deve ser efetivado em graus variados, pois, a existência de conflito entre uma diretriz ou mandato de otimização é resolvido conforme a medida de cumprimento ou satisfação que resulta na exigência de realização de outro princípio. Com base nesta compreensão o sistema normativo pode conviver harmonicamente com direitos antagônicos como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e o direito a honra, o direito à propriedade e a tutela ao meio ambiente e o direito à liberdade de manifestação e o direito a proteção a ordem pública.

Diante do conflito, no caso concreto, a ponderação se constitui como um método para auxílio na resolução do conflito entre princípios de mesma hierarquia e valor. Na trilha de Alexy, Sachis (2009) coaduna-se com a noção de que para a resolução do conflito na aplicação do direito quanto maior é a posição de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro e isto revela a exigência de proporcionalidade que exige o estabelecimento de uma ordem de preferência de princípios relativos ao caso concreto.

A aplicação do direito com base na ponderação não significa dizer que a subsunção deve ser colocada na "lata do lixo" da história. A primeira é um método alternativo da segunda, contudo, não se trata de uma escolha feita pelo juiz, mas sim, métodos que são utilizados de forma concatenada para alcançar os objetivos e funções do Poder Judiciário. Segundo Sanchis (2009), os dois métodos interpretativos operam em fases distintas da aplicação do direito, se não existe um problema de princípios, o juiz se limita a subsumir o caso conforme previsto na lei, mas, se for caso de ponderação, antes de ponderar o juiz precisa subsumir e constatar que o caso está incluído no campo da aplicação dos princípios para, então, subsumir novamente a valoração de determinado princípio ao conflito do caso concreto.

A ponderação exige dos aplicadores do direito a realização de vários procedimentos que se dão em fases distintas. Conforme Sanchis (2009), a primeira fase diz respeito a verificação de que há um fim constitucional presente no conflito entre princípios; a segunda fase se refere a adequação da atitude ou idoneidade da medida objeto de avaliação judicial em conexão com a proteção ou consecução da finalidade buscada; a terceira vincula-se a necessidade ou não da medida em análise para constatar se existe ou não outra que seja menos gravosa ou restritiva ao direito pleiteado; por fim, a aplicação do direito se completa com a quarta fase designada de juízo de proporcionalidade em sentido estrito que significa buscar um equilíbrio entre os benefícios que obtém com a medida limitadora ou com a conduta de um particular com ordem de proteção de um bem constitucional ou a consecução de um fim legítimo e os danos ou lesões que a medida ou conduta deriva para o exercício de um direito ou para a satisfação de outro bem ou valor. Isto configura o elemento essencial do método da ponderação: quanto maior é a afetação de uma conduta ou medida resultado de um princípio ou direito, maior é a necessidade de efetivar o princípio que deve prevalecer.

4 OS IMPACTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO

As transformações dos diferentes modelos de constitucionalismo e de Estado de Direito no mundo ocidental representa uma adaptação do sistema jurídico existente em cada nação as estruturas políticas, sociais,

econômicas e culturais de cada momento histórico. O Brasil não ficou indiferente as transformações que deram origem ao neoconstitucionalismo, inicialmente ocorridas em alguns países europeus, como Alemanha, Itália e Portugal. Após mais de 20 anos de constituição autoritária decorrente do Golpe Militar de 1964, a Constituição brasileira de 1988 adquire novos contornos baseados na separação dos poderes e no respeito aos valores democráticos, aos direitos humanos e fundamentais como sendo os pilares da nova matriz constitucional do Brasil.

Os legisladores brasileiros inseriram a Constituição de 1988 no paradigma do neoconstitucionalismo e no modelo do Estado Constitucional de Direito de forma principiológica e taxativa, pois, adotaram o Estado Democrático de Direito (artigo 1, da CF), o respeito ao princípio da dignidade humana (artigo 1, inc. III) e aos direitos fundamentais (artigo 5 e incisos), o pluralismo político (artigo 1, inc. V) e a separação de poderes (título III, da organização do Estado, artigo 18 ao 135) como elementos basilares. Prova disso é que o artigo 1 da Constituição (2016) prevê que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se constitui num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Entre os objetivos constitucionais destaca-se no artigo 3, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 5, incisos I ao LXXVIII e parágrafos estabelecem um amplo rol de direitos fundamentais que fazem parte do sistema normativo brasileiro e o conectam aos direitos fundamentais também propugnados pelo neoconstitucionalismo configura-se como mandamento constitucional a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais ali contidos. O caput do artigo dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade e é isso que permite compreender que crianças e adolescentes devem ser entendidos como sujeitos de direitos, assim como os adultos e é esse dispositivo que permite-nos considerar que tanto o adulto quanto o adolescente privado de liberdade decorrente de uma sanção estatal possuem o direito a assistência jurídica, como previsto no inciso LXII do referido artigo, o que preserva o direito fundamental deste adolescente, como proposto pelo neoconstitucinalismo.

Uma das características do neoconstitucionalismo contemporâneo é o fato das constituições serem um polo irradiador do direito e nortear a aplicação e a interpretação normativa nos diferentes ramos do direito. Ricardo Guastini (2003) ensina que a constitucionalização de um determinado ordenamento jurídico significa que este está totalmente impregnado por normas constitucionais. Deste modo, um ordenamento jurídico consitucionalizado requer uma constituição presente e eficaz, capaz de irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico e assim, condicionar a jurisprudência, a legislação esparsa e a doutrina, bem como as ações dos atores políticos e as relações sociais. Desta forma, o autor italiano diz que a expressão "constitucionalização do ordenamento jurídico" refere-se justamente ao fenômeno do neocontitucionalismo.

No Brasil tal fenômeno também acontece e se revela, por exemplo, na legislação infraconstitucional (ECA e SINASE) na seara dos direitos e garantias dos adolescentes autores de atos infracionais privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, que tem o direito constitucional, expresso no artigo 5, inciso LXIII, de ter assistência jurídica quando preso/privados de liberdade, (todos adultos e adolescentes), previsto no artigo 124, inciso III, do ECA e no artigo 49, inciso I, do SINASE garantindo ao adolescente o direito fundamental de ser acompanhado por um defensor em qualquer fase do processo administrativo e judicial. Cabe destacar, que a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira coaduna-se com a legislação internacional (Resoluções da Organização das Nações Unidas) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, item 15.1, que prevê que os adolescentes autores de atos infracional tem o direito de ser assistindo juridicamente por um defensor ao longo de todo o processo penal socioeducativo.

A inserção dos princípios e valores vinculados a dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos fundamentais demonstra o impacto do neoconstitucionalismo contemporâneo no sistema jurídico infraconstitucional brasileiro. O ECA promulgado, em outubro de 1990, suplantou o antigo "Código de Menores" e trouxe para esta seara jurídica um conjunto de normas e princípios baseada na "doutrina da proteção integral", a qual entende os adolescentes autores de atos infracionais como "sujeitos de direitos" e "pessoas em condições peculiar de desenvolvimento" detentores dos direitos fundamentais cuja as ações de todos: sociedade, família e Estado devem ser norteadas pelo princípio do superior interesse do adolescente, o

que significa que as suas necessidades e demandas devem ser satisfeitas prioritariamente.

Segundo Saraiva (2005), o ECA trata a questão da infância em situação de risco social e pessoal e dos adolescentes infratores não mais como objetos da intervenção estatal, como previsto na legislação anterior, mas como "sujeitos de direitos" e "pessoas em situação peculiar de desenvolvimento" a partir da "doutrina da proteção integral" que visa atender tal população com base nos direitos fundamentais e humanos. Por isso, o ECA está estruturado em três sistemas de garantias: o sistema primário que dá conta das políticas públicas de atendimento a criança e ao adolescente, o sistema secundário que trata das medidas de proteção dirigidas as crianças e adolescentes em situação de risco social ou pessoal e o sistema terciário que trata das medidas socioeducativas que são aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais.

O neoconstitucionalismo também impacta na interpretação e aplicação do direito penal juvenil pelos operadores do direito. Isso acontece porque o sistema normativo socioeducativo brasileiro possui influência de princípios e valores como o "superior interesse do adolescente" que se vinculam com os princípios da dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos fundamentais e humanos, o que resulta na ampliação na margem interpretativa do julgador e em alguns casos na exacerbação de decisões discricionárias. O estudo realizado por Gonçalves (2006) mostra como isso acontece. Ao analisar algumas sentenças judiciais sobre a internação ou não de adolescentes acusados da prática de atos infracionais identifica que a utilização do princípio do melhor interesse do adolescente tem se dado de forma recorrente para justiçar a privação de liberdade mesmo em casos em que tal medida não é a mais adequada. O que Gonçalves (2006) descobre é que a medida de internação tem sido decretada ao adolescente que comete um delito leve como a agressão corporal leve sob a justificativa de que tal adolescente além de ter cometido o ato infracional também possui uma família desestrutura. Ocorre que tais decisões contrariam, expressamente, a previsão legal do artigo 121 do ECA, que prevê que a aplicação da medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando sancionar os delitos mais graves contra a pessoa, devendo o princípio da proporcionalidade da punição a lesão cometida ser respeitado, o que gera como consequência que a internação é a última medida a ser aplicada. Além disso, a situação familiar do adolescente não está prevista como fator de privação de liberdade, mas sim, de medidas protetivas que possam auxiliar o adolescente a resgatar seus vínculos familiares e sociais.

Gonçalves (2006) também constata que alguns juízes têm aplicado a medida de privação de liberdade a adolescentes portadores de doenças mentais que cometem atos infracionais. Tais decisões também contrariam o que é expresso no Código Penal brasileiro e no ECA de que é impossível aplicar a pena aos adultos e também as medidas socioeducativas, principalmente, a de internação aos adolescentes portadores de doença mental, uma vez que a capacidade sancionatória do Estado aos sujeitos pressupõe a consciência e a sanidade mental destes sob os atos que realizam, o que não acontece nas ações praticadas pelos adolescentes portadores de doenças mentais.

Nota-se que o impacto do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro se dá de forma ampla, pois, os valores, os princípios, as diretrizes e a forma de interpretação e de aplicação do direito típicos deste sistema jurídico foram incorporados na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional referente aos direitos dos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa.

Estes processos de alterações jurídicas e também sociais possuíram um forte significado, o qual é definido por Emilio Garcia Mendez (1998, p. 23) como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia. Deste modo, o neoconstitucionalismo reconhece, a partir de uma mudança de paradigma, a igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que possuindo mesmo status jurídico, gozam da mesma gama de direitos, independente da posição que ocupam na sociedade (MACHADO, 2003).

CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo existente na maior parte dos países do mundo ocidental é resultado de um processo histórico em que diferentes sistemas normativos/jurídicos foram experimentados e deixaram suas marcas na cultura ocidental. Se durante a Idade Média prevaleceu um sistema jurídico marcado pela pulverização institucional das formas de fazer e de dizer o que é o direito e uma jurisprudência decorrente

unicamente dos costumes e tradições, após a Revolução Francesa o sistema jurídico passa a ter um núcleo único de produção e interpretação do direito oficial: o Estado Legislativo de Direito, que passa a positivar o direito na lei que tem na figura do juiz o responsável por dizer o direito conforme o que a lei diz. Se antes direito e justiça/moral eram coisas únicas, a partir de então, passam a ser coisas separadas. Mais tarde, por volta de meados do século XX, o sistema jurídico ocidental passa por outra transformação caracterizada pela volta da inserção de princípios e valores no direito positivo por meio da valorização dos valores democráticos e dos princípios ligados ao respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Agora, no neoconstitucionalismo, o juiz e os Tribunais deixam de ser o "boca da lei" e passam a ser o intérprete que tem que ponderar a maior ou menor incidência dos princípios normativos aos casos concretos e decidir qual deles deve ter preponderância sobre o outro.

Este estudo teve como objetivo compreender quais as principais características do neoconstitucionalismo e seus impactos no sistema normativo socioeducativo brasileiro, pois perceber a conexão existente entre o processo de constitucionalização do Direito brasileiro, em especial ao que tange as crianças e os adolescentes, possibilita a sedimentação de novas formas de interpretação do direito e também da ação política que intui fortalecer, ao mesmo tempo, os direitos humanos dos menores e a Constituição. Para tanto, duas questões orientaram o estudo: como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro? E como é garantido no sistema normativo de direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais brasileiro o acesso a assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa?

A análise bibliográfica e documental permite concluir que o impacto do neoconstitucionalismo no sistema jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro é amplo e intenso, uma vez que a Constituição Federal de 1988 incorporou elementos basilares dos valores e princípios democráticos, a separação de poderes, o respeito à dignidade das pessoas humana e aos direitos fundamentais e o pluralismo político, oriundos do neoconstitucionalismo. Tais elementos uma vez inseridos na Constituição brasileira passam a ser um polo irradiador para todos os ramos do direito, inclusive os direitos da criança e do adolescente.

Neste sentido, O ECA e o SINASE enquanto legislação infraconstitucional, também plasmaram os mesmos princípios e valores do neoconstitucionalismo em seu conteúdo legislativo expressando direitos, garantias e deveres aos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medidas socioeducativas vinculados ao respeito a sua dignidade de pessoa humana e aos seus direitos fundamentais como "sujeitos de direitos" que devem ter "proteção integral" por serem sujeitos em "situação peculiar de desenvolvimento que lhes garante na esfera do direito processual socioeducativo o direito a terem respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e a assistência jurídica ao longo de toda sua vinculação com este micro sistema jurídico. Por consequência, no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais, tal fenômeno jurídico abre espaço para novos estudos relacionados a análise de como se dá a assistência jurídica dos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa na Fundação de Atendimento Sócio Educativo do RS.

Pode-se dizer que o neocontitucionalismo e, por consequência, a constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes funda-se em dois aspectos centrais: o quantitativo relacionado a positivação dos direitos exclusivos das crianças e dos adolescentes, somados aos demais direitos fundamentais e o qualitativo relacionado à estruturação do direito material das crianças e dos adolescentes (SPOSATO, 2015). Como bem assevera García Mendez (1998, p. 23) "não é só a democracia que é boa para as crianças, mas as crianças são boas para a democracia", percebe-se, assim, que o novo paradigma traz uma relação de causa e efeito recíproca, vez que a efetivação e reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e a sua garantia é fator importante para a materialização dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el estado constitucional democrático. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2009.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trota, 2003.

CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

FERRAJOLI, Luigui. Passado y futuro del estado de derecho. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2009.

GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infância, Lei e democracia: uma questão de justiça.** IN: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMEC. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998.

GONÇALVES, Sérgio Fusquine. **O melhor interesse como critério de decisão na justiça da infância e da juventude: uma análise normativa.** Monografia de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Porto Alegre, 2006.

GUASTINI, Riccardo**. La Constitucinalización del Ordenamiento Juridico : El caso italiano**. IN: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HOLMES, Stephen**. Gag rules or the politics of omission**. In: J. Elster / R. Slagstad (Orgs.), Constitutionalism and democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1988

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

SANCHIS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderação judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2009.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral- uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SALAZAR UGARTE, P. **Sobre el concepto de constituición**. In: ZAMORA, Jorge; FABRA, Luis; SPECTOR, Ezequiel. Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho. México:UNAM, 2015.

VEDE MECUM. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ Estatuto da Criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Constitutionalism – a skeptical view**. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009,

WOLKMER, Antonio Carlos; PETTERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2013.

GT32: DIREITO E FRATERNIDADE

A MEDIAÇÃO COMO DISCIPLINA OBRIGATÓRIA NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR

Claudia Gay Barbedo[1]

Luciana Aranalde[2]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o direito fraterno e o pensamento sistêmico como veículos condutores de mudanças de atitudes competitivas para colaborativas. Isso propicia restabelecer o processo de diálogo, assim como possibilita aos estudantes a aprendizagem do tratamento adequado do conflito por meio da mediação numa cultura de paz.

A metodologia empregada é a da revisão bibliográfica e através de um processo dedutivo buscam-se especificidades suficientes para o tema. O resultado do estudo foi a implantação da mediação como disciplina prática obrigatória na Instituição de Ensino Superior Uniritter - Laureate Universities.

2 DIREITO FRATERNO E O PENSAMENTO SISTÊMICO COMO VEÍCULOS CONDUTORES DE MUDANÇAS DE ATITUDES COMPETITIVAS PARA COLABORATIVAS

Na atualidade, vivemos, não raras vezes, o diálogo violento que por consequência polariza os conflitos. Os jurisdicionados, a cada dia mais, deparam-se com a sensação de não serem ouvidos pelo Poder Judiciário, o que resulta numa insatisfação com as decisões judiciais e consequentemente com o escalonamento do conflito e o aumento dos processos litigiosos.

A respeito da problemática Francisco José Cahali[3] diz que:

> Sem dúvida alguma, só a crise do Poder Judiciário decorrente do excessivo número de processos pendentes, além da ocorrência cada vez maior de demandas repetitivas, já se mostra em si bastante para se buscar alternativas com maior eficácia à solução de problemas jurídicos. Porém, nota-se ainda um aumento da própria litigiosidade na sociedade, com intensa judicialização dos conflitos.

Acrescenta, ainda, Fabiane Marion Spengler[4] que:

> A sociedade contemporânea requer um novo modelo jurisdicional frente à ineficácia das tradicionais formas de tratamento de conflitos existentes. A função jurisdicional, monopolizada pelo Estado, já não oferece respostas à conflituosidade produzida pela complexa sociedade atual, passando por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), que demanda a busca de alternativas. Da mesma forma, os métodos e os conteúdos utilizados pelo Direito para responder aos litígios não encontram adequação entre a complexidade das demandas, os sujeitos envolvidos e o instrumental jurídico utilizado. Por fim, as questões atinentes ao caráter técnico-formal da linguagem usada em rituais e procedimentos judiciais, permeados por aspectos burocráticos, determinam a lentidão e o acúmulo de demandas.

Corroborando com este pensamento Petronio Calmon[5] diz que:

> A denominada "crise da Justiça" ocupa espaço crescente na imprensa e na vida acadêmica, mas

[1] Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, claudia@claudiabarbedo.com.br

[2] Mestra em Direito Processual Civil pela PUCRS, luciana@aranaldeadvocacia.com.br

[3] CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.60.

[4] SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.15.

[5] CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2.ed. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013. p.3.

> não ocupa o devido espaço na agenda política. A sociedade, em muitos países, demonstra estar insatisfeita com o serviço público de justiça, que não atende adequadamente às suas necessidades, tanto na área cível como na penal. Queixa-se da ausência de justiça ou da sua morosidade, bem como da ineficácia das decisões judiciais. Resolver esse problema é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha a servir de panaceia para males tão fortemente enraizados.
>
> Não há consenso ao especificar as causas e muito menos ao indicar soluções para a *crise da justiça*, mas é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e quantidade de conflitos a resolver. Conclusões precipitadas são apresentadas resumindo a "crise" a esse simples aspecto, o que é tão desastroso quanto a própria crise que se analisa. Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos representada pelos obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos ao acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, destacando-se a necessidade de se oferecer o serviço *justiça* da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade.

Diante disso, os alunos de graduação, principalmente no curso de direito, nos bancos acadêmicos aprendem a tratar o conflito, em regra, como litigioso e possuem resistência para priorizar métodos consensuais para resolução de conflitos. Isso dificulta e muito a inserção de uma cultura de paz no meio acadêmico. Logo, os alunos aprendem a ser competitivos e nada colaborativos.

Em contrapartida, os métodos consensuais para a resolução dos conflitos, em especial a mediação, estimula pessoas a terem uma comunicação não-violenta e propicia que sejam mais colaborativos. Dessa forma, os alunos podem se experimentar na mudança de paradigma de uma cultura do litigioso para a da paz.

Para Marshall B. Rosenberg[6]:

> A não-violência significa permitirmos que venha à tona aquilo que existe de positivo em nós e que sejamos dominados pelo amor, respeito, compreensão, gratidão, compaixão e preocupação com os outros, em vez de o sermos pelas atitudes egocêntricas, egoístas, gananciosas, odientas, preconceituosas, suspeitosas e agressivas que costumam dominar nosso pensamento.

Nesse sentido a mediação nasce para o resgate de uma responsabilidade colaborativa nas relações pessoais. Dessa maneira, a mediação, inserida numa Instituição de Ensino Superior, tem muito a contribuir com a qualificação dos discentes, dos docentes, dos colaboradores e da comunidade para o exercício pleno da cidadania.

Para tanto se faz necessário aceitar o desafio e insistir no esforço de cooperação para o efeito de contribuir com a promoção de uma cultura de paz, qualificando os discentes, os docentes, os colaboradores e a comunidade para que, dentro e fora da Instituição de Ensino Superior tenham um resultado positivo com a transformação dos conflitos através de uma comunicação não-violenta. Assim, faz-se necessária a formação continuada com os seguintes enfoques:

a) facilitar o diálogo, estimulando a cultura da comunicação não-violenta;

b) incentivar a reflexão sobre a responsabilidade moral na solução dos conflitos;

c) desenvolver habilidades de comunicação e negociação propiciadoras de condutas mais colaborativas;

d) aprimorar a capacidade de ouvir e ser ouvido;

e) promover atividades de ensino, extensão, pesquisas e ações de incentivo a prática de mediação;

f) estimular e coordenar a realização de eventos com a temática;

g) oportunizar um novo campo de atuação profissional;

h) capacitar os docentes à nova cultura de solução de conflitos exigida pela prática jurisdicional

[6] ROSEMBERG, Marshall B. **Comunicação Não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p.15-16.

contemporânea.

Isso faz sentido porque vivemos imersos em comunicação violenta, disso decorre o aumento dos conflitos e a falta de aptidão para lidar com situações litigiosas. A Instituição de Ensino Superior, ao incentivar a prática de mediação, propõe-se a reelaborar a lógica binária vencedor/perdedor. A transformação do conflito pela mediação é o passaporte para capacitar pessoas a terem uma comunicação não-violenta tomando por base a ideia ganha/ganha (ações cooperativas, inclusivas e de visibilidade), da qual decorre a pacificação nas relações interpessoais e de grupos.

As metodologias ativas de ensino e aprendizagem estão imbricadas com a mediação, uma vez que, esta tem aplicação imediata e o conflito tem conteúdo atual. O exercício da mediação estimula todos os órgãos dos sentidos, favorecendo a retenção do conhecimento em todas as idades, uma vez que a técnica abrange formas diferenciadas de percepção auditiva, visual e cinestésica.

O ensino da mediação tem por fundamento exercícios vivenciais de situações reais, simulação de experiências, preparação para a sessão de mediação, discussão em grupo de reflexão da prática, o que, na pirâmide de aprendizagem, significa 70% na capacidade de lembrar. Na mediação, o discente deixa o papel de receptor passivo e assume o de protagonista e principal responsável pela sua aprendizagem, assim como, busca aquisição integrada de conhecimento, de habilidade em resolver conflitos, de empatia na relação humana e de desenvolvimento do raciocínio.

O resultado disso é de um discente empoderado porque ele se sente capaz de construir seu próprio caminho do conhecimento. Na mediação, a teoria e prática são indissociáveis, há autonomia de vontade, formação continuada e avaliação formativa.

As vantagens são inúmeras, entre elas, compreensão dos assuntos, retenção do conhecimento, transferência do conhecimento, responsabilidade pela aprendizagem, desenvolvimento de habilidades interpessoais e equipe, automotivação e interdisciplinaridade (atuação de várias áreas do conhecimento). Portanto, é possível avaliar o conhecimento, habilidades e atitudes.

Disso tudo decorre a importância do Direito Fraterno e do Pensamento Sistêmico serem vistos como veículos condutores de mudanças de atitudes competitivas para colaborativas. Nas atitudes competitivas, o jogo da culpa é o padrão central dos conflitos, pois há uma tendência de culpar as pessoas com quem se está em litígio para o efeito de se sentir inocente. No entanto, o oposto de jogar a culpa é assumir a responsabilidade, ou seja, assumir o compromisso de cuidar de suas próprias necessidades e só assim é possível recuperar confiança nas relações com o outro.[7]

O sujeito na contemporaneidade vive "um mal-estar que o acomete e o acossa em sua existência", experiencia viver em tempo real, no mundo das incertezas e das surpresas permanentes.[8] Portanto, recuperar confiança não é uma das tarefas mais fáceis no mundo atual, mas, frise-se, possível por meio do Direito Fraterno. Vejamos.

Sandra Regina Martini Vial[9] ensina que:

> As discussões a respeito do direito aparecem, de modo geral, fundadas na figura e/ou na simbologia do 'soberano'; parece que a única possibilidade do direito ser direito é estando respaldado por algum tipo de soberano, representado, contemporaneamente, pelos Estados-Nação. O direito fraterno, por sua vez, propõe um outro conceito fundante - a fraternidade - que não é compatível com nenhum tipo de soberano, já era parte do pacto entre iguais e, por isso, é *frater* e não *pater*.

Através dos pressupostos indicados abaixo, identifica-se que o Direito Fraterno. é um modelo de direito que projeta para uma "nova forma de cosmopolitismo, para uma nova forma de co-divisão, de

[7] URY, William. **Como Chegar ao Sim Com Você Mesmo**. Tradução Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 38-40.

[8] BIRMAN, Joel. **O Sujeito na Contemporaneidade**: espaço, dor e desalento na atualidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.8.

[9] VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

compartilhamento", de inclusão universais, segundo Sandra Regina Martini Vial[10]:

> Esse direito que se affaccia pode ser apresentado, brevemente, a partir dos seguintes pressupostos:
>
> 1 - é um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina frater, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano (de qualquer espécie), mas é giurato insieme. Ë fundamentalmente um acordo estabelecido entre partes iguais, é um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por algum tipo de soberano; porém, adverte Eligio Resta, 'La coniunratio dei fratelli non è contro il padre, o un sovrano, un tirano, un nemico, ma è per una convivenza condivisa, libera dalla sovranità e dall'inimicizia. Esso è giurato insieme, ma non è prodotto di una congiura';
>
> 2 - é um direito livre da obsessão de uma identidade que deve legitimá-lo. Para Resta, È lontano da un ethnos che lo giustifi chi ma pronto a costituire um demos grazie ad un patto. Deste modo, o direito fraterno encontra-se em um espaço político mais aberto, independente das delimitações políticas e ou geográfi cas. Sua única justifi cativa, no sentido abordado, é a com- munitas;
>
> 3 - coloca em questionamento a idéia de cidadania, já que esta, muitas vezes, se apresenta como excludente; por isso, o direito fraterno centra suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum. Ainda: I diritti umani hanno una dimensione «ecológica», sono spazio nel quale le coppie oppositve vengono ricomprese: cio porta alla consapevolleza che i diritti umani possono essere minacciati soltanto dall'umanità stessa [...];
>
> 4 - um outro fundamento importante para o direito fraterno deriva deste terceiro ponto, onde se identifica o paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade. Mais do que isto, Resta ressalta que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade. Este aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos são o lugar da responsabilidade e não da delegação. Daí a idéia do cosmopolitismo discutida pelo autor;
>
> 5 - este fundamento é seguramente um dos aspectos mais fascinantes do direito fraterno: ele é um direito não violento, destitui o binômio amigo/inimigo. Per questo non può difendere i diritti umani mentre li sta violnando; la possibilita della sua esistenza sta tutta nel'evitare il cortocicuito della ambivalenza mimética, che lo transforma da rimedio in malattia, da antitodo in veleno [...] Assim, a minimização da violência leva também a uma jurisdição mínima, a um conciliar conjunto, a um mediar com pressupostos de igualdade na diferença;
>
> 6 - o sexto pressuposto do direito fraterno é muito complexo, pois elimina algumas 'seguranças', alguns dogmas, algumas verdades: [...] è contro i poteri, de tutti i tipi, di uma maggioranza, di uno Stato, di un governo, che, si as, esercitano domínio sulla «nuda vita»;
>
> 7 - é um direito que pretende incluir, busca uma inclusão sem limitações. Neste aspecto, Resta questiona a propriedade privada de alguns (talvez muitos) bens comuns;
>
> 8 - é a aposta na diferença, com relação aos outros códigos já superados pela sua ineficácia, pois estes dizem sempre respeito ao binômio amigo-inimigo, enquanto o direito fraterno propõe sua ruptura.

Elígio Resta apud Fabiana Marion Spengler[11] refere que:

> objetiva-se tratar da fraternidade e, conseqüentemente, do Direito fraterno como aquele que abandona as fronteiras fechadas da cidadania, respeitando os direitos humanos, e que, ao retornar ao binômio constituído de Direito e fraternidade, 'recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível.' Dessa forma, o autor propõe o retorno a um 'modelo convencional de direito, 'jurado conjuntamente' entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo 'pai senhor da guerra'. Jurado conjuntamente, mas não produzido em 'conluio'. Por isso

[10] VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

[11] RESTA, Elígio APUD SPENGLER, Fabiana Marion. Uma Nova Abordagem Dos Conflitos Sociojurídicos Por Meio Do Direito Fraterno. **Direito em Debate**. Ano XiV nº 26, jul./dez. 2006, p. 33-56.

> é decisivamente não violento – isto é, capaz de não apropriar-se daquela violência que diz querer combater".

Fabiana Marion Spengler[12] leciona que:

> Não se quer aqui negar o valor do Judiciário na solução de demandas, e nem fomentar a utilização do Direito marginal; o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento e regulação dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.
>
> Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no Direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Sandra Regina Martini Vial[13], o Direito Fraterno é um direito jurado conjuntamente entre irmãos; é um direito despido das amarras de uma identidade para legitimá-lo; é um direito que reverbera a humanidade como sendo um lugar comum a todos; é um direito não violento; e ainda um direito que busca uma inclusão ilimitada.

Nesse contexto, a mediação emerge como único método de resolução de conflitos em que não existem perdedores e ganhadores. Luciano Benetti Timm e Luiz Gustavo Meira Moser[14] ensinam que:

> Além desta característica primordial da mediação, é de salientar também que o fato de este método de resolução ter um processo altamente flexível e que não está sujeito à figura da causa de pedir, permite que as partes, além de resolverem o litígio que originou a mediação, possam, ainda, muitas das vezes, encontrar soluções de colaboração em áreas das suas respectivas atividades, que à partida não estariam relacionadas com o objeto do litígio, e que em nenhuma outra forma de resolução de litígios é possível.
>
> A mediação resulta num contrato privado entre as partes pelo que a sua eficácia está assegurada pelo direito civil atendendo ao princípio da *pacta sunt servanda*.

A Lei 13.140/2015 define a mediação no parágrafo único do art. 1° nos seguintes termos: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". Nesse sentido, o terceiro imparcial é chamado de mediador. Para Luiz Antonio Scavone Junior[15]:

> O mediador busca neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos.
>
> A mediação se mostra útil quando o conflito entre as partes, no âmbito privado – sem descartar a mediação no setor público -, desborda dos interesses financeiros em discussão que, muitas vezes, são, apenas, o pretexto para disputas emocionais que extrapolam o contexto aparente do conflito.

O ofício do medidor consiste em ser um facilitador para restabelecer o diálogo entre aqueles que estão com a comunicação interrompida. Para Fabiana Marion Spengler[16]:

> A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vidas diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a

[12] SPENGLER, Fabiana Marion. Uma Nova Abordagem Dos Conflitos Sociojurídicos Por Meio Do Direito Fraterno. **Direito em Debate**. Ano XiV nº 26, jul./dez. 2006, p. 33-56.

[13] VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

[14] TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Arbitragem e Mediação em Propriedade Intelectual, Esportes e Entretenimento**. Curitiba: Appris, 2014. p.11.

[15] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**: mediação e conciliação. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.274.

[16] SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p.312-313.

> diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal aspiração não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

Ao passo que o conflito é inerente à condição humana. Nesse entendimento Carlos Eduardo de Vasconcelos[17] leciona que:

> O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.
>
> Portanto, o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns.
>
> O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente.
>
> A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.
>
> O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições.
>
> A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum.

A transformação do conflito é mais do que um conjunto de técnicas específicas para Paul John Lederach. O autor refere que[18]:

> é um modo de olhar e ao mesmo tempo enxergar. Tanto para olhar como para enxergar precisamos de lentes. Portanto, a transformação de conflitos sugere um conjunto de lentes pelas quais conseguiremos enxergar o conflito social.
>
> Podemos imaginar essas lentes como um conjunto de óculos especiais. Pela primeira vez na vida estarei usando lentes trifocais; nesses meus óculos estarão reunidas numa só três tipos de lentes. Cada qual tem sua função específica. Uma lente, ou parte da lente, ajuda a focalizar as coisas que estão a grande distância e que de outro modo ficariam borradas. A segunda região da lente mostra as coisas que estão a meia distância, como a tela do computador. A última, que seria a lente de leitura ou de aumento, me ajuda a ler um dicionário ou enfiar linha de pesca no anzol. Esta metáfora da lente ilustra as várias implicações da abordagem transformativa na compreensão do conflito.

O paradigma é um sistema de crenças que rege a visão de mundo e são construídos ao longo da

[17] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 21-22.

[18] LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p.21.

existência. Tânia Almeida[19] refere que "Até a primeira metade do século passado, estivemos imersos no paradigma cartesiano, de natureza mecanicista e pautado na linearidade da relação direta entre causa e efeito." A autora[20], ainda, ensina que:

> As mudanças paradigmáticas se dão a partir do consenso sobre a insuficiência e a ineficácia do paradigma vigente. Por isso mudamos, ao longo do tempo, as leis, os comportamentos, uma maneira de vestir e etc. [...]
>
> Os mediandos experimentam esse estado oscilatório, entre o paradigma da disputa e da adversarialidade e o da colaboração, durante o processo de Mediação, e até mesmo após o seu término. Até que consigam colocar os dois pés em um novo modus operandi, 'surpreendem' o outro, e a si mesmos, intercalando mudanças em termos de comportamento e de atitudes com ações e interpretações antigas.
>
> A mediação guarda coerência com novos paradigmas e tende a se instalar definitivamente na cultura ocidental quando a oscilação entre antigas e novas crenças relativas à gestão de conflitos ganhar maior estabilidade e, concomitantemente, quando um significativo grupo social – em termos de quantidade e credibilidade – lhe der validação. [...]
>
> O protagonismo, o reconhecimento da legitimidade do outro com suas diferenças, a autoimplicação, a colaboração dos mediandos na busca por soluções de benefício mútuo – pressupostos da prática de Mediação – assim como o reconhecimento de nossa contribuição e participação como mediadores, para o que é coconstruído, convertem a atuação sistêmica possibilitada pela Mediação em exercício ético.

Ainda está em construção o caminho para o desenvolvimento da mediação "como eficaz instrumento para prevenção e solução de conflitos, com o desiderato de manter ou reconstruir relações humanas, negociais ou sociais, alcançando um estágio subseqüente de entendimento, bem-estar e a paz entre aqueles que foram parte na mediação".[21]

A cultura de paz viabiliza o diálogo menos violento. Ao abordar a mediação na Instituição de Ensino Superior estar-se-á expandindo-se uma cultura centrada na colaboração. A utilização do método autocompositivo na resolução de conflitos evidencia o caráter pedagógico da mediação que se traduz na comunicação não-violenta. A consequência disso é a melhora na gestão do conflito, além de resultados positivos na comunicação interpessoal e no grupo.

3 CONCLUSÃO

Isso porque o Direito Fraterno possibilita o exercício da cidadania, pois devolve para a humanidade a responsabilidade pela tomada de suas decisões e a traz mais consciente para uma cultura de paz. O Direito Fraterno tem o caráter de tornar possível a convivência mais humanizada voltada para questões compartilhadas e inclusivas.

A idéia é de se construir uma cultura de paz e utilizar o Direito Fraterno como auxiliar de práticas colaborativas no processo de diálogo contribui para o sucesso estudantil de se ter a mediação como disciplina prática obrigatória em cursos de graduação no ensino superior. Diz-se isso porque estimula a consciência pedagógica e transpõe o paradigma do litígio para a paz. Assim torna-se possível o exercício da cidadania imerso na tônica de uma comunicação não-violenta para levantar a bandeira de paz e aculturar os estudantes de graduação ao ensino e aprendizagem de qualidade.

---

[19] ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p.137.

[20] ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p.137-139.

[21] SANTOS, Theophilo de Azevedo; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. A mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos. In: **Arbitragem e Mediação**: temas controvertidos. Coordenação Fabiane Verçosa [et. al]. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.421.

Quiça, em um futuro próximo, toda a comunidade acadêmica seja capacitada para atuar na mediação. Esta é a maneira de se deixar preparados os alunos para mais um campo de mercado que, a passos tímidos, vem ganhando respeitabilidade mundial: a de ser um facilitador do diálogo entre duas ou mais pessoas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BIRMAN, Joel. **O Sujeito na Contemporaneidade**: espaço, dor e desalento na atualidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2.ed. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

RESTA, Elígio APUD SPENGLER, Fabiana Marion. Uma Nova Abordagem Dos Conflitos Sociojurídicos Por Meio Do Direito Fraterno. **Direito em Debate**. Ano XiV nº 26, jul./dez. 2006, p. 33-56.

ROSEMBERG, Marshall B. **Comunicação Não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Theophilo de Azevedo; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. A mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos. In: **Arbitragem e Mediação**: temas controvertidos. Coordenação Fabiane Verçosa [et. al]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**: mediação e conciliação. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma Nova Abordagem Dos Conflitos Sociojurídicos Por Meio Do Direito Fraterno. **Direito em Debate**. Ano XiV nº 26, jul./dez. 2006.

TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Arbitragem e Mediação Em Propriedade Intelectual, Esportes e Entretenimento**. Curitiba: Appris, 2014.

URY, William. **Como Chegar ao Sim Com Você Mesmo**. Tradução Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

A CONTRIBUIÇÃO DA FRATERNIDADE NA CONSTRUÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO BRASILEIRO

RESUMO: Pretende-se examinar a contribuição da fraternidade como categoria jurídica e valor ético na construção de um pluralismo jurídico brasileiro que suplante o insucesso do monopólio estatal para solução dos conflitos intersubjetivos como meio para alcançada a paz social e a consecução do direito humano à felicidade como projeto emancipatório, restaurativo, e inclusivo. Utilizar-se-á do método hipotético dedutivo para responder à hipótese de que o pluralismo jurídico institucionalizado está erigido sobre os valores normativos e éticos da fraternidade. Para tanto, será feita uma revisão bibliográfica dos temas da fraternidade e do pluralismo jurídico buscando interseção entre eles a partir da doutrina e da legislação aplicável a nível nacional e estrangeiro

Palavras-chaves: Fraternidade. Pluralismo Jurídico. Diálogo.

ABSTRACT:. It is intended to examine the contribution of the fraternity as a legal category and ethical value in the construction of a Brazilian legal pluralism that supplants the failure of the state monopoly to solve intersubjective conflicts as a means to achieve social peace and the achievement of the human right to happiness as a project emancipatory and restorative, and inclusive. The hypothetical deductive method will be used to answer the hypothesis that institutionalized juridical pluralism is erected on the normative and ethical values of the fraternity. To do so, a bibliographical review of the themes of fraternity and legal pluralism will be made, seeking to intersect among them from the doctrine and the applicable legislation at national and foreign level

Key-word: Fraternity. Legal Pluralism. Dialogue.

1 INTRODUÇÃO

As formas de isolamento partilhado que está imerso o homem pós-moderno, desabilitou-o ao diálogo fraterno necessário para a construção de um convívio saudável que longe de não ser conflituoso, pois o conflito é inerente à teia social, impede que os indivíduos ajustem-se como peças de um grande quebra-cabeça para a realização de um projeto de paz, onde as diferenças devem ser admitidas como matizes dignificando a beleza do quadro social.

Enaltece-se a responsabilidade individual imposta pela concepção neoliberal de que cada um deve buscar seu próprio sucesso ou arcar com o fracasso nas diversas dimensões da vida, o que de forma cruel, naturaliza-se o sofrimento de alguns, inexoravelmente a enfermidade de toda a sociedade.

Ao lado disso, a prestação jurisdicional, eleita pelo Estado de Direito não tem sido capaz de curar a dor que é impingida àqueles que dela se socorre, pois o formato autopoiético do Direito, se satisfaz apenas com a averiguação da validade da conduta num sistema perde-ganha e a frustração se potencializa. Não só pela demora da solução oferecida como também pelo distanciamento da realidade dos conflitantes e dos papeis ambivalentes (vítima e algoz) que estes ocupam.

O resgate do diálogo através de formas alternativas de solução dos conflitos sociais renasce no contexto jurídico a partir da constatação de que o Direito não se mostra mais capaz de ser a única ferramenta de construção de uma cultura de paz. Os saberes devem se somar nessa empreitada, numa ecologia que traduza a complexidade das relações humanas, além de possibilitar a cura que o conflito pode ter causado tanto na forma particular, como no meio social.

Esse diálogo fraterno amplificado para toda a sociedade conduz ao resgate dos deveres sociais fundamentais que ao lado dos direitos, exortam a todos a contribuírem nessa construção.

Nesta senda, pretende-se neste artigo lançar luz à ética da fraternidade que baseada no reconhecimento e responsabilidade, na construção do diálogo restaurativo.

Utilizou-se para tanto a revisão bibliográfica do tema para demonstrar a contribuição do diálogo como ferramenta emancipatória pode traduzir uma fórmula de solução dos conflitos sociais a partir de um ambiente prevalentemente fraterno.

Nessa esteira, no primeiro capítulo será identificado o isolamento da pós modernidade e as consequências derivadas da falta de diálogo. No segundo capítulo, será demonstrado como o Direito se propõe a ser uma ferramenta para a solução dos conflitos, com o diagnóstico da eficiência de sua metodologia. No terceiro capítulo, será apresentado o pluralismo jurídico como proposta para a solução dos conflitos. No quarto capítulo, será analisada a contribuição da fraternidade para a construção do pluralismo jurídico apto a resgatar o diálogo fraterno.

2 O ISOLAMENTO PARTILHADO DO HOMEM PÓS-MODERNO

O isolamento que a pós modernidade impõe surge quando os indivíduos, mesmo partilhando o mesmo espaço geográfico, desacreditam nos laços afetivos que os une na vida privada, liquefazendo-os de maneira a torná-los superficiais e abundantes num mundo cheio de incertezas e indeterminações e uma vida entrecortada por episódios contínuos de começos e recomeços.

Nesse ambiente inóspito aos sentimentos virtuosos, a invisibilidade do sofrimento alheio dá lugar à violência, opressão e aos guetos, conhecidos como favelas onde os estranhos/estrangeiros (pobres, os negros, os imigrantes) são confinados e relegados ao esquecimento, não apenas pela falta de renda e riqueza, mas também pela falta de reconhecimento capaz de promover o exercício pleno da liberdade de cada segmento.

Já nos alertava Bauman no seu clássico livro *O Mal Estar da pós Modernidade* (BAUMAN, 1998) que no Estado Liberal, erguido sob pilares do auto engrandecimento, da procura do prazer e do poder, rivaliza com a ética do reconhecimento e responsabilidade com o Outro. A Justiça instrumentalizada pelo Estado, que preceitua a liberdade e desregulamentação dos mercados, não oferece caminho fácil a ser alcançada, tendo em vista que contraditoriamente reproduz a desigualdade e exclusão. Sob essa ótica nem mesmo, os injustiçados são capazes de reconhecê-la, como um fim em si mesma, apenas a identifica a partir de idéias vagas de seu contrário.

Como enfatiza o precitado autor o auto engrandecimento está tomando lugar do aperfeiçoamento socialmente patrocinado e auto-afirmação ocupa o lugar da responsabilidade coletiva pela exclusão de classe. (BAUMAN, 1998, p. 54) Tal constatação que aliado ao fato de que todos estão imersos em suas necessidades, básicas ou não, de consumo, os desafortunados procurarão a saciedade por meio da violência, que por sua vez promoverá a indústria da prisão, exilando os que se apresentam como incômodos sociais, já que não são capazes de administrar privativamente sua existência.

As diferenças e o desprestígio da convivência plúrima funcionam como mordaças que impedem a apaziguação social pelo diálogo, ao tempo que promovem a exclusão em uma velocidade inversamente proporcional em que se idealiza os processos e procedimentos para combatê-los dentro da sistemática clássica do império da lei e do monopólio estatal de realização da justiça. Perpetua-se o poder daqueles que gozam de suas benesses.

Portanto, qualquer projeto de empoderamento dos que estão alijados da Justiça deve passar pela análise de a insuficiência do modelo estatal que hoje espelha o Brasil

3 DESCONSTRUINDO O MONOPÓLIO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A atuação jurisdicional surge com o Estado Moderno como fruto do movimento iluminista cuja

promessa de emancipação do homem preconizava os valores da razão, do individualismo e do universalismo, em oposição ao dogmatismo religioso e às explicações metafísicas sobre o universo (ROUNET 2003).

A descentralização do poder do soberano surge como proposta de combate à tirania do antigo regime opressor, e possibilidade de que dividido em partes, o controle reciproco estaria garantido com a definição das atribuições que caberiam ao Executivo, Legislativo e Judiciário. O único império a que todos deveriam se submeter era o da lei.

Nesse contexto, o Judiciário é concebido como o poder estatal garantidor da inviolabilidade dessa estrutura, e a neutralidade dos magistrados, uma característica intrínseca do sistema, como bem destaca Lidia Reis de Almeida Prado (PRADO, 2003, p. 37), quando enfatiza que essa neutralidade só poderia ser obtida a partir do isolamento. A interpretação e aplicação da lei seria sua competência exclusiva e proibida ao demais Poderes do Estado e para a sociedade. E o saber científico por ele produzido decorreria da concepção mecanicista, de produção de decisões por meio de silogismo, onde a premissa maior seria a lei e a premissa menor, o fato e a sentença, a conclusão.

O equívoco dessa metodologia lógica da aplicação da lei para a solução dos conflitos , agravou-se no século XX com a adoção notadamente de um conservadorismo, que lhe impôs um ritmo descompassado com as mudanças sociais e políticas. E mesmo com a evidencia de um protagonismo judicial edificado a partir da década de 90, com a constitucionalização do Direito e as complexas regras hermenêuticas que subsidiam o neoconstitucionalismo ou a teoria dos direitos fundamentais, o descrédito no Poder Judiciário é crescente, como constatou o *Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJBrasil* do primeiro semestre de 2017 .

Esse índice estatístico é obtido a partir de pesquisa de natureza qualitativa, realizada em sete estados brasileiros, com base em amostra representativa da população. O seu objetivo é acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro buscando retratar a confiança do cidadão no cumprimento de suas funções com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum. Nesse sentido, o *ICJBrasil* é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, pelo qual procura-se identificar se a população recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos.

Na edição de 2017 do Índice de Confiança na Justiça, da Fundação Getúlio Vargas a queda na confiança na Justiça e no Ministério Público foi registrada se comparada a 2016. A maior queda foi registrada na confiança da sociedade no Ministério Público, que antes era tido como confiável por 44% da população, mas que em 2017, o número caiu para 28%. O Judiciário por sua vez, observou o declínio de 6 pontos percentuais da confiança dos entrevistados, passando de 30% em 2016 para 24% em 2017.

No relatório da Fundação Getúlio Vargas restou enfatizadas as causas do descrédito da população na Justiça:

> Judiciário é lento, caro e difícil de utilizar
>
> Esse diagnóstico tem se repetido ao longo dos anos. A principal dimensão que afeta a confiança no Judiciário é a morosidade na prestação jurisdicional. No primeiro semestre de 2017, 81% dos entrevistados responderam que o Judiciário resolve os casos de forma lenta ou muito lentamente. O custo para acessar a Justiça também foi mencionado por 81% dos entrevistados. E 73% dos entrevistados declarou que é difícil ou muito difícil utilizar a Justiça. A má avaliação da Justiça reflete as dimensões de honestidade, competência e independência. Em 2017, 78% dos entrevistados consideraram o Poder Judiciário nada ou pouco honesto, ou seja, a maioria da população entendeu que essa instituição tem baixa capacidade para resistir a subornos. Além disso, 73% dos respondentes consideraram que o Judiciário é nada ou pouco competente para solucionar os casos; e 66% acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente em relação à influência dos outros Poderes do Estado. [1]

[1] Relatório ICJ Brasil 1º semestre de 2017, publicado em Outubro 2017 in http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf

É preciso também destacar que pouca confiança que a população tem no Judiciário para a resolução dos conflitos intersubjetivos contrasta paradoxalmente no entanto com o volume crescente de demandas judiciais que conta hoje com cerca de 95 milhões de processos nas diversas instâncias, segundo dados da pesquisa referida.

Por outro lado, esse crescimento progressivo de demandas retroalimenta a morosidade do trâmite dos feitos e as frustrações daqueles que mesmo descrentes põe no Judiciário a sua esperança de efetividade dos direitos consolidados na lei.

É bem verdade que esta crise dogmática jurídica também tem causas que estão fora do sistema, entre elas a cultura de litigiosidade fomentada por escolas jurídicas clássicas fundamentadas no binômio maniqueísta culpado e não culpado, ilícito e ilícito.

No entanto, é necessário contextualizar essa crise com o modelo de desenvolvimento brasileiro, denominado "capitalismo periférico" caracterizado pela dependência e reprodução dos interesses colonialistas do capital dominante (*Norte Global)* baseadas na exclusão e produção de estranhos, para utilizar a denominação de Bauman para aqueles que não se identificam com o modelo de consumidores exigido pelo mundo pós moderno. Essa massa de estranhos, que representam a maioria dos cidadãos das sociedades capitalistas periféricas, demandam por direitos civis, políticos e sócios econômicos ligados às carências básicas de sobrevivência que o modelo colonialista importado da Europa tende a agravar porque reproduz um saber jurídico retórico, de difícil consecução, mas com aptidão de manter e justificar uma estrutura política que utiliza-se do Direito como instrumento de seu projeto de perpetuação.

Nessa perspectiva, sobressaem os novos paradigmas alternativos que transcendem os limites normativos da dogmática, procurando absorver os antagonismos sociais, atribuindo à sua metodologia o dinamismo e flexibilidade aos mecanismos jurídicos legais para a superação monopólio estatal de produção normativa.

Há que lançar luz aos novos modelos alternativos de solução de conflitos, não apenas para garantir a celeridade dos processos, mas para resgatar as promessas da tríade revolucionária de liberdade, igualdade e, principalmente, fraternidade.

Nessa direção, Antônio Carlos Wolkmer exorta a todos à discussão do pluralismo jurídico como meio legitimamente democrático de produção normativa , contra-hegemônico que promove a recuperação de práticas comunitárias ou de outras experiências indígenas que compõe a nossa identidade. O referido autor preceitua:

> Reitera-se nessa tendência , antes de mais nada , a propensão segura de se visualizar o Direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar outra legalidade a partir da multiplicidade de fonte normativas que vão além das limitadas ordenações formais estatais, de uma legitimidade embasada na 'justa' exigências fundamentais de sujeitos emancipados e, finalmente, de encarar a instituição da sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa. (WOLKMER, 2015, p.80-81)

A crise da administração da Justiça passa pela democratização e controle social das instituições, e de maneira especial pelo reconhecimento e o incentivo de sua descentralização, para agregar vantagens ao antigo e superado modelo monista adotado pelo Brasil, que como quase toda América Latina necessita de mudanças urgentes que permita aos excluídos a justa satisfação de suas necessidades.

4 PLURALISMO JURÍDICO E SUA PROPOSTA EMANCIPATÓRIA

A crise vivenciada na Europa é também sentida no Sul Global, no entanto para compreendê-la e encará-la adequadamente à realidade da América Latina é preciso afastar-se do Eurocentrimo, que Boaventura de Souza Santos alerta como sendo discursos e práticas colonialistas narradas a partir do ponto de vista do colonizado. (SANTOS, 1988, p.76)

A Teoria Crítica da América Latina trouxe nos anos 80 o engajamento de juristas comprometidos

com o pensamento jurídico emancipador, com a efetivação da democracia e rompimento com o positivismo legalista centralizador, a partir do questionamento e da constatação de que os marcos teóricos do Direto reproduziam paradoxalmente a repressão que falaciosamente que afirmavam combater.

Nesse contexto, embora o pensamento contra-hegemônico tenha se espraiado por toda a América Latina, e nela na academia e como também na política, num processo continuo de democratização e expansão de políticas sociais emancipadoras, foram a Bolívia, Equador e Venezuela que inauguraram um novo paradigma constitucional privilegiando a plurinacionalidade e a diversidade, com a institucionalização de novos direitos que espelhavam o reconhecimento da multiculturalidade da população.

A desconstrução do monismo jurídico e a consequente admissão de outras formas de produção normativa parte da constatação da complexidade da vida humana, sujeita a diversidade, fatores naturais e fragmentação histórica e cultural, geradoras da conflituosidade inerente do meio social em que está inserido.

Advirta-se que, o modelo pluralista não é em si libertador à vista de que a concomitância de Direito Natural e Positivado na Idade Antiga, Medieval e Moderna não impediram igualmente a coexistência com formas de absoluta indignidade da pessoa humana, a exemplo da escravidão.

Para o pluralismo assumir o caráter emancipatório, este deve centralizar-se no reconhecimento das diferenças num horizonte culturalmente compartilhado, dialógico, interdisciplinar, capaz de revelar a rica produção normativa a partir de lutas éticas e sociais, especialmente no contexto periférico da América Latina que conta com múltiplos excluídos.

Nesse diapasão, o padrão opressor de imposição de regras aos cidadãos é combatido em razão da sua imperfeita conformação com as necessidades reais de uma comunidade, pois espelham na verdade a ambição de elites econômicas em seu projeto de poder.

Outra advertência necessária é quanto a legitimidade dos novos arranjos normativos extra-estatais no seio de uma comunidade de excluídos. Wolkmer destaca que, a norma legítima antes de tudo deve ser emanada das lutas históricas que guardem consonância com os direitos e garantias fundamentais que significam a dignidade humana. (WOLKMER, 2015)

Há que se dobrar também aos valores de eticidade, justiça e validade que se contrapõe às regras perversas, contrárias à comunidade fundada na violência arbitrária e na justiça privada, tais como as normas produzidas pelas "bocas de fumo" no Rio de Janeiro, Cartel de Medelin na Colômbia, a Máfia na Itália, a Ku Klux Klan nos Estados Unidos.

A construção e o fortalecimento do paradigma crítico deve se realizar a partir de uma mudança cultural e política, e não apenas institucional, pois o engajamento e participação da sociedade é imprescindível e preliminar no processo de transformação comprometida com o "outro", os sujeitos excluídos, e com a organização de movimentos que prestigiem a diversidade que os identifica (como os afrodescendentes, indígenas, ou quais quer outra que represente grupos de excluídos, como mulheres, grupos minoritários de raciais e religiosos).

Mais uma vez, Wolkmer enfatiza que a filosofia jurídica baseada na alteridade, comprometida com uma sociedade intercultural e pluralista tende a incorporar as necessidade fundamentais de liberdade, justiça, dignidade e direitos humanos. (WOLKMER, 2015, p. 100)

A mudança cultural necessária para a edificação e consolidação do pluralismo jurídico como forma de atendimento das necessidades frustradas pelo monismo jurídico imprescinde do amadurecimento da consciência da historicidade da exclusão que gera um movimento irrepresável de organização e questionamento das estruturas e rompimento com o sistema posto.

É certo que uma nova hermenêutica deve ser adotada em rejeição à atual, com sua perspectiva monotópica, edificada apenas sob a perspectiva de um único sujeito cognoscente: o jurista de profissão. Para tanto, propõe-se, para este rompimento duas ou múltiplas perspectivas nesse caminho emancipatório, com relata Ivone Fernandes Morcilo Lixa (LIXA 2015, p.162):

> Boaventura de Souza Santos sugere uma hermenêutica diatópica que em síntese consiste em

> buscar os *topois* -lugares comuns que consistem o consenso básico e torna possível o dissenso argumentativo – presentes na argumentação, que é normalmente assentada em postulados, axiomas, regras e concepções aceitas por todos. (...) São dificuldades que se impõe e devem ser pela prática do reconhecimento e da oportunidade de dar voz ao outro, mesmo ao que não quer fazer uso dela, do que permanece em silêncio.
>
> Já Walter Mignolo fala de uma hermenêutica pluritópica como parte da resistência à semiose colonial, porque a *colonialidade do poder pressupõe a diferença colonial como sua condição de possibilidade e como aquilo que legitima o subalterno do conhecimento e a subjugação dos povos. (...)* Uma hermenêutica que assume-se dialógica que numa perspectiva pedagógica emancipatória, caminha para a conscientização e auto construção.

O certo é que, há em todas as hipóteses o resgate do diálogo real, intercultural não aquele ficcionado pela teoria neoliberal que representa apenas a apropriação do discurso emancipatório para enfraquecê-lo. Diálogo que permita, por exemplo discutir questões fundiárias e demarcatórias de terras indígenas e quilombolas a partir de uma perspectiva intercultural.

Não agir desse modo, é fazer apologia ao respeito/tolerância a partir de monólogo, de um discurso monotópico ou autista, como qualifica Warat, que longe de cumprir a função de promover a inclusão, não reconhece a diferença dos envolvidos.(WARAT, 2004, p. 113)

Urge portanto, buscar o diálogo necessário para a real solução dos conflitos, trazendo à tona os invisibilizados pelo sistema capitalista, a partir do reconhecimento de suas diferenças necessárias e contributivas para a compreensão da realidade que cerca uma sociedade plural e assim contribuir com para a solução dos conflitos intersubjetivos que se apresentam.

O diálogo intercultural deve ocorrer de forma envolvente em relação ao outro não apenas limitada pela comunicação racional por meio de conceitos. Trata-se de contra-movimento adversarial. E nesse desafio, impõe-se como imperativo para uma cultura de paz e reconhecimento a vivência de uma nova ética, que influencie o meio social, político e jurídico baseada na fraternidade.

Nesse sentido proclama Baggio que a liberdade e igualdade quando hipertrofiadas são especialmente danosas e apenas com o balizamento da fraternidade uma situação de paz pode ser alcançada com a potencialização dos valores que estas três categorias jurídicas encerram.(BAGGIO, 2008, p. 137)

Sob essa ótica, a fraternidade como imperativo ético tem muito a contribuir na construção do pluralismo jurídico 'desde baixo' porque não há mudanças reais se aplicadas apenas no plano institucional e legal (de cima pra baixo). As mudanças transformadoras devem ser na sociedade, que se afasta do saber colonizador e permite a aproximação de outros saberes advindos de círculos sociais excluídos. Desperta-se também para a responsabilidade da comunidade na realização de uma convivência pacífica, respeitosa e restauradora.

5 A CONTRIBUIÇÃO DA FRATERNIDADE AO PLURALISMO JURÍDICO

Inegavelmente há que se constatar que o ideal da fraternidade advém da doutrina cristã construída a partir da gratuidade desinteressada e da filiação comum de todos os homens com Deus Pai, mas foi o seu conteúdo político que restou destacado em quase todas as reações sociais do fim da Idade Moderna, dentro e fora do continente europeu, que buscavam vencer o arbítrio da opressão. (MACHADO, 2017a, p. 24)

E assim como na religião cristã o exercício autêntico da política da fraternidade sempre foi um desafio para humanidade tão complexa quanto contraditória.

A própria Revolução Francesa, o marco histórico da tríade revolucionária - Liberdade, Igualdade e Fraternidade – não foi capaz de transcender os ideais à prática democrática, dado seu caráter eminentemente burguês, especialmente do clube dos jacobinos. Ao contrário, os ideais revolucionários serviram também para justificar o seu período mais violento e radical conhecido como Terror e posteriormente, a política colonialista exploratória e aviltante à dignidade humana.

Talvez a dificuldade entre o ideal e a vivência da fraternidade tenha servido inclusive para o seu esquecimento (intencional) por algumas centenas de anos, mas a partir dos movimentos contra hegemonicos, a fraternidade renasce como proposta emancipatória e é proclamada em diversas constituições, 29 precisamente, como ilustra Clara Machado. (MACHADO, 2017b, p. 209-216)

Antes delas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas sobrelevou o valor da fraternidade no artigo primeiro preceituando que *todas pessoas nascem livre e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*

E a Constituição brasileira de 1988, denominada como Constituição Cidadã por albergar diversos direitos subjetivos e instrumentos processuais de proteção ao exercício da cidadania, e sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, já no seu preambulo, inaugura na história jurídica nacional a inserção do ideal da fraternidade como pilar em que está sedimentado o ordenamento jurídico brasileiro, com a expressa disposição no art. 3º, I[2] e também em outras oportunidades quando trata do bem- estar (art. 23, parágrafo único; art. 182 caput; art. 186, inc. IV, art.193, caput e art. 219 caput, art. 230, caput e art. 231, § 1)(MACHADO, 2017a, p.)

Nessa esteira, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto São Jose da Costa Rica, internalizada pelo Decreto 678/1992, nos seus preambulos *o DNA* do compromisso introdutório da carta da República e seu fundamento (MACHADO, 2017a, p. 143)

Como vetor interpretativo, ao lado da liberdade e da igualdade, traça os meios adequados para a adequada interpretação e aplicação dos direitos e deveres fundamentais. (MACHADO 2017b, p. 58)

Como categoria jurídica, a fraternidade visa resgatar o compromisso com os deveres no Estado contemporâneo, introjetando no inconsciente coletivo a responsabilidade com o outro, domesticando os ímpetos dos seres humanos para que o ganho coletivo justifique o investimento individual. (PASSOS, 2003)

Sobre os deveres fundamentais, inscrito na Constituição[3], em tratados internacionais como do de São Jose da Costa Rica, Clara Machado na esteira dos ensinamentos de Jose Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, p.536) defende que a despeito de a maior parte dos deveres fundamentais estarem dirigidos primordialmente ao legislador, sempre poderão ser exigidos apartir dos enunciados da Constituição brasileira, inclusive de forma direta. (C. MACHADO, 2017, p. 151)

Há que se entender portanto, que o Constitucionalismo Fraternal, promove a construção social pelo reconhecimento mútuo de diversos sujeitos, universalmente considerados numa dinâmica de partilha e de responsabilidade, numa aplicação do princípio da diferença concebido por Rawls para direcioná-la para a promoção da equidade.

O individuo é livre e responsável, consigo próprio e com a comunidade em que está inserido como promotor e garantidor da fraternidade. E o fundamento ético dos deveres decorrentes dessa responsabilidade é o imperativo categórico kantiano segundo o qual o agir humano deve estar pautado na máxima moral da expectativa de ser tratado da mesma forma. A comunidade seria sempre um fim para o indivíduo e nunca um meio, em uma harmoniosa relação de virtude e reciprocidade. (MACHADO, 2017b, p. 128)

---

2 Carlos Augusto de Alcântara Machado, com supedâneo na doutrina construída por juristas brasileiros como Ronaldo Polleti, Walber de Moura Agra, Dirley da Cunha Junior, e estrangeiros como Karl Friedrich, Manuel Garcia-Pelayo, Georges Vedel, George Burdeuau, Paolo Biscaretti Di Ruffia, Lafferriere, Hans Nawiaski e Bidard Campos demonstra o compromisso imperativo das disposições preambulares dispostas pelo constituinte para não só orientar a interpretação e a aplicação das normas constitucionais que lhes são subsequentes, mas também vincular o legislador infraconstitucional a partir dos valores ali consagrados. A despeito disso o Supremo Tribunal Federal, seguindo a doutrina majoritária, no julgamento da ADI no. 2.076-5 ACRE consolidou o entendimento, no voto do Ministro Carlos Velloso, de que o preâmbulo da Constituição não possui eficácia normativa. (vide op. Cit pag. 170/171)

3 O dever de alistamento eleitoral, votar e de filiação partidária (art. 14 da CF), o dever de alistamento militar (art. 143, da CF), dever de preservar a segurança pública (art. 144); dever de pagar tributos (arts. 145 a 162, da CF); dever de contribuir para a seguridade social (art. 194 e 195, da CF), o dever de educar (art. 205, da CF), o dever de promover e proteger o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, da CF), o dever de preservar o meio ambiente (art. 225, da CF); dever de proteger a criança, o adolescente e o jovem (ar. 227, da CF), o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, da CF), o dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade 9art. 229, da CF), dever de amparar as pessoas idosas (art. 230, da CF)

A felicidade, bem como o direito de alcançá-la proclamado pelas Nações Unidas [4]é uma vocação de todo ser humano que se realiza apenas, por óbvio, de forma coletiva.

Assim, para a tomada de decisão em meio as questões sociais e políticas, a equidade fraterna torna-se importante elaborar possíveis caminhos a serem seguidos, onde os indivíduos no exercício pleno de sua cidadania determinam-se em promover o bem-estar social com políticas públicas inclusivas e promotoras de desenvolvimento da coletividade, transpondo os conflitos que inexoravelmente surgirão de forma não apenas célere, mas inclusiva e dialógica.

Essa participação no entanto, tem que ir mais além do projeto liberal que a reduz o exercício da cidadania ao voto episódico, no processo de democracia representativa que alija os cidadãos da participação política de sua comunidade, e desenvolve uma relação verticalizada com o Estado num emaranhado kafkaniano de procedimentos burocráticos. Essa relação deve ter um fluxo horizontal e dialógico como idealmente pretende a fraternidade plasmada no bem-estar do próximo numa permanente atenção aos deveres consigo próprio, com seus semelhantes e com o meio ambiente que está inserido.

Na construção de uma ética de fraternidade dialógica que promova a inclusão e instigue a participação popular, oportuna é a lição de Joaquim Herrera Flores (Flores 2009, p. 61) sobre os cinco deveres básicos para a nova teoria dos direitos humanos:

a) O reconhecimento de todos e todas, sem exceção em todas as relações que se firme com o "outro".

b) O *respeito* que ao lado do reconhecimento põe em prática as lutas pela dignidade, distinguindo quem tem a posição de privilégio e que tem a posição de subordinação.

c) A *r*eciprocidade, entendida como dever de devolver ao "outro" e à natureza o privilégio que foi subtraído para construir o seu próprio e manter a necessidade vitais reciprocamente.

d) A responsabilidade de reparação pelo mau causado pela submissão dos "outros" e da natureza.

e) A redistribuição que permita que os indivíduos satisfaçam suas necessidades primárias, mas também, suas necessidades secundárias como forma de preservar sua dignidade humana, aviltada pelas relações do Estado, no caso de cobrança excessiva de impostos, como também pelas relações baseadas no capital, determinadas à acumulação de riqueza de poucos.

Apenas por meio da ética da fraternidade é possível alcançar o reconhecimento, o respeito, a responsabilidade e a redistribuição tal qual preconizada por Herrera Flores veiculada por uma participação efetiva para a alcançar o bem comum da sociedade como destaca Baggio para quem a participação impõe o reconhecimento da existência de um bem comum tanto mais relevante para o sujeito que nele se associa como para a sociedade que dele se beneficia. Mas alerta que para ser alcançado exige-se voluntariedade, agir além do que a lei exige. (BAGGIO, 2009)

Estabelecido portanto os padrões que se desenvolve a ética da fraternidade baseada em deveres, que possui parâmetros inclusive constitucional conforme já descrito, forçoso é concluir que o pluralismo jurídico, no Brasil tem bases filosófica e normativas para desenvolver-se e promover a inclusão dos "estranhos ou estrangeiros", numa linguagem acessível e realista próxima da vivência dos interessados, aberta aos diversos saberes para as múltiplas abordagens que poderá exigir os conflitos intersubjetivos.

Novas formulas alternativas surgem, sob a égide do ordenamento jurídico nacional, como a conciliação, mediação, arbitragem, convenções coletivas de trabalho e os juizados especiais, marcados por baixa grau de institucionalização que expressa um processo de alargamento do poder da sociedade civil no ambiente jurídico nacional.

Dessas expressões do direito alternativo institucionalizado, a medição e a conciliação se destacam como fórmulas que maior atribuem maior autonomia às partes para protagonizarem os seus próprios conflitos e de construírem uma solução restauradora através do diálogo.

4 Resolução 65/309 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, sob o título Ä felicidade – em direção a uma abordagem holística para o desenvolvimento"

O próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução no. 125 de 2010, havia se mostrado partidário à utilização de meios autônomos de composição, quando o Código de Processo Civil de 2015, já no art. 3º, § 3º. determina a sua prioridade como forma de pacificação social, antes mesmo de instauração do processo e no art. 334, e parágrafos torna a audiência de conciliação e mediação obrigatória antes da apresentação da defesa do réu.

Paralelamente ao sistema jurídico institucionalizado, outras manifestações normativas são evidenciadas como meios alternativos ao sistema positivado, o qual não representa código de conduta para as comunidades ribeirinhas, indígenas, quilombolas, e da periferia. Essas comunidades, representadas geralmente pelos expurgos da sociedade organizam-se de forma a suprir a ausência do Estado na defesa de sua dignidade, e internamente disciplinam desde conflitos de família a questões relacionadas à terra entre os seus integrantes.

A fraternidade como princípio ético, a nortear as novas formas de resolução de conflitos, num processo inexorável de autonomia política do cidadão busca resgatar a comunicação cooperativa e integradora perdida com sua comunidade e dela com ele e dele com "outro" sob uma perspectiva de fortalecimento da alteridade que abre espaço para transformação de todos os envolvidos.

O pluralismo jurídico institucionalizado ou não, pautado na fraternidade, nas suas amplas dimensões, constitui uma proposta de ampliação das formulações possíveis de apaziguação social, no resgate do diálogo e do espaço político que foi obrigado a abdicar na pós-modernidade.

6 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A fraternidade tanto como categoria jurídica, e como valor ético representa base teórica e filosófica para a construção de um novo paradigma jurídico para solução de conflitos no Brasil como proposta de fortalecimento de uma cultura de paz com a visibilização dos excluídos do projeto de distribuição de Justiça em alternativa ao monopólio jurídico estatal.

A restauração do diálogo entre os litigantes, edificado em ambiente genuinamente democrático, por meio da adoção de práticas comunitárias mostra-se no plano teórico, comprometida com o projeto emancipatório, formado por lutas históricas em defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse processo de construção de um paradigma jurídico e crítico é imprescindível o engajamento e participação da sociedade e do Estado na assunção do compromisso com o respeito à diferença.

A fraternidade, como categoria jurídica, expressa no preâmbulo da Constituição Brasileira, e em outros normativos constitucionais autorizam a edificação de sistema jurídico pluralista, que a partir da sua disciplina legal, permitirá o resgate dos deveres fundamentais na consecução do direito humano à felicidade.

Como valor ético, a fraternidade baseada no reconhecimento do outro, no respeito às diferenças, na reciprocidade com o outro e com o meio ambiente, responsabilidade de reparação e na redistribuição de riquezas veiculada por uma participação democrática para a satisfação do bem comum constitui fundamento filosófico suficiente para o fortalecimento da alteridade que o pluralismo jurídico se propõe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligencia fraterna: democracia e participação na era dos fragmentos. In **O Principio esquecido: exigência, recursos, e definiç***ões vol. 2*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

FALCÃO, Joaquim. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça:** a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 145-158.

FARIA, Jose Eduardo. **Sociologia Jurídica: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LIXA, Ivone Fernandes M. "Teoria Crítica e pluralismo : elementos constitutivos de uma hermeneutica jurídica latino americana." Em **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo juridico na America Latina**, por Antonio Carlos Wolkmer e Ivone Fernandes M Lixa, 153-164. Mexico: CENES / UFSC-NEPE, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmom de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. Neutralidade e Imparcialidade dos juízes? In **Direito de família e psican**álise: rumo a uma nova epistemologia. GROENINGA, Gisele; PEREIRA, Rodrigo (coords). Rio de janeiro: Imago, 2003.

MACHADO, Carlos Augusto de Alcantara. ***A Fraternidade como categoria jurídica - fundamentos e alcance***. Curitiba: Appris editora, 2017a.

MACHADO, Clara. **O principio jurídico da Fraternidade- um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b.

ROUNET, Sérgio Paulo. 2003. **Mal-estar da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1988.

SPENGLER, Fabiana Marion. A fraternidade como base política da mediação de conflitos. **Revista Novos estudos Jurídicos**. Eletrônica. Vol.1, janeiro-abril 2015. Acesso em 01 mai 2018. Disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/72.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca- o ofício do mediador**. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico - fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde a América Latina. In **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico em América Latina.** Antonio Carlos Wolkmer e Ivone Fernandes M. Lixa. Aguas Calientes - CENEJUS/ Florianopolis- UFSC-NEPE, 2015.

TREDICI VOLTE GIOVE LA FRATERNITÀ E I BENI COMUNI DELL'UMANITÀ SU UN PIANETA OSTILE

Sandra Regina Martini[1]

Francesco Rubino[2]

RESUMO: Le sfide poste alla teoria giuridica da una società (altamente) complessa spesso suscitano una "reazione" teorica che tende ad adattare le metodologie classiche ai nuovi contenuti (è stato il caso della bioetica, delle telecomunicazioni o dell'informatica diffusa). Dalla metateoria del Diritto fraterno, nella sua proficua combinazione con la Teoria generale dei sistemi sociali, possiamo testare invece i risultati che il metodo (che aggira l'apparenza ideologica tramite, appunto, il *paradosso*) propone alla verità (intesa come *doxa*, come ideologia). A partire dal principio rivoluzionario della *fraternità* (discusso qui nella sua matrice teorica trans-culturale e nella sua debolezza politica, che ne hanno costituito tuttavia la forza resiliente nel corso dei secoli e attraverso le società) e passando per i dilemmi che la non violenza e l'ecologia hanno posto allo sviluppo pervasivo delle tecnologie e alle trasformazioni dei paradigmi scientifici, perveniamo ad un'analisi dei *beni comuni* che si affranca da una visione statica (tutta appiattita sulla dialettica tra pubblico e privato, tra locale e globale, tra titolarità e proprietà) in favore di un'interpretazione dinamica che si estende dalla fragilità politica dell'individuo di fronte alle catastrofi politiche ed economiche, alla vulnerabilità della specie umana di fronte alle catastrofi ambientali, alla responsabilità come nuovo vincolo tra *brothers of oppression*.

---

1 Sandra Regina Martini, dottore in Scienze sociali presso l'Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), ha successivamente conseguito il master in *Educação* presso la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), e il dottorato di ricerca in *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* presso l'Università Degli Studi di Lecce (2001), nonchè il post-dottorato in *Diritto* (Roma Tre, 2006) e altro post-dottorato in *Diritto pubblico e Politiche pubbliche* (Università di Salerno, 2010). È stata Professora titular presso l'Universidade do Vale do Rio dos Sinos, la Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e *visiting professor* presso l'Universita degli Studi di Salerno. Già direttrice della Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (gennaio 2007 – febbraio 2011), e membro del Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (gennaio 2008 – dicembre 2013). Attualmente è Pesquisadora Produtividade 2 CNPq, professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). É avaliadora do Basis do Ministério da Educação e Cultura e do Basis do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. È inoltre consulente particolare ad hoc CNPq e CAPES. Conferenziera conosciuta nel Brasile e all'estero, ha sviluppato le sue attività e ricerche nel settore del Diritto, specialmente nel settore della Sociologia del diritto, marcando principalmente le seguenti aree tematiche: Sanità pubblica e politiche pubbliche della salute, Funzione pubblica, Diritto pubblico, Sociologia giuridica e Diritti umani. Tra le sue numerose pubblicazioni, in varie lingue, incluse le traduzioni e le attività di curatrice di volumi collettivi e raccolte di atti, la più recente è *Tough Dialectics. Postmodernity between Fraternity and Spectacle* (2018).

2 Francesco Rubino: giurista e psicanalista, PhD in *Bioethics and Biolaw* (Centre for Ethics and Law, Copenhagen 1997) e in *Diritto pubblico e scienza delle finanze* (Università "Federico II", Napoli 2002), rappresentante italiano presso la Commissione europea (*Biomed I* e *Biomed II*, 1994-1998), consulente della Commissione europea (*Progetto PHARE* di integrazione sociale, giuridica e culturale, Sarajevo 1999-2001), consulente della Commissione europea e del governo francese (*Progetto PHARE* di contrasto alla pedopornografia, 2002-2004), specializzato in *Droit de la santé et sciences médicales* (Université de Paris 8, Saint-Dénis 2008-2010), docente di *Dottrina dello Stato* (Università "Federico II", Napoli, 1999-2007), di *Diritto Amministrativo* (Università della Calabria, 2003-2006), di *Droit constitutionnel* e *Institutions politiques* (Université de Paris Ouest Nanterre, 2011-2015), di *Droit constitutionnel* (Université de Paris Est Créteil, 2012-2013), di *Giustizia costituzionale* (Università "Federico II", Napoli 2012-2014), cordinatore *lato sensu* presso l'UEP Londrina (2013-2015) e l'IDCC di Londrina (2013-2014), visiting professor presso l'Università di Santa Cruz do Sul – UNISC, 2005-2006), conferenziere presso numerose università e centri di ricerca nel mondo (tra i tanti: Porto Alegre 2001-2017, Santa Barbara 2016, Los Angeles 2015, São Paulo 2013, Beijing 2009, Lecce 2007, Milano 2003, Lundt 2003, Utrecht 1997). Ha coordinato (assieme ad Alessia J. Magliacane) il *Séminaire Science Ethique Droit* presso l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne (2010-2012) ed è stato consulente di Attac France (Arles, Paris, Toulouse) sui Beni comuni. Tra le numerose pubblicazioni: *On dignity* (1998), *Governance* (2004), *Per la critica del modello europeo* (2008), *Cent millions d'orgasmes. Essai sur la pornographie* (2015), *la maledizione dello scorpione di giada (e altre formule magiche del diritto)* (2016).

1 INTRODUZIONE: IL GIOCO E LA FIDUCIA

Riscopre qualche passione calda la formula "diritto vivente"; indica che vi è una *vita* del diritto che allontana lo sguardo dalla freddezza notarile con cui si presenta. Vivente è anche vitale, "animato", si sarebbe detto nella filosofia antica...[3]

Com'è noto, la visione del sistema giuridico che possiamo trarre dalla Teoria Sistemica di matrice luhmaniana prevede almeno queste tre caratteristiche.

a. In primo luogo, una certa dinamica evolutiva che spesso si presenta nei termini di una *differenziazione funzionale*.

b. In secondo luogo, un meccanismo di interdipendenza che spesso si presenta, dal lato "attivo", come una necessità della *comunicazione* inter- e infra-sistemica.

c. Infine, e come conseguenza propria del sistema Diritto, una stabilizzazione (anche nella forma "democratica" della riduzione della complessità caotica del sistema sociale) delle aspettative giuridiche.[4]

In questo contesto sistemico (qui brevemente riassunto) la metateoria del Diritto fraterno elaborata e sviluppata da Eligio Resta a partire dalla fine degli anni '80[5] – in un contesto come quello italiano che si preparava negli stessi anni alla "svolta" del *diritto come cultura* – rilanciava una visione dinamica del sistema giuridico, come interpretazione *vivente* essa stessa di e in una società *complessa*.

Intelligentemente, poi, lo stesso Resta ha aggiunto negli anni elementi di psicologia sociale – ad esempio quello della *fiducia* nella sua "continua sospensione tra una dimensione spontanea, irrazionale, fideistica, e, all'opposto, una continua regolazione da parte dei sistemi sociali"[6] – che non soltanto hanno arricchito la complessità del sistema giuridico considerato come *insieme* (adattandola cioè ad una dinamica del Reale in

---

3 Sono le prime parole di Resta, *Diritto vivente*, Roma – Bari, Laterza (2008: ix).

4 Bisogna registrare che questa posizione originaria di tipo luhmaniana abbia dato luogo anche ad una visione post-luhmaniana, pure sugli stessi presupposti sociologici e teorici. Ad esempio, per Pietro Barcellona, "nella visione di Luhmann ci sono gli echi dell'inizio del problema metodologico della modernità" in cui "la coppia sistema-ambiente si autodefinisce per relazione: io sono il vostro ambiente e voi siete il mio ambiente, voi riducete la complessità delle informazioni che io vi fornisco e io riduco la complessità degli stimoli che voi mi trasmettete". Ora, non è tanto questo *meccanismo* a contare in una prospettiva post-luhmaniana, quanto le conseguenze ambivalenti che giuristi come Barcellona ne traggono. Vediamo. "A questo punto – prosegue il giurista di Catania, fondatore con Carlo Amirante del cd. "uso alternativo del diritto", in Italia nei primi anni '70 – l'unica cosa che ci resta è la tecnica e la biologia, perchè tutto lo spazio dell'umano è stato creato dalla impossibilità di fare a meno della mediazione e quindi dalla necessità di trovare continuamente le mediazioni culturali, politiche, tra io e mondo... Nessuna mediazione sembra più possibile, sembra di essere ritornati a una radicale immediatezza... Il linguaggio che richiedeva interpretazione per Luhmann è diventato come quello dell'intelligenza artificiale: un linguaggio di segni a corrispondenze automatiche... In questo senso l'aspettativa diventa normativa."
Si veda dunque Barcellona, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, Dedalo (2005: 103).
Sul piano identitario-politico, "compiendo una svolta per la quale, invece di contrapporre il soggetto all'oggetto e invece di immaginare la questione del rapporto tra rappresentazione e cosa, si pone solamente il problema di descrivere il funzionamento del mondo con la coppia sistema-ambiente: c'è un ambiente complesso e un sistema che lo riduce in base a un principio di conservazione." Così Barcellona, *Il suicidio dell'Europa* (2005: 102).
Inutile sottolineare che questo è uno degli aspetti più problematici della teoria sistemica applicata al Diritto come scienza e come società. Si vedano ad esempio i continui interventi e chiarimenti di Luhmann stesso, tra i quali i contributi degli anni '80 e '90 raccolti da Kai-Uwe Hellmann in Luhmann, *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen*, Frankfurt a/M, Suhrkamp 1997.

5 Più che l'evoluzione negli anni del diritto fraterno nel pensiero di filosofi e giuristi quali Antonio Maria Baggio, Giulio Maria Chiodi, Bruno Fuoco, Roberto Mancini, Anna Marzanati, Iliana Massa Pinto, Angelo Mattioni, Filippo Pizzolato, Stefano Rodotà, Daniela Ropelato, Salvatore Veca, Mario Vergani, Francesco Viola (ma anche, perchè no?, di Pietro Ingrao e Rossana Rossanda degli *Appuntamenti di fine secolo*, o di Marco Revelli in *Oltre il Novecento*, sempre per restare alle pubblicazioni in italiano, lingua d'elezione del Diritto fraterno) questa nostra riflessione intende riprendere la visione originale di Eligio Resta e testarne l'attualità in relazione ad alcune specifiche dinamiche sociali della contemporaneità e della post-modernità, quali l'emergenza della crisi ambientale e la necessità di una teoria dei beni comuni mondiali, sullo sfondo di una visione integrata della tecnologia.
Si vedano comunque: Ingrao, Pietro – Rossanda, Rossana, *Appuntamenti di fine secolo*, Roma, Manifestolibri, 1995; Revelli, Marco, *Oltre il Novecento*, Torino, Einaudi, 1998 (nuova edizione 2006).

6 Resta, *Le regole della fiducia*, Roma – Bari, Laterza (*2009*, 2014).

costante ridefinizione), ma hanno anche dialettizzato questa regolazione del sistema con altre regolazioni – ad esempio quella della *teoria dei giochi*, nelle sue tante versioni – che introducono prepotentemente proprio il ruolo del soggetto e della *decisione* come regola essa stessa, necessaria e insopprimibile.

La metateoria di Resta prende le mosse da una questione di tipo storico, e cioè quella del perchè, tra i principi-valori della Rivoluzione francese, proprio la *fraternità* sia quello che non ha ancora trovato una propria autonoma dimensione politica nella (post)modernità.

Una prima risposta è quella ben nota che vede nella fraternità un principio che ha agito nella storia, non soltanto in controtempo, ma in un senso apertamente anacronistico. In fondo, la fraternità non è di certo un modello "vincente" (neanche in una prospettiva post-rivoluzionaria). Si tratta intanto di un modello *ermeneutico* – certo, non da un punto di vista passivo ma nel senso di quella che Paul Ricoeur avrebbe definito "la metafora viva" – con una propria specificità, quella cioè di proporre una visione *paradossale* della vita sociale e della comunità politica di tipo aristotelico.[7]

In secondo luogo, quel nucleo di principi e valori che sembrava fino ad alcuni decenni fa strutturarsi attorno alla dialettica tra cittadini e istituzioni, risulta sempre più stressato nel tempo, a causa tanto della crescente integrazione sovranazionale (che riduce l'importanza costitutiva dello stato-nazione e dei suoi valori-principi, nel bene e nel male), quanto delle trasformazioni strutturali economiche su scala mondiale (che cambiano, riconfigurano e ristrutturano, non soltanto gli scenari geopolitici, ma anche le forme della soggettività politica, della cultura popolare e dell'immaginario collettivo). In questo contesto evolutivo, tuttavia, la fraternità non è più soltanto un "principio di riserva" posto a tutela delle minoranze, ma una forte onda silenziosa che ha attraversato culture e continenti fino a proporsi come principio fondamentale di una visione cosmopolita e trans-culturale.

In terzo luogo, sul piano filosofico-politico, è un po' come se, da quella prospettiva aristotelica e neo-stoica a cui abbiamo accennato poco sopra, si passasse invece ad una prospettiva platonica (e neo-platonica, quando non apertamente cristiana), di fraternità *condivisa* sulla base della diversità. Non importa, cioè, quanto diversi siamo: è proprio questa *diversità* che, se viene condivisa, ci rende fratelli (*immediatamente* fratelli).[8]

È quasi naturale, in quarto luogo, la conseguenza direttamente *politica* che discende da questo rilancio della fraternità come principio fondamentale e fondatore. Dalla dialettica fascista *amico / nemico*, che assurdamente è stata posta al centro della filosofia e della storia della decisione politica, e da quella, forse meno impropria ma egualmente pericolosa, del *fratello nemico*, si passerebbe a quella del *fratello amico*, caratterizzata cioè dalla mancanza di competizione rivale e dalla auto-responsabilizzazione reciproca.

Ma, in quinto luogo, sono egualmente *naturali* anche le conseguenze di tipo giuridico che possiamo ricavare da questo modello di tipo "paradossale" (e cioè, per dirla con Nussbaum e le neuroscienze: del bello, del buono e del vero) che si oppone a un modello di tipo rigidamente normativo (cioè, per dirla con Lacan:

---

7 Questa stessa visione del *paradosso* è, più o meno negli stessi anni tra fine '80 e primi '90, proposta dalla filosofa e giurista di New York, aristotelo-marxista e neo-stoica, Martha C. Nussbaum, soprattutto in Nussbaum, *The fragility of goodness*, Cambridge (UK) – New York, Cambridge University Press 1987 e 2001, e in *Love's knowledge*, New York, Oxford university Press. Si veda anche Nussbaum, *Upheavals of thought. The intelligence of emotions*, Cambridge – New York, Camdridge University Press 2001.

8 Se ne è occupata in maniera splendida Alessia J. Magliacane nei suoi studi sulla Costituzione e la Resistenza, e le radici filosofiche della politica occidentale (senza tralasciare l'aspetto simbolico e quello immaginario, come proposti dalla psicanalisi), ad esempio in Magliacane, *Monstres, fanstasmes, dieux, souverains. La contraction symbolique de l'esprit*, Paris, l'Harmattan 2012, o nei più recenti *Zéro. Révolution et critique de la Raison*, Paris, l'Harmattan 2016, nonché in *Imago of Revolution. The Shanghai Conference*, Firenze, Classi 2016, e nel saggio *Class consciousness and Psychoanalysis*, in "Fudan University Review" (Shanghai, Springer ed.), ottobre 2017, p. 3.
Uno dei problemi principali che si è ripetutamente posto durante l'intera storia politica occidentale è proprio quello del *peso* enormemente cresciuto della *copia* dell'essere umano (quello, cioè, che possiamo chiamare fratello o gemello): questa "replica" *diversa* dell'essere umano, che è una sorta di "seconda natura" dell'individuo, potrebbe infatti diventare, laddove operi una "contrazione simbolica" (cioè una riduzione della vita, anche di quella immaginata e desiderata, al solo o preponderante livello simbolico-normativo), un *mostro* (cioè un incapace o un incapacitato), un *fantasma* (cioè un sé immaginario, sospeso tra proiezioni allucinate e potenti desideri di verità), un *dio* (cioè un essere di linguaggio, simbolico, autoritario e paternalista), o un *sovrano* (cioè un padre, normativo e castrante).

di Kant, di Sade, del padre castratore e della pulsione di morte). Il diritto fraterno vive di aspettative e di possibilità, e non si basa sull'arroganza della norma. Seleziona, studia e fa evolvere le *capacità* e i *desideri*, e non soltanto i diritti riconosciuti e le libertà individuali. Arruola l'immaginario e le mancanze dell'essere (cioè, appunto, il desiderio e le aspettative delle tante vite possibili in un solo individuo, nella sua irriducibile e universale diversità) per l'emancipazione dai castranti codici simbolici, autoritari o paternalisti che siano. Travolge l'ideologia e la pratica della violenza, tanto sul piano psicologico di massa (dal "nuovo conformismo" al "pensiero unico") quanto su quello dell'autoritarismo tecnologico di massa (dalla dipendenza personale alle guerre per le risorse).

È di certo una scommessa, un diritto fraterno inteso in questo modo, e probabilmente si esprime nel linguaggio precario *dell'utopia* o in quello sfuggente della *complessità*... ma quanto *razionale* è questa scommessa, quanto auto-organizzato è questo *caos* di vite uniche e diverse, e quanto potente è questa *parola* emancipatrice!

Utopia, non violenza, psicologia di massa, capacità, auto-organizzazione, autocomprensione, emancipazione, socializzazione. Arriviamo finalmente a comprendere quale sia la vera sfida che il paradosso e la complessità pongono alla funzione della fraternità come teoria e vita del mondo contemporaneo. E potremmo dire che questa sfida – questo complesso di limiti che diventa anche un ventaglio di possibilità, questa rete di limitazioni che si trasforma in una griglia di potenzialità, questa enorme rigidità che si presenta immediatamente come *interconnessione*, questa visione economica che assume lo sguardo *ecologico* – è la sfida *del* Pianeta. E cioè dell'umanità come soggetto e dei beni comuni mondiali.

È una sfida politica, giuridica, ma anche scientifica e tecnica. Come ha osservato il grande fisico teorico italiano di Napoli, Emilio del Giudice, già noto per il suo impegno anti-militarista e i suoi studi con Maurizio Torrealta sull'impiego dell'uranio impoverito nella produzione di pallottole,

Nelle organizzazioni umane l'interazione tra le variabili solidarietà e conflittualità non è esattamente determinabile, in quanto la misura dell'una virtualizza la presenza dell'altra (il comportamento solidale nasconde sempre una parte di conflitto, e viceversa).

Tuttavia, continua Del Giudice, gli esseri umani, se inseriti in campi (contesti) solidali, tenderanno a sviluppare maggiormente questo parametro a discapito del suo contrario: la conflittualità.[9]

Sfogliando un libro di astrobiologia possiamo toccare "problemi che spesso hanno affascinato molti di noi", e che ci siamo forse già posti almeno una volta nella vita, leggendo romanzi, guardando film, "o semplicemente se ci siamo stesi una notte d'estate a faccia in su, a guardare il bisbigliare delle stelle, magari sperando di vedere una stella cadente..."

Siamo veramente soli nell'universo, o esiste da qualche altra parte un pianeta simile, anche se all'altro capo della Via Lattea? Magari laggiù si sono realizzati quei grandi ideali che sulla Terra non esistono ancora: pace planetaria, fratellanza tra gli esseri umani, lunga giovinezza, comprensione del nostro posto nell'Universo...[10]

2 PARADOSSO DEL SAPERE TECNICO

Perché non possiamo fare tutto quello che possiamo fare? Cioè, qual è il limite ad un'attività, ad una *poiesis*, ad un "fare" della nostra vita quotidiana e qual è la sua legittimazione? Perché ci sono due termini

9 Del Giudice, *L'auto-organizzazione degli organismi viventi alla luce della moderna teoria quantistica dei campi. Il concetto di Risonanza*, Milano, Pubblicazioni dell'Università Bicocca (2012). Vale la pena di leggere la conclusione di Del Giudice: "La conflittualità organizzativa utilizzata come stimolo per aumentare l'efficienza dei sistemi produttivi equivale all'osservazione classica dell'Universo dove i moti della materia sono dovuti a urti e/o collisioni, cioè a forze applicate ai corpi, mentre nell'osservazione quantistica le interazioni tra i corpi fisici sono dovute anche ad attrazioni e risonanza in grado di produrre *oscillazioni coerenti* tali da spiegare la costruzione di ordini complessi come la vita".

10 È la bella apertura dell'interessante volume degli astronomi di Padova, Giuseppe Galletta e Valentina Sergi, dedicato alla ricerca esobiologica: Galletta – Sergi, *Astrobiologia: le frontiere della vita. La ricerca scientifica di organismi extraterrestri*, Milano, Hoepli (2005).

di riferimento del 'possiamo'? E quali sono le nostre capacità di porre limiti al poter fare tutto quello che possiamo fare?[11]

Abbiamo appreso dai greci – che a loro volta l'avevano appreso dagli avvocati medio-orientali e dai matematici arabi, dai medici indiani e dagli artigiani cinesi – che il sapere tecnico risolve una categoria di problemi, e ne fa sorgere un'altra. E abbiamo anche ormai compreso che questa *ambivalenza* (nel senso proprio di *doppia conoscenza*) genera complessità e produce sapere sociale e condiviso.

Da questo punto di vista, dunque, il *sapere tecnico* e il *diritto fraterno* sembrano seguire percorsi paralleli e contigui.

È con le "deviazioni" del sapere tecnico – delle quali, pur avendone coscienza da secoli, abbiamo preso atto in maniera irreversibile soltanto con la bomba e la corsa agli armamenti – che le strade sembrano divergere e distaccarsi l'una dall'altra.

Una "deviazione" rilevante è poi la specializzazione delle discipline, cominciata in Europa verso la fine dell'Ottocento, che è anch'essa a sua volta una conseguenza dell'evoluzione del sapere tecnico quando inizia un distacco dai principi generali della solidarietà e della condivisione.[12]

Il *paradosso* è allora un intelligente strumento d'indagine. Da un lato, infatti, consente di ridurre l'ambivalenza tra un sapere tecnico condiviso e una progressiva privatizzazione della conoscenza tecnologica (e ci spinge ad individuare anche la "direzione" dell'evoluzione scientifica). Dall'altro ci permette di analizzare in maniera efficace l'intreccio tra i *saperi* e i *poteri* che costituiscono tanto la "governamentalità" foucoultiana quanto (ad esempio) il *double bind* batesoniano.

La tecnica aumenta la complessità sociale, spingendo la *philia* delle contraddizioni e delle ambivalenze verso nuove e molteplici ramificazioni. Vediamone alcune, in relazione alle possibilità della metateoria del diritto fraterno.

Consideriamo, in primo luogo, il corpo umano.

Ecco l'ambivalenza: il sapere tecnico riduce il corpo umano a merce, ma nello stesso tempo disvela nuove dimensioni di solidarietà. Si pensi, per tutte, al trapianto (o alla *donazione*?) di organi.[13]

11 Resta, *Il diritto fraterno*, Roma – Bari, Laterza (2002: 32).

12 Come è noto, la metapsicologia freudiana degli anni 1914-1921 (e poi dopo l'esilio e fino alla morte a Londra nel 1939 e a *L'uomo Mosè*) è una risposta alla specializzazione disciplinare delle scienze sociali. Anche la meccanica quantistica, negli stessi anni, intendeva proporre un'unificazione teorica delle scienze naturali. Lo stesso portebbe dirsi anche per altre vaste aree della ricerca scientifica applicata alla società e della ricerca teorica come funzione politica della comunità, dall'antropologia al diritto costituzionale di Kelsen alla nascente ecologia.

Si è spesso occupato della "democratizzazione della scienza" come questione che è a un tempo politica *e* scientifica il grande fisico di Princeton, Freeman J. Dyson, di cui si vedano ad esempio le conferenze per l'Università della Virginia raccolte in Dyson, *A many-colored glass. Reflections on the place of life in the unvierse*, Charlottesville – London, University of Virginia Press (2007), contenente il celebre dibattito sul futuro delle biotecnologie (che, secondo Dyson, dominerebbero in maniera "democratizzata" i prossimi cinquant'anni, proprio come la democratizzazione e popolarizzazione delle tecnologie informatiche e dei computer ha dominato i precedenti cinquanta), oltre al più apertamente politico *The scientist as rebel*, New York, The New York Review of Books (2008) e al ricco di provocazioni *Ths Sun, the Genome, and the Internet. Tools of scientific revolutions*, New York, Oxford University Press (1999).

Per un'analisi sociologica e giuridica della postmodernità tecnologica (e del sapere come *spettacolo*) con riferimento alle sfide del diritto fraterno, rinviamo a Vial, *Tough Dialectics. Postmodernity between Fraternity and Spectacle*, Firenze – Parigi, Classi (2018).

13 Una questione che sorge è magari quella della *volontarietà* della donazione, o della *obbligatorietà* di questa donazione di organi (che incarnerebbe di certo una solidarietà di tipo diverso: una condivisione). È una questione morale che il diritto civile ha già risolto escludendo l'obbligatorietà.

In altri campi medici, il diritto ha risolto la questione della solidarietà in favore invece dell'obbligatorietà delle cure. Sono aperti un po' in tutto il mondo e in maniera trans-culturale i dibattiti sull'eutanasia e sull'accanimento terapeutico (dibattiti che, detto incidentalmente, toccano anche la questione della donazione degli organi).

Certo, l'obbligatorietà delle cure mediche non ha soltanto questo risvolto "autoritario" (che spesso si risolve ad esempio nel divieto assoluto dell'eutanasia), ma anche un aspetto più marcatamente sociale, come nel caso dell'intervento psichiatrico: il trattamento sanitario obbligatorio (presente in molte riforme psichiatriche nel mondo, e in epoche diverse, dalla Francia al Brasile, dall'Argentina all'ex Unione sovietica), lungi dal condannare il paziente a *subire* la cura, sancisce infatti l'obbligo *medico*

Ecco invece la contraddizione: il sapere tecnico ci sfida alla solidarietà e alla condivisione, a considerare gli interessi e il benessere dell'umanità (e non soltanto il nostro), ma il diritto ci permette in ogni caso di mantenere l'idea che siamo anche proprietari del corpo e che il nostro stesso corpo, proprio come non può più essere ridotto in schiavitù, così non può più venire costretto (o ridotto) ad essere un *mezzo* per uno scopo.[14]

In altri termini, riprendendo l'esempio del trapianto di organi: se *possiamo* donare, questo implica anche che *dobbiamo* farlo?

E, se si, con quali modalità e muovendoci entro quali spazi di *libertà*?[15]

Ancora: non significherebbe forse, questa libertà e questo studio dei limiti, assegnare all'epistemologia, e dunque nuovamente al sapere tecnico e alla conoscenza scientifica, un ruolo di potere sulle nostre vite (e non soltanto sui nostri corpi)?

Come si vede, c'è una sorta di coestensività tra le questioni del diritto fraterno, quelle della bioetica, e quelle della biopolitica e del biodiritto.

E bisogna anche sottolienare che questa *coestensività* viene preparata e anticipata nel corso degli anni '60 e (soprattutto) '70 da teorie che poi assumeranno uno statuto che sarà tipicamente post-moderno negli anni '80, come la *governamentalità* e il *potere pastorale* di Foucault o le ricerche sulla *società disciplinare* e del *controllo* (da Deleuze a Wendy Brown), o ancora la dispersione *rizomatica* del soggetto (da Guattari a Negri), fino alle tante varianti della soggettività biopolitica (dalle *queer theories* ai *cyborgs*, dai *gender studies* ai *cultural srudies*) e di quella postmoderna (Bauman, per tutti, ma non si dimentichino le molteplici, e spesso conflittuali tra di loro, versioni del decostruzionismo, dal *rischio* di Anne Dufourmantelle alla *stupidità* di Avital Ronell, alla *sacertà* di Agamben).

Insomma, un paesaggio complesso. Che peraltro, proprio nelle forme della complessità, del caos e dell'interdipendenza, viene considerato da *tutte* quelle teorie sopra brevemente ricordate. Inclusa, naturalmente, quella del diritto fraterno, che parte dalla base emancipazionista e perfezionista-morale di Stanley Cavell, Cora Diamond, Martha C. Nussbaum (negli anni '80, tra la Chicago aristotelo-marxista e la Berkeley influenzata dal giovane Marx e dalla particolarissima visione etica di Wittgenstein) e arriva alla efficace sistematizzazione europea di Eligio Resta (a Roma, una decina d'anni dopo).

---

di trattare il paziente, possibilmente in accordo con il paziente stesso e con la collaborazione del suo ambiente di riferimento (famiglia, amici, relazioni di lavoro, cultura e tempo libero).

14 Detto incidentalmente (e brevemente), in questa visione kantiana il corpo è più *persona* di quanto non lo sia il soggetto di coscienza. Ed è anche questa una contraddizione fondativa della modernità, perchè il corpo è anche il *mezzo* universale e generale della violenza (dunque uno strumento per lo scopo della tortura, della guerra, della sottomissione e riduzione in schiavitù di altri esseri umani e di altre *persone* anche non umane).

I droni sono telecomandati da mani umane, e seguiti da occhi di uomini e donne. I bambini sono avviati alla prostituzione e al traffico di organi per servire altri corpi umani. E gli animali stessi sono cibo per il sostentamento fisico degli animali umani e cavia per la ricerca scientifica volta al benessere della comunità umana.

Se, dunque, identificare la persona con il "suo" corpo ha avuto certamente un significato emancipatorio in relazione alla vita sessuale e alla bioetica, le contraddizioni restano in relazione alla violenza (anche sessuale) e alla cura stessa del corpo (dalla medicina all'alimentazione).

Si è occupata straordinariamente di queste contraddizioni etiche e giuridiche, rintracciando il legame tra l'appartenza alla specie umana e le frontiere nazionali, tra la disabilità e l'appartenenza di genere, Martha C. Nussbaum nel suo Nussbaum, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, Cambridge (Ma), Harvard University Press – Belknap 2006.

15 Seguiamo il ragionamento dello stesso Eligio Resta a questo proposito. "Quando si parla della questione della tecnica, cioè della vita, si parla del bene pubblico, e se il problema è quello allora non c'è altro che riferirsi a quel gioco debole, infondato, lontano da ogni arroganza della prescrizione che possiamo ritrovare dove ci allontaniamo da ogni violenza e scopriamo la scommessa moderna del diritto che sta tutta nel suo convenzionalismo. Salvare il patrimonio genetico lasciando intatto il fiume o il fondo del mare, aprire possibilità ad altri piuttosto che accontentarsi della soddisfazione misera ed egoistica del free rider che usa per se l'ultima risorsa che non potrà ricrearsi e che si serve in maniera suicida della tecnica per depauperare le possibilità, è qualcosa. Non c'è, ripeto, alcuna forza della legge che ci sovvenga, se non quella aleatorietà dello scommettere sui diritti come Pascal scommetteva sull'esistenza del bene pubblico. Se Dio, il bene pubblico, fosse esistito, i costi delle rinunce sarebbero stati ben poca cosa rispetto ai vantaggi. Se non fosse esistito, la perdita dei costi sarebbe stata irrisoria rispetto a quello che si sarebbe potuto guadagnare." Così Resta [2001: 55-56].

Una specificità del diritto fraterno è quella dello *spazio*. La fraternità, infatti, già su un piano storico, implica un ampliamento dello spazio umano e un'inclusione dunque illimitata di *tutti* i diritti fondamentali e *tutti* i beni comuni dell'umanità.[16]

3 PARADOSSO DEL SAPERE NON VIOLENTO

Una norma che impedisca la guerra, si sa, non può abolire la realtà della guerra; ma dalla neutralizzazione della delusione forse può nascere se non un diverso principio speranza almeno una migliore consapevolezza.[17]

Sul piano sociologico e antropologico, le norme (di qualsiasi tipo: morali, religiose, giuridiche, tecniche…) non impediscono la violenza.[18]

Ma che ne è della *non violenza*?

Possiamo sostenere, ad esempio, che le norme di tipo pacifista, soprattutto quando queste siano contenute nelle disposizioni costituzionali che "rifiutano" o "bandiscono" la guerra, siano (anche) norme che disciplinano (anche) la non violenza?

O bisogna invece attribuire alla non violenza uno statuto che sia magari apertamente meta-normativo?

È abbastanza comprensibile che il problema non si pone per una visione della non violenza che (semplicemente e specularmente) opponga questa al suo opposto, cioè alla violenza. Non vi è dubbio, ad esempio, che *tutti* gli ordinamenti normativi pubblici e costituzionali *tendano* alla non violenza, ponendo la sanzione dell'omicidio e della violenza privata come autentica meta-norma fondamentale.[19]

---

16 Anche in questo caso, ancora un paradosso e una sfida: quelli cioè di ampliare lo spazio del mondo *senza* colonizzare (neanche sul piano dell'immaginario e della cultura popolare) e *senza* conformare (neanche sulla base di una migliore opportunità media per tutti).

17 Resta, *Il diritto fraterno*, Roma – Bari, Laterza (2002: 39).

18 Sul piano dell'ontologia giuridica, invece, potremmo dire che le norme giuridiche *non autorizzano* la violenza (con alcune note eccezioni, naturalmente). Sul piano della teoria generale delle norme giuridiche, infine, possiamo osservare che le norme giuridiche sicuramente *riconoscono* e *definiscono* la violenza, ma la *disciplinano* attraverso le norme giuridiche che la *centralizzano* nello stato. In altri termini, come aveva proposto Kelsen, e come aveva sviluppato straordinariamente Walter Benjamin nel suo saggio (anti-schmittiano) sulle *Origini del dramma barocco tedesco*, del 1928, e in quello sulla *Critica della violenza* la "violenza" (*Gewalt*) si trasforma in "forza" (sempre *Gewalt* in tedesco)... e "l'eccezione diventa la regola".
Si legga ancora una volta Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, Frankfurt a/M, Suhrkamp Verlag (2016). Si legga anche la bella e recente versione "berlinese" di Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Berlin, Hofenberg Sonderausgabe (2016).

19 Finanche negli assurdi e anacronistici emendamenti costituzionali statunitensi (tra i più filo-violenti al mondo, e non soltanto perchè autorizzano la circolazione e l'uso personale delle armi), la violenza privata è ammessa unicamente in quanto *difesa*.
Semmai il vero problema teorico per il giurista riguarda le ragioni stesse dell'esistenza di una meta-norma come questa, che è una norma di *contenuto* e non una *Grundnorm* di tipo kelsesiano (che dichiara invece semplicemente che "bisogna obbedire al potere costituito"). Se è infatti una norma di *contenuto*, non si capisce perchè non debba anche essere una norma (ad esempio una norma costituzionale) espressamente disposta, che dichiari il divieto di uccidere o di fare del male, ecc. E invece non vi sono tali disposizioni: quelle fondamentali dichiarano o elencano i diritti umani, le libertà della persona, le condizioni insopprimibili dell'individuo davanti alla legge, gli obblighi *erga omnes*, i valori e le aspirazioni della nazione, i principi su cui si regge l'unità dell'ordinamento statale, finanche il rifiuto della guerra, ecc. Ma *non* il divieto di uccidere e fare violenza.
Secondo la quasi unanimità dei giuristi (un'eccezione rimarchevole è quella della Nussbaum) la dichiarazione dell'insopprimibilità della libertà personale (di movimento, di parola, di pensiero, di *privacy*, ecc.) e la sanzione insormontabile della dignità umana e dell'integrità fisica, sarebbero l'espressione migliore e più compiuta del principio della non violenza.
E tuttavia questa posizione è bizzarra e insufficiente, per almeno due motivi. Il primo è che mette un *fatto* (cioè una supposta evidenza empirica) al centro del *dover essere* normativo. Un po' come dire che il *fatto* di non fumare nei locali pubblici equivale al divieto di uccidere! E questo, naturalmente, non è assolutamente vero o verificabile: sia perchè fumare non è il solo *fatto* che uccide, sia perchè fumare non è automaticamente uccidere (e non potrebbe dunque esprimere neanche indirettamente il divieto di uccidere, altrimenti anche costruire le abitazioni civili ad una distanza di 3 metri o notificare un atto giudiziario almeno venti giorni prima dell'udienza, o altre norme amministrative e privatistiche, procedurali e lavoristiche, incarnerebbero il divieto di

Ma anche questa visione della non violenza finisce per proporre una concettualizzazione astratta e irrazionale della violenza. Come (e perché, ovviamente) giustificare infatti la violenza delle istituzioni? La violenza della sanzione giudiziaria? Le limitazioni della libertà *imposte* dall'ordinamento giuridico stesso?

Come comprendere, insomma, quello che Paul Ricoeur chiamava "lo scandalo della pena"?

Davvero possiamo accontentarci della rassicurazione statale-normativa che la limitazione della libertà è *sempre* possibile a condizione che sia prevista per legge e che non imponga trattamenti inumani o degradanti (come se la dignità umana fosse da mettere in contraddizione e conflitto con la libertà e l'integrità fisica)? Da questo punto di vista, è fin troppo naturale osservare che il partito nazionalsocialista ha preso il potere nelle forme stabilite dalla Costituzione tedesca, che anche la *Shoah* è stata prevista (e quanto minuziosamente!) per legge, e che i prigionieri nei campi tedeschi non erano trattati *peggio* di quanto non fossero i prigionieri nazisti nei campi alleati durante la seconda guerra.

Certo, si potrebbe anche aggiungere – a proposito di "scandalo della pena" e di "violenza attraverso la conoscenza" – che il Tribunale militare internazionale e il Tribunale militare di Norimberga hanno emesso (tra le tante) sette condanne a morte (per impiccagione, eseguite poi il 2 giugno del 1948), per motivi di appartenenza politica alle SS come "organizzazione criminale" (e non per avere commesso, ad esempio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità) ad alcuni medici che avevano effettuato ricerche su detenuti ("non autorizzate" dai detenuti stessi!).[20]

È il risultato – tragico quanto farsesco – di uno dei principali processi tenuti a Norimberga per circa un anno dal mese di novembre 1945, chiamato *il processo ai medici*. Vi sono in gioco la violenza della scienza (una violenza spesso atroce, perpetrata su bambini, disabili e altri soggetti "idonei" a studiare le reazioni dell'organismo umano al tifo petecchiale, alla tubercolosi, all'itterizia, alle infezioni da streptococco, all'assideramento, alle ustioni, alla malaria…), nonché il processo alla violenza della scienza (a causa della violazione della Convenzione di Ginevra sui prigionieri di guerra, del 1929), e la punizione (con la morte) di questa violenza…

Certo, la difficoltà non consiste per il giurista nell'accettare la decisione politica della condanna dei medici affiliati al gruppo speciale nazista che si chiamava SS (è più che *giusto* avere condannato i nazisti, da molteplici punti di vista). No, la difficoltà più grande è accettare quello che è logicamente (e filosoficamente) inaccettabile, e cioè che la violenza implichi la violenza: che ad un atto violento (legittimo o illegittimo che sia) si reagisca con un altro atto violento (magari questa volta soltanto legittimo).

Come trasformare allora la violenza in non violenza?

Meglio: come trasformare la *giustizia* in *non violenza*? Il *pacifismo* in non violenza? Il *diritto* in non violenza? Il *sapere scientifico* in non violenza?[21]

---

uccidere). Si tratta dunque di un'inaccettabile semplificazione, oltre che di una violazione palese ed irrimediabile della legge di Hume.

Il secondo motivo è forse per certi versi più grave. Se il divieto di violenza fosse incarnato dalle tre libertà umane fondamentali (pensiero, dignità, integrità fisica), questo implicherebbe infatti che la *difesa* della libertà, della dignità e dell'integrità personale dipenderebbe da un *lavoro* (di difesa, appunto) al quale tuttavia il soggetto non è (e non potrebbe neanche essere) obbligato. La responsabilità del *fatto* della violenza, cioè, risulterebbe scaricata interamente sul soggetto che la subisce (perchè, appunto, non si difende). Questo finisce per legittimare la violenza come relazione intersoggettiva (alla fine sarà il più forte a vincere, come se si trattasse di un'assurda ma insormontabile legge naturale, posta peraltro a favore della specie umana, del genere maschile, dell'età adulta e della disponibilità di armi e strumenti di difesa-offesa).

Insomma, ci sarebbe molto altro da dire, come è evidente. Ma basti qui annotare chiaramente che la posizione generale della non violenza *non* è assolutamente traducibile nel riconoscimento della libertà personale, della dignità umana e dell'integrità fisica come condizioni generali.

20 Una buona ricostruzione, che tiene conto anche degli interrogativi attuali della bioetica, è in Weindling, *Nazi medicine and the Nuremberg trials. From medical war crimes to informed consent*, London – New York, Palgrave MacMillan (2005), ma anche negli studi sul ruolo dei tecnici e dei "funzionari" del regime proposti da Marie-Bénédicte Vincent in Vincent (ed.), *Le Nazisme, régime criminel*, Paris, Perrin (2015).

21 Seguiamo questa ricostruzione di Stefano Rodotà, secondo il quale "internet gioca un ruolo essenziale nella creazione e nell'organizzazione complessiva di un nuovo spazio pubblico e nella definizione delle modalità di integrazione e di convergenza dei diversi mezzi. In concreto, ci troviamo di fronte ad una molteplicità di modelli". "Gli effetti del progressivo ampliarsi dell'e-

4 PARADOSSO DEL SAPERE NON DOGMATICO

E "poter" fare indica non soltanto una probabilità statistica, una possibilità contro alternative o contingenze; indica che siamo in grado di fare, ne abbiamo la capacità, la potenza. E, intanto, possiamo fare tutto quello che facciamo: uccidiamo, affamiamo, diamo "al boia e al soldato" (ci ricorda De Maistre) il "potere" di far di noi tutto questo, "usiamo" la natura, alteriamo il patrimonio genetico. Dunque "possiamo" farlo, tanto è vero che lo facciamo; ma, possiamo farlo?

La fraternità è dunque uno strumento potente per la comunità umana. E lo è proprio a causa della sua natura trans-culturale. Laddove *trans-culturale* non significa 'soltanto' quel carattere antropologico (notato ed analizzato ad esempio da Otfried Höffe, tra i primi e più attenti), né implica la visione di un Diritto che sia sostanzialmente *cultura* (come vorrebbe, da anni, Peter Häberle, forse il più noto tra i divulgatori moderni di questa visione risalente alla Roma imperiale e cattolica), né infine si limita alla sola critica del dogmatismo formalista e alla necessità di un metodo *trans-disciplinare* per le scienze sociali (e quelle socio-giuridiche tra queste).[22]

Che cosa significa allora parlare della fraternità come principio *trans-culturale* e anti-dogmatico? E qual è la *trans-disciplinarietà* anti-formalista del Diritto fraterno?

Possiamo indicare qui quattro linee specifiche di una nuova analisi del diritto.

1. La prima è di tipo epistemologico, ed è forse la più importante. Ed è la rottura del paradigma dell'*identità*.

2. La seconda, che ne discende direttamente, è di tipo politico, ed è legata alla visione del cosmopolitismo come rottura della dialettica "identitaria" amico / nemico.

3. La terza, che deriva (direttamente e indirettamente) dalla seconda è il fondamento pacifista *e* non violento della contemporaneità postmoderna.

4. La quarta linea di analisi è quella più difficile (sul piano del sapere umano) e più impegnativa (sul piano psicologico e politico), e si proietta sul progetto di una soggettività umana collettiva, libera(ta) libertaria ed emancipata: una *umanità come soggetto*, considerata nei suoi presupposti (e cioè un'identità collettiva e universale, come dicevamo, ma anche un pacifismo non violento che derivi dalla rottura della dialettica politica amico/nemico e dal superamento della pulsione di morte come condizione psicologica generale dell'umanità) e nelle sue potenzialità (ecologiche, psicologiche e politiche, oltre che di sopravvivenza).

Vediamole brevemente qui di seguito testate.

4.1 LA ROTTURA DEL PARADIGMA IDENTITARIO

Senza volere entrare nel merito di una dinamica tuttora controversa tanto nelle neuroscienze quanto nella scienze sociali – che cos'è il soggetto e come fa a *sapere* o *conoscere* di essere un soggetto, cioè quello che viene chiamato "il problema difficile", lo *hard problem* – rileveremo soltanto che la questione-condizione dell'identità soggettiva (proprio a causa dei progressi delle neuroscienze, che hanno ridimensionato tanto

---

governement – continua Rodotà – possono essere misurati in termini de trasparenza dell'azione pubblica, semplificazione procedurali, diminuzione dei costi di transazione nelle relazioni fra i cittadini e all'interno degli apparati pubblici." Allo stesso tempo, però, bisogna anche dire che "la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, il suo trasferirsi nella dimensione di Internet, non è garanzia di risultati sempre democratici". È evidente, allora, conclude l'autore, che "la produzione di democrazia attraverso l'e-government non può essere affidata alla tecnologia in sé, ma esige forti e chiare politiche pubbliche."
Si veda Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma – Bari, Laterza (2004: 53-55).

22 Su questi aspetti legati alla scienza giuridica, si vedano gli importanti studi di Agostinho Ramalho Marques Neto (2001, p. 192): "A ciência jurídica, tanto quanto qualquer outra, resulta de um trabalho de construção comandado em todas as suas fases, pela teoria. A validade do método em hipótese alguma pode ser estabelecida *a priori*, mas somente em função dos enfoques teóricos, dos problemas formulados e da natureza do objeto do conhecimento. Por isso, na elaboração das proposições da ciência do Direito, não há falar no método, mas sim numa pluralidade metodológica, em que os diversos métodos se combinam e se contemplam".

l'idea della coscienza quanto la visione classica dello spazio e del tempo)[23] si è spostata in maniera sensibile verso i *limiti* e le *contraddizioni* della soggettività come identità.

Questo spostamento (peraltro anch'esso anticipato ampiamente dalla cultura popolare)[24] produce importanti conseguenze anche sulle dimensioni della libertà e della responsabilità dell'individuo.[25]

4.2 LA ROTTURA DEL PARADIGMA DIALETTICO DELLA POLITICA (AMICO /NEMICO)

Appiattendosi dunque progressivamente verso una dimensione "a rete" dell'identità, il soggetto sperimenta una percezione diversa (da quella "soltanto" *identitaria* e *unitaria*) della propria libertà e della sua responsabilità inter-individuale e collettiva. Come direbbe Paul Ricoeur, il soggetto è un *soi-même comme un autre*.[26]

Laddove la forza *congiuntiva* del *comme* nella lingua francese (come in quella brasiliana, peraltro, ma *non* ad esempio in quella italiana) implica tanto un'operazione di riconoscimento (se stesso *come* un altro) quanto un giudizio morale e politico (se stesso *perché* altro da se stesso).[27]

Si coglie qui immediatamente che la (falsa) dialettica dell'amico e del nemico, posta tristemente alla base della teoria della decisione politica, viene nettamente e irreversibilmente superata.[28]

Ma questo non implica automaticamente, come è chiaro, il contestuale superamento anche della logica violenta e oppositiva (l'identità ben può essere indotta a difendersi *da se stessa*… in una nuova logica identitaria che costituisce un diverso soggetto, come vediamo all'opera nelle varie forme di "guerra a bassa intensità", magari proprio sulla base della paura dell'altro o del terrore che questa paura costituisce come nuovo paradigma politico).

---

23 Tra i tanti, citiamo qui il neurobiologo svizzero Arnaldo Benini, e soprattutto Benini, *La coscienza imperfetta. Le neuroscienze e il significato della vita*, Milano, Garzanti (2012) e il più recente *Neurobiologia del tempo*, Milano, Raffaello Cortina (2017).
Tra i libri di divulgazione teorica che hanno incontrato recentemente un grande successo sul tema vi è quello del fisico italiano (direttore del Centro di Fisica teorica di Marsiglia) Carlo Rovelli (Rovelli, *L'ordine del tempo*, Milano, Adelphi 2017), e la ricerca in tre volumi del fisico della materia fluida brasiliano (di Maringà) Luiz Roberto Evangelista (Evangelista, *Sui sentieri del tempo*, Firenze – Parigi, Classi 2017).

24 Si pensi, per tutti e nella maniera più sofisticata e raffinata, ai romanzi di Philip K. Dick (dalle origini del 1952 al celeberrimo film del 1983 tratto da *Gli androidi sognano pecore elettriche?*). Si veda, in termini politici, l'analisi di Magliacane, *Sur Dick. L'utopie aux autres planètes*, Firenze – Parigi, Classi (2016) e il più recente *L'universo dissestato di Philip K. Dick*, Firenze, Classi (2017).

25 Tra i primi ad accorgersene e a trarne rilevanti implicazioni anche per il diritto vi è stato infatti Jürgen Habermas, di cui si vedano ad esempio i primi saggi della raccolta italiana Habermas, *Tra scienza e fede*, trad. M. Carpitella, Roma – Bari, Laterza (2008).

26 È tuttora piacevole e arricchente la rilettura di questo straordinario testo, dalla questione della *ipseità* a quella del soggetto "parlante" e dello *speech-act*, dell'azione senza attore-agente e della *identità narrativa*, su cui si veda appunto: Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil (1990).

27 È appunto questo il nodo centrale del libro di Ricoeur. È davvero interessante notare che molti decostruzionisti – dai seminari di Derrida del 2001 sulla "bestia" al suo celebre testo sull'*animale che dunque sono*, fino a Jean-Luc Nancy ed Avital Ronell – abbiano portato alle avanzate ed estreme conseguenze questa analisi filosofica di Ricoeur, soprattutto per le implicazioni politiche che consente di trarre. Si veda ad esempio Ronell, *Stupidity*, Chicago, University of Illinois Press (2001).

28 Tanto che anche le forme del terrorismo post-moderno e globale, ad esempio (quelle cioè che, secondo Derrida, seguono all'11 settembre di New York), non rispondono più a quella logica "nazista" ma magari a criteri diversi quali quelli indotti dal "paradigma immunologico", secondo il quale il nemico nasce all'interno di se stesso (in maniera da richiamare la fisiologia e cioè, appunto, l'insorgenza auto-immunitaria degli agenti infettanti *e* degli anticorpi). Si vedano i due volumi di *Seminari* di Jacques Derrida intitolati alla "bestia" e al "sovrano" tra il 2001 e il 2003 e pubblicati dopo la sua morte a cura di Michel Lisse, Marie-Louise Mallet e Ginette Michaud: Derrida, *Séminaire. La bête et le souverain. Volume I (2001 – 2002)*, Paris, Galilée (2008), e Derrida, *Séminaire. La bête et le souverain. Volume II (2002 – 2003)*, Paris, Galilée (2010).

4.3 L'AZIONE COLLETTIVA NON VIOLENTA COME PRINCIPIO GENERALE DELLA POLITICA

Se torniamo brevemente al pensiero di Gandhi [1996], come riletto ad esempio da Etienne Balibar,[29] possiamo rilanciare qui due intuizioni fondamentali.

La prima è che l'azione non violenta *deve essere collettiva*. Non avrebbe senso, cioè, una non violenza che esprimesse unicamente o prevalentemente un punto di vista *individuale* o una visione *soggettiva* della vita (della morale, della politica, ecc.). Applicando peraltro la regola del paradosso, ne trarremo anche che la non violenza individuale corrisponderebbe a una sorta di giustificazione della violenza collettiva (proprio come nel caso, tristemente noto nella storia del '900, della "resistenza pacifica e legale" alla presa del potere del Partito nazionalsocialista in Germania).

Ma vi è anche una seconda grande intuizione da riprendere e rilanciare qui, ed è quella per cui la non violenza è un principio *generale* della politica. Il suo valore culturale, la sua validità, e soprattutto la sua effettività, dipendono cioè dall'applicazione *generale* nella società, tanto in senso attivo quanto come condizione di possibilità: al di là del genere, dell'età, della cittadinanza, della capacità giuridica. Uomini e donne, adulti consenzienti e minori d'età, incapaci giuridici e stranieri apolidi, condannati in via definitiva e persone giuridiche... siamo *tutti* destinatari della non violenza, e siamo *tutti* chiamati (in base alla nostra appartenenza all'umanità come soggetto, unita da una condizione generale di *vulnerabilità* nei confronti della natura, che è appunto la rilettura "marxista" del socialismo gandhiano proposta da Etienne Balibar o da Domenico Jervolino) alla non violenza.

Riprendendo a sua volta quest'idea della vocazione universalista e post-rivoluzionaria della non violenza, anche per Resta [2004b] il Diritto fraterno è essenzialmente non violento. Non soltanto cioè (appunto, in base alla vocazione universalista) scavalca i limiti dello stato-nazione, ed è (appunto, in base alla natura post-rivoluzionaria) cosmopolita, ma è anche un Diritto che non viene imposto e anzi (appunto, in base al carattere non violento) viene negoziato tra parti eguali.

È un Diritto che include, e che esclude (tanto sul piano politico quanto su quello della teoria normativa) la possibilità stessa dell'esclusione.

E tuttavia è proprio qui che si apre un dibattito tanto delicato quanto necessario su questa *negoziazione*, sulle modalità e i tempi, le condizioni e i limiti, di questo *patto sociale*. Il soggetto è l'umanità, in quanto comunità sociale vulnerabile, e in quanto specie animale tra le più fragili e tra quelle più facilmente esposte al prossimo ciclo di estinzione.[30]

È la quarta linea di analisi, e ad essa dedichiamo la seconda parte del nostro saggio.

REFERÊNCIAS

BARCELLONA, Pietro. **Il suicidio dell'Europa: dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo**. Edizioni Dedalo, 2005.

BENJAMIN, Walter. **Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze**. Suhrkamp Verlag, 2016.

BENINI, Arnaldo. **La coscienza imperfetta: le neuroscienze e il significato della vita**. Garzanti, 2012.

DEL GIUDICE, Emilio. **L'auto-organizzazione degli organismi viventi alla luce della moderna teoria quantistica dei campi. Il concetto di Risonanza**. Milano: Pubblicazioni dell'Università Bicocca, 2012.

DERRIDA, Jacques. **Séminaire La bête et le souverain: 2001-2002**. Galilée, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Séminaire La bête et le souverain: 2003-2004**. Galilée, 2010.

29 Balibar, come è noto, parla di un "incontro mancato" a sinistra tra Lenin e Gandhi.

30 Tra le tante citazioni possibili (come dimenticare Leakey o i tantissimi studi sulla cd. Antropocene?), preferiamo tuttavia citare la raccolta di saggi di Stephen Jay Gould del 1985, che raccoglie una parte dei contributi ventennali del grande paleontologo sulle colonne di *Natural History*, che è di certo tra i lavori più vasti, articolati, ricchi, dedicato all'evoluzione e ai suoi paradossi (tra cui, appunto, le estinzioni), oltre che tra i più belli da leggere: Gould, *The flamingo's smile. Reflections in Natural History*, Norton (1985).

EVANGELISTA. **Sui sentieri del tempo**. Firenze, Parigi Classi, 2017.

GALLETTA, Giuseppe; SERGI, Valentina. **Astrobiologia, le frontiere della vita: la ricerca scientifica di organismi extraterrestri**. Milano: Hoepli Editore, 2005.

GOULD, Stephen Jay. **The flamingo's smile: Reflections in natural history**. WW Norton & Company, 1985.

HABERMAS. **Tra scienza e fede**, trad. M. Carpitella. Roma: Bari, Laterza, 2008.

INGRAO, Pietro et al. **Appuntamenti di fine secolo**. Roma: Manifestolibri, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Protest: Systemtheorie und soziale Bewegungen**, ed. K. U. Hellmann (Frankfurt am Main: Suhrkamp), 1997.

MAGLIACANE, Alessia. **Monstres, fanstasmes, dieux, souverains. La contraction symbolique de l'esprit**, Paris: l'Harmattan, 2012.

MAGLIACANE, Alessia. Sur Dick. **L'utopie aux autres planètes**. Firenze: Parigi, Classi, 2016.

MAGLIACANE, Alessia. **L'universo dissestato di Philip K. Dick**. Firenze: Classi, 2017.

NUSSBAUM, Martha. **The Fragility of Goodness,** Cambridge. Press, Cambridge, 1986.

NUSSBAUM, Martha. **Love's knowledge.** New York: Oxford university Press, 1990.

NUSSBAUM, Martha. ***Upheavals of thought. The intelligence of emotions***, New York: Camdridge University Press, 2001.

NUSSBAUM, Martha C. **Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership**. Harvard University Press, 2009.

RESTA, Eligio. **Le regole della fiducia**. Roma: Laterza, 2014.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**, Roma: Bari, Laterza, 2002.

RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.

REVELLI, Marco. **Oltre il Novecento**, Torino: Einaudi, 1998 (nuova edizione 2006).

RICŒUR, Paul. Soi-même comme un autre, coll. **L'ordre philosophique, Paris, Seuil**, p. 368, 1990.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**. Roma: Bari, Laterza, 2004.

RONELL. **Stupidity**. Chicago, University of Illinois Press, 2001.

ROVELLI, Carlo. **L'ordine del tempo**. Adelphi Edizioni spa, 2017.

VIAL. **Tough Dialectics. Postmodernity between Fraternity and Spectacle**. Firenze: Parigi, Classi, 2018.

VINCENT, Marie-Bénédicte (Ed.). **Le nazisme, régime criminel**. Tempus Perrin, 2015.

WEINDLING. **Nazi medicine and the Nuremberg trials. From medical war crimes to informed consent**. London: Palgrave MacMillan, 2005.

OS PRESSUPOSTOS DA METATEORIA DO DIREITO FRATERNO E AS PRÁTICAS DE ASSISTÊNCIA AOS REFUGIADOS EM PORTO ALEGRE

Bárbara Bruna de Oliveira Simões[1]

Sandra Regina Martini[2]

1 INTRODUÇÃO

> "Il diritto fraterno, allora, vive d'infondatezze, si anima di debolezze; si guarda bene dall'affermare que "deve" essere, e che c'è una verità Che lo muove... conviene, dunque, scommettere sulla fraternità."[3]

A vida em sociedade exige uma constante adaptação aos novos modos de viver e conviver, é uma sociedade fragilizada e, ao mesmo tempo, é diversificada, globalizada. Vivemos na atualidade de paradoxos: de informação/desinformação, inclusão/exclusão. O espetáculo de viver está fundado em apostas em princípios esquecidos, como a fraternidade. Este artigo busca analisar de que modo as novas apostas, os novos pressupostos, são capazes de analisar as novas conformações de viver ou sobreviver em situações limites, como ocorre com os refugiados.

Diante deste contexto pretendemos analisar o lugar da fraternidade no acolhimento dos refugiados que chegam à cidade de Porto Alegre. Pesquisamos como a prefeitura está organizada e estruturada para auxiliar estas pessoas e como é o trabalho das entidades da sociedade civil para apoiar as ações governamentais e criar novas demandas. Para isso, utilizamos como referencial teórico a Metateoria do Direito Fraterno[4], de Eligio Resta[5]. Cabe ressaltar que este artigo se desenvolve no âmbito do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities, situado na cidade de Porto Alegre, onde, também, foram realizados os contatos com entidades da sociedade civil, razão pela qual o foco da pesquisa é nesta cidade.

A fraternidade, embora apresente suas dificuldades (ao mesmo tempo facilidades), é uma aposta num mundo melhor, é a aposta na construção de uma sociedade mais inclusiva. A sociedade cosmopolita evolui, nem sempre considerando o princípio fundante: de viver em conjunto. Porém, se este é negado é porque, ao mesmo tempo, pode ser efetivado. A limitação sempre é, também, a possibilidade. Tais ideias paradoxais são concretizadas e melhor visualizadas na chegada dos refugiados a locais distantes de seus lares. É com este jogo limite/ possibilidade que apostamos em uma nova sociedade.

O direito de migrar é um direito humano reconhecido no sistema global e nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, contudo, embora a mobilidade humana seja algo comum na história, nunca foi tão grande o número de pessoas que buscam nova vida em lugares distantes por conta de fatores externos, como é o caso dos refugiados. Os fluxos migratórios representam um número expressivo de pessoas em busca de melhores condições de vida, rompendo as fronteiras das nações em direção a localidades que lhes

---

1 Advogada. Mestranda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities/RS. Bolsista Capes. E-mail: barbarabsimoes@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6333149519672791.

2 Coordenadora e Professora do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities (UniRitter)/RS, professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD)/RS. Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce. Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Pesquisadora Produtividade 2 CNPq, E-mail: srmartini@terra.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4080439371637715.

3 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2005, p.134.

4 Trabalha-se com essa vertente, mas não se desconsideram as contribuições de outros autores, como, por exemplo, Antonio Baggio, Angel Puyol, Paulo Ferreira da Cunha e Stefano Rodotà.

5 Eligio Resta é professor e pesquisador italiano. Ministrou aulas na Faculdade de Direito da Università Roma Tre, na Itália. Dentre suas obras, pode-se citar: *La certeza y la esperanza (1996); Il diritto fraterno (2008),* este com tradução para o português pela Editora da Unisc em 2004*; Diritto vivente (2008).*

assegurem os direitos humanos violados, ou simplesmente não efetivados, em sua terra natal.

Nesta busca por seus direitos, muitos refugiados escolhem como destino o Brasil, razão pela qual as prefeituras estabelecem convênios para acolhê-los, como tem ocorrido em Porto Alegre, capital que já está acostumada com a chegada de migrantes, sendo de italianos e alemães as primeiras ondas migratórias. Com o tempo, Porto Alegre vem sendo, também, o lar de afegãos, sírios, haitianos, senegaleses, venezuelanos e colombianos, principalmente. Todavia, embora todos sejam considerados migrantes, estes últimos são, em alguns casos, reconhecidos como refugiados pelas autoridades brasileiras ou recebem o visto humanitário.

Assim, objetivamos realizar aproximações entre os pressupostos da Metateoria do Direito Fraterno e as práticas de assistência a refugiados em Porto Alegre. Especificamente, pesquisamos quais são as práticas de assistência aos refugiados existentes em Porto Alegre, como elas auxiliam na efetivação dos direitos humanos desses migrantes e quais os aspectos dos pressupostos encontrados nessas práticas. Utilizamos o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica em artigos científicos das principais bases de dados eletrônicas e em relatórios de organizações governamentais e não-governamentais e da prefeitura de Porto Alegre que trabalham com a temática dos refugiados.

2 LIMITES E POSSIBILIDADES DA FRATERNIDADE

> "…Ha un senso vagamente anacronistico la fraternità. Ci riporta a quelle narrazioni con cui si presentava sulla scena della rivoluzione illuministica quel complesso progetto di cui la politica e il diritto moderni avrebbero permeato la storia seguente."[6]

Partícula do *slogan* da famosa divisa que identifica a Revolução Francesa: eis a forma como é comumente lembrada a fraternidade. Embora tenha ganhado publicidade, sua aceitação enfrentou dificuldades em ser incorporada aos diplomas jurídicos. A dificuldade em operar com o conceito da fraternidade se apresenta porque ela evidencia paradoxos e contradições que desvelam os "espetáculos/não espetáculos" que vivemos nos dias atuais, em que muitas vezes nos "escondemos" na igualdade ou na liberdade, pois estes pressupostos podem ser quantificados, enquanto que a fraternidade nos remete à ideia de ver o outro como um outro-eu.

Todavia, a fraternidade é um conceito facilmente vinculado com a solidariedade e a hospitalidade. Isso ocorre porque falar em fraternidade implica o resgate de várias dimensões da vida que retornam hoje, exatamente porque a perspectiva da *codivisão* é a alternativa que temos para superar outras dificuldades atuais, como, por exemplo, o fim das delimitações geográficas e políticas do Estado-nação. Aqui, a fraternidade apresenta-se como um desafio cosmopolítico, revelando, assim, suas paradoxalidades. Mas não só isso: apresenta-se também como paradoxo, pois mostra, ao mesmo tempo, sua falácia e suas possibilidades. Por exemplo: ou os direitos são de fato inclusivos ou não existem. Agregado ao conceito de fraternidade, está o de hospitalidade, que segundo Daniel Innerarity, pode ser descrito da seguinte forma:

> La categoría de la hospitalidad puede servir para articular una teoría moral en virtud de su universalidad cultural y la riqueza de sus significados. Como categoría, permite interpretar la situación general del hombre en el mundo. La categoría de la hospitalidad recoge el empeño de hacerse interpretativamente con la rica extrañeza de la vida, de los otros, de la cultura en que vivimos, a veces demasiado opaca hasta rozar lo incomprensible u hostil, pero está en el origen de ese aprendizaje de lo nuevo, el contacto con lo distinto y la armonización de lo dispar en que nuestra vida consiste.[7]

Assim como a fraternidade, a hospitalidade diz respeito à vida em comum, como o sentido primeiro da vida dos seres humanos, esta vida permanentemente ligada a experiências éticas fundamentais que

6 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno.* Roma: Laterza, 2005, p.IX

7 "A categoria da hospitalidade pode servir para articular uma teoria moral em virtude da sua universalidade cultural e a riqueza de seus significados. Como categoria, permite interpretar a situação geral do homem no mundo. A categoria da hospitalidade recolhe o esforço de fazer-se interpretativamente com a rica estranheza da vida, dos outros, da cultura em que vivemos, às vezes muito opaca até beirar o incompreensível ou hostil, mas está na origem dessa aprendizagem do novo, o contato com o distinto e a harmonização do díspar em que nossa vida consiste". Tradução livre. INNERARITY, Daniel. Ética de *la hospitalidad.* Barcelona: Península, 2008. p.17.

permitem um novo espetáculo: o contato com o distinto, ou seja, o contato com o "outro" como um outro-eu. Innerarity vê na hospitalidade a possibilidade de defender a sociedade e não defender o indivíduo da sociedade, pois esta é o *locus* de uma identidade comum. Refere ainda o autor que somos hóspedes um do outro, o que significa que nossa vida em sociedade tem sentido se construirmos um direito num espaço político mais aberto, livre de obsessões de uma identidade que deve legitimá-lo, um direito inclusivo, pactuado.

No uso cotidiano, a palavra fraternidade tem diversas conotações: Campanha da Fraternidade, organizada pela Igreja Católica; fraternidade representando uma irmandade, um grupo de estudantes nas universidades; fraternidade como partícula do lema da Revolução Francesa (*Liberté, Egalité, Fraternité*). Na Metateoria do Direito Fraterno, Eligio Resta propõe uma nova forma de olhar a realidade, propõe ver nos limites também as possibilidades. Diante disso, devemos dar maior importância ao reconhecimento do "outro" e do "eu", como forma de integrar as diferenças na sociedade. O direito não deve ser visto e usado como mecanismo para afastar os indivíduos ou criar diferenças entre as culturas, mas sim como forma de integração.

O Direito Fraterno pode ser chamado de Metateoria, pois seria a teoria das teorias, ou seja, uma teoria que analisa outras teorias. Para Arnaud, uma Metateoria pode ser conceituada como:

> 1. A metateoria é um tipo de atividade que pesquisa (a pesquisa metateórica), os resultados dessa atividade (a 'metateoria') 2. Pesquisa que tem por objetivo específico as teorias científicas (elas próprias consideradas também sob o ponto de vista da atividade e do seu produto) e que tem, como resultado, a produção de uma 'teoria das teorias científicas' (distinção feita em relação a interpretação jurídica – Tarello – entre metateoria como atividade e metateoria como produto).[8]

Como afirma Eligio Resta, é necessário construir um mundo sem a preponderância de Estados e de vontades dos mais fortes, mas uma sociedade de mundo apta a, através da fraternidade, hospitalidade e solidariedade, construir um novo futuro. A fraternidade se apresenta como ponte de ligação entre os saberes, entre as novas formas de mediar; é a nova forma de sermos humanos e não apenas termos humanidade. Por isso, a fraternidade pode ser entendida como uma aposta que engloba também o conceito de solidariedade proposto por Stefano Rodotà:

> Parole che sembravano perdute tornano nel discorso pubblico, e gli imprimono nuova forza. <<Solidarietà>> è tra queste e, pur immerse nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il future.[9]

Assim como a fraternidade se apresenta de modo anacrônico, o mesmo ocorre com a solidariedade, a qual pode ser revisitada como sinal de não agressão entre os indivíduos. Aqui, mais aspectos importantes que podemos relacionar com a Metateoria do Direito Fraterno: é a não violência e a lei da amizade. Também com o conceito de solidariedade temos de resgatar o sentido paradoxal que historicamente apresenta:

> La crise << effettuale>> della solidarietà non esonera dall'obbligo di misurarsi con i temi che essa ha posto, divenuti socialmente più bruciante e che, proprio per questa ragione, esisgono una reflessione che tenga viva la consapevolezza della necessità di considerare la solidarietà come una categoria che può essere fattualmente negata, ma che tuttavia permane come riferimento forte, e obbligante, per un diverso agire politico e istituzionale.[10]

A partir da construção do Direito Fraterno como um aceno ao mundo sem fronteiras, Resta retoma a

8 ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.493.

9 "Palavra que parecia perdida retorna no discurso público e imprime nova força. "Solidariedade" está entre e, ao mesmo tempo, imersa no presente, não está esquecida no passado e impõe de contemplar o futuro". RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà Un'utopia necessaria* . Bari: Laterza, 2014. p.3.

10 "A crise "efetiva" da solidariedade não exonera da obrigação de enfrentar os temas que esta colocou, tornar-se socialmente mais evidente e, por essa mesma razão, exige uma reflexão que tenha presente a consciência da necessidade de considerar a solidariedade como uma categoria que pode ser fatualmente negada, mas que, todavia, permanece como referência forte e vinculante para um modo diverso de agir político e institucional". RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà Un'utopia necessaria*. Bari: Laterza, 2014. p.7.

ideia da lei da amizade[11] na vida dos sistemas sociais. A lei da amizade nas codificações modernas apresenta a contraposição do amigo/inimigo, pois, quanto mais a amizade perde seu caráter de "cimento" da sociedade, mais ela precisa ser prescrita pelas leis.[12] Exatamente nesse ponto é que Resta apresenta a diferença entre a *philia* do mundo antigo e a amizade dos sistemas sociais modernos: a primeira era o cimento da cidade, já a segunda não reitera o modelo comunitário, mas o separa, diferencia. Os paradoxos, então, estão ligados à amizade e Resta discorre sobre seu objetivo ao escolher a temática dos paradoxos, dentre tantas outras essenciais ao estudo da amizade.[13]

> Por que os paradoxos e não, por exemplo, outras tematizações importantes à essência da amizade? Porque quem estiver interessado, e não acredito ser o único, na beleza da amizade, deve possuir a máxima consciência da dimensão paradoxal que atravessa interna e externamente a vida de uma amizade.
>
> [...]
>
> Aqui, entre o interior e o exterior, ao longo da linha de uma fronteira frequentemente improvável entre vida pública e vida privada, se descobre uma das dimensões menos estranhas aos paradoxos, sobre a qual deter-se-ão estas breves reflexões.[14]

Vemos que os momentos de dificuldade em resgatar velhos pressupostos não ocorrem por acaso, pois estes implicam um desvelar contínuo de paradoxos, de limites e de possibilidades. A fraternidade, como menciona Eligio Resta, retorna anacronicamente com a ideia de construir pontes, de integrar culturas e criar laços de amizade. Dessa forma, podemos analisar como é realizado o acolhimento de refugiados através dos limites e possibilidades que o conceito de fraternidade apresenta, criando novos sentidos ao estudo do termo.

3 MIGRAÇÃO E FRATERNIDADE

> "La consapevolezza dela distanza tra essere uomini e avere umanità suggerisce al diritto fraterno um'antropologia dei doveri che corresponde, ala S. Weil, ala grammatica dei diritti."[15]

Dizer "fraternidade" significa enunciar formas normativas de regrar a vida, e é por isso que a fraternidade retorna na contemporaneidade, pois ela é a dimensão da vida que produz o sentido do participar em conjunto da vida em comum; uma vida que não apenas torna todos iguais e livres, mas uma vida *codividida*. Participar da vida em comum e em comunidade. Os fluxos migratórios significam isso.

O direito de migrar é um direito humano reconhecido no sistema global - artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e artigo 12 do Protocolo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - e nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte, observamos o artigo 8º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o artigo 22 da Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos.

Contudo, Resta[16] relata que a inimizade aparece em muitas leis de migração, prevalecendo o míope egoísmo que prolifera o dualismo amigo/inimigo. Ele nos mostra que, no interior dos Estados-nação, havia a diferenciação entre os nacionais e os estrangeiros, sendo estes últimos sempre considerados como os

---

11 A amizade aparece no mundo grego, através do conceito de *philia* de Herodoto, no século V a. C. Ainda, observa-se a amizade platônica e a amizade aristotélica. Depois desse período histórico, observa-se o surgimento da *amicitia* cristã, de vertente aristotélico-ciceroniana. No fim do século XII, a amizade cristã perde relevância. No século XVIII, a amizade encontra-se entre o público e o privado: entre rodas de amigos e tratados. No século XIX, o amor ganha espaço como fenômeno universal, tirando o foco da amizade. (ORTEGA, 2009b, p38-43)

12 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.19-20.

13 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.31-32.

14 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.20.

15 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2005, p.132.

16 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.15.

inimigos da nação.[17] Ainda hoje, observamos atitudes xenofóbicas, razão pela qual, mostra-se necessária a constate busca pela fraternidade na sociedade cosmopolita, a luta pela visão do outro como o outro-eu, da hospitalidade.[18]

A migração[19] é um processo de atravessar fronteiras. "É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos." [20]

Hardt e Negri[21] apontam a diferenciação entre as migrações europeias do passado e as atuais: enquanto aquelas procuravam um lugar "fora", ou seja, em espaços vazios, estas procuram lugares cheios, como as grandes metrópoles. Isso porque as migrações europeias tinham o intuito de colonização e formação de novas localidades. Os atuais migrantes buscam novas oportunidades de vida em cidades já estruturadas, que possam oportunizar emprego, educação e moradia.

Nesta pesquisa, trabalharemos especificamente com os refugiados, pessoas que migram forçadamente, ao contrário dos migrantes econômicos. Contudo, Köche alerta para o fato de que não é simples a distinção entre a migração espontânea (relacionada com os migrantes econômicos) e a migração forçada (relacionada com situações de refúgio):

> (...) não é apenas a perseguição e a violência física que levam as pessoas a deixarem seus lares. O termo "migração espontânea" esconde a gama de fatores que influenciam e determinam o fenômeno migratório, que certamente transcende a mera manifestação da *vontade singularizada* do migrante, maculando a crença da *espontaneidade* do fenômeno. Nas *migrações econômicas,* a violência simbólica operada pela desigualdade racial corrompe a *voluntariedade* da decisão de migrar, que jamais poderia ser entendida como *espontânea.* [22]

Conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em seu artigo 1º - A, nº 2, de 1951, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de 1967, entende-se por refugiado a pessoa que receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país.[23]

"O direito de migrar é inviolável, sendo que para isso, deveria se ter um 'direito' de receptividade sem preconceitos, sem julgamentos e sim uma relação fraterna e cordial com quem imigrou de outro país para um determinado país".[24] Este é o relato de Gilsanne Nthemba Pinheiro Mutuku, do Quênia, naturalizada no

---

17 "O código fraterno, código do nascimento, com efeito, vincula a uma obediência em troca de cidadania: por essa via é possível ser, em caso de transgressão ou de dissenso, no máximo criminoso, mas nunca "inimigo". A comunidade política (e o Estado-nação deu sua contribuição) pressupõe a amizade política no interior e exporta a inimizade ao exterior". RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.35.

18 Resta parte da fraternidade escondida nas masmorras da Revolução Francesa para iniciar as reflexões da Metateoria do Direito Fraterno na década de 80, dispondo que a fraternidade se relacionava com os princípios de um direito internacional, que pressupunha uma comunidade política fundada no Estado nacional.

19 Steiner e Uribe relatam o direito de circulação e residência, informando que este é paradoxalmente simples e complexo. Simples porque diz respeito ao direito de qualquer ser humano locomover-se no país em que vive, bem como residir onde quiser. Torna-se complexo no momento em que observamos que o mundo é dividido em Estados nacionais que outorgam direitos e deveres diferentes a nacionais e estrangeiros. STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos:* Comentario. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p.533. Disponível em: <http://www.mdpi.com/1996-1073/2/3/556/>. Acesso em 12 ago. 2017.

20 OIM. *Glossário sobre migrações*, n.22. Genebra: OIM, 2009, p.40.

21 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005, p.180.

22 KÖCKE, Rafael. Migrações e (de) igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: Morais, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderso Vichinkeski. *Direito dos migrantes.* São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2015, p.29.

23 Jubilut apresenta que os refugiados começam a aparecer de forma sistemática no século XV, embora haja notícia de sua existência desde a Antiguidade. JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007, p.23.

24 Relato retirado do livro GAIRE (Org.). *Múltiplos olhares*: migração e refúgio a partir da extensão universitária. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016.

Brasil, que traduz de forma simples a busca pela fraternidade na sociedade cosmopolita, a luta pela visão do outro como o outro-eu, da divisão entre irmãos e não amigos, da hospitalidade. O direito deve ser animado e vivo, deve ser criado como forma de integração, não como forma de afastar os indivíduos.

Jubilut[25] entende a fase atual dos refugiados, após guerra fria e com advento da globalização, como uma fase de contradições permanentes, que pode ser dividida em dois grupos: o primeiro é pelo fato de que existem duas forças, uma que separa Estados através das guerras nacionalistas e outra que une os Estados em busca de fortalecimento e ações conjuntas; o segundo está ligado aos aspectos econômicos que fundam a globalização, criando fluxos de pessoas que procuram deixar seus países em busca de melhores condições econômicas para viver e, ao mesmo tempo, o receio dos Estados em receber estas pessoas em sua economia doméstica.[26]

Quanto às forças paradoxais relatadas acima por Jubilut, interessante observar a analogia que Resta faz da sociedade cosmopolita, em que, ao mesmo tempo em que nos juntamos, também nos distanciamos, como no processo de formação dos cristais:

> O que ocorre nesse caso é análogo ao fenômeno da formação dos cristais, onde há atração e coesão de partículas isoladas que se fundem; permanecem separadas do resto, mas unidas no interior com novas solidariedades, porém também com novas solidões. Unem-se e separam-se ao mesmo tempo.[27]

O que Jubilut mostrou em sua pesquisa é muito retratado por Resta quando estuda o direito fraterno. "(...) somos amigos porque existem inimigos, somos amigos porque não somos estranhos, somos amigos porque nos escolhemos para nos contrapormos a outras formas de relações impostas ou involuntárias".[28] Na sociedade cosmopolita o que vemos, então, é exatamente este paradoxo, pois ao mesmo tempo em que construímos pontes, unindo forças para combater as diferenças entre as nações, também construímos muros quando nossos interesses estão ameaçados, dificultando o surgimento do código fraterno, revelando os limites e as possibilidades da fraternidade.

4 O ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS EM PORTO ALEGRE E OS PRESSUPOSTOS DA META-TEORIA DO DIREITO FRATERNO

> "Vale per la fraternità quello che si è detto per l'uguaglianza: uma volta fato ingresso nella storia dificilmente ne sarebbe uscita."[29]

Os fluxos migratórios sempre existiram, contudo, no século XXI, são constantes e intensos e, em sua grande maioria, em decorrência de situações de violência e de calamidades.[30] Os refugiados aparecem na história desde o século XV, todavia, a proteção institucionalizada deles somente se dá no século XX, sendo que o evento que mais causou pessoas refugiadas foi a Segunda Guerra Mundial (40,5 milhões de refugiados). Ocorre que as autoridades internacionais, ao longo do século XX, trataram os fluxos de refugiados como um evento pontual, que teria um fim.[31]

---

25 JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007, p.29-30.

26 Mas se trata sempre de uma contabilidade que estabelece um "dentro" e um "fora", uma inclusão e uma exclusão, e que, portanto, deixa esvair a possibilidade do universalismo que cada comunidade carrega consigo. E será esta a temática da amizade que se manifesta no mundo das relações internacionais. RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.25.

27 RESTA, Eligio. *O direito fraterno***.** Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.29.

28 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.25.

29 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno***.** Roma: Laterza, 2005, p.v.

30 "No século XXI, a leitura da crise envolvendo as migrações só pode ser feita quando debruçada sobre a relação que o fenômeno migratório dessa natureza tem com a desigualdade e a pobreza." KÖCKE, Rafael. Migrações e (de) igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: Morais, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderso Vichinkeski. *Direito dos migrantes***.** São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2015, p.29.

31 JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo:

Este evento, que era para ser pontual, contudo, transformou-se numa das grandes crises da atualidade. Dados do UNHCR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados/ACNUR, em português - mostram que no primeiro semestre de 2016, 3,2 milhões de pessoas foram forçadas a abandonar seus lares, número que engloba 1,5 milhão de refugiados ou solicitantes de refúgio.[32] No Brasil, 9.552 pessoas já tiveram a condição de refugiado reconhecida. Deste número, 713 pessoas chegaram ao nosso país através dos programas de reassentamento e 317 pessoas receberam o reconhecimento estendido por condição de refugiado de algum familiar. Ainda, observamos que, em decorrência da guerra na Síria, 3.772 pessoas pediram refúgio no Brasil e por conta dos conflitos na Venezuela, 3.375 pessoas solicitaram refúgio.[33]

Segundo Jubilut[34] o acolhimento de refugiados abarca três programas: a) proteção; b) assistência e c) integração; e o Brasil já vem participando destes programas de acolhimento de refugiados desde a década de 1970. Em âmbito nacional, há a Lei nº 9.474 de 1997 que regula a proteção dos refugiados. O ACNUR celebrou um acordo com o Brasil em 1977, estabelecendo no Rio de Janeiro seu escritório *ad hoc,* principalmente realizando o trabalho de reassentamento dos refugiados em solo brasileiro. Durante este período, em meio à ditadura militar, muitos latino-americanos foram reassentados em países da Europa e da América do Norte.[35]

Em Porto Alegre, pela Lei nº 8.593, de 1º de setembro de 2000, o município foi autorizado a realizar convênios para o recebimento de refugiados, ficando a Secretaria Municipal de Direitos Humanos como responsável. O Decreto nº 13.717, de 08 de maio de 2002, regulamentava esta lei e foi elaborado quando da chegada de refugiados afegãos no início dos anos 2000. Diante de pedidos das organizações da sociedade civil que trabalham com a questão dos refugiados e que observavam a ausência de implementação de projetos de auxílio, entrou em vigor o Decreto nº 18.815, de 10 de outubro de 2014, que instituiu o Comitê Municipal de Atenção aos Imigrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas no Município de Porto Alegre – COMIRAT e revogou o Decreto nº 13.717, de 8 de maio de 2002.

Essas práticas de atuação em rede auxiliam na elaboração de políticas e práticas adequadas para a efetivação dos direitos humanos dos refugiados que chegam a Porto Alegre. Ainda, apresentam a característica do *pressuposto número um* da Metateoria, pois o Direito Fraterno é um direito jurado em conjunto, opostamente ao direito de guerra, em que se encontram partes opostas. Também, apresenta a ideia de tarefa compartilhada, de *comunitas,* relatada no *pressuposto número dois*.[36]

Atualmente, está em prática em Porto Alegre, o Programa Brasileiro de Reassentamento Solidário, resultante de um acordo, em 2003, da Associação Antônio Vieira[37] com o ACNUR.[38] Os Programas de Reassentamento surgem da necessidade de um novo lar a refugiados que não conseguem proteção no país em que buscaram o refúgio, ou seja, há o reassentamento em um terceiro país. Busca-se, nos termos de Resta, estabelecer o código fraterno: "O sentido de identificação prontamente radica-se em um sentido de pertença, e essa, sabemos, é a ocasião de inclusões e exclusões, de solidariedade e de hostilidade, de amizades e de inimizades." [39]

Método, 2007, p.23-25.

32 UNHCR. *Mid-year trends 2016.* Genebra: UNHCR, 2017, p.3. Disponível em: <www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/58aa8f247/mid-year-trends-june-2016.html>. Acesso em 03 out. 2017.

33 CONARE. *Refúgio em números 2010-2016.* Brasília: Secretaria da Justiça, 2017, p.3. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>. Acesso em 03 out. 2017.

34 JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007, p.32-33.

35 JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007, p.171-172.

36 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p. 133-134.

37 Agradecemos à Associação Antônio Vieira, em especial a sra. Karin Kaid Wapechowski, Coordenadora do Programa Brasileiro de Reassentamento Solidário, pela disponibilização de materiais e informações que auxiliaram na elaboração deste capítulo da pesquisa.

38 Para mais informações sobre o Programa, acessar a página da Associação Antônio Vieira, disponível em: http://www.asav.org.br/programa-brasileiro-de-reassentamento-solidario/.

39 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.45.

Os refugiados reassentados são acompanhados durante um ano pela Associação Antônio Vieira. Eles recebem uma casa alugada, auxílio na obtenção da documentação, encaminhamento a empregos para os adultos e a escolas para as crianças, tudo com verbas do ACNUR. Quanto ao direito à saúde, há o acesso ao SUS, como de qualquer nacional brasileiro. Ainda, a Associação realiza o encaminhamento dos refugiados reassentados ao Posto de Saúde do Hospital Conceição, em Porto Alegre, pois é um local em que alguns médicos são estrangeiros ou entendem outros idiomas, ponto essencial para as consultas médicas destas pessoas.[40]

O reassentamento de refugiados é uma das soluções duradouras criada pelas Nações Unidas ao se observar que a situação dos refugiados não era algo pontual na história da humanidade. Na prática, o reassentamento de uma pessoa ou uma família refugiada é uma ação complexa, porque se busca uma comunidade aberta ao recebimento e acolhimento dessas pessoas, para que elas possam desenvolver os laços perdidos com a trajetória do refúgio. Identificamos, então, características do *pressuposto número três*, em que Resta apresenta a humanidade como um lugar comum, devendo-se deixar de lado as diferenças referentes à cidadania. Da mesma forma, o *pressuposto número quatro* traz a ideia de responsabilidade e tolerância, já que somente na humanidade é que podemos tutelar direitos humanos.[41]

O auxílio aos refugiados, e outros migrantes, que chegam à cidade de Porto Alegre fora do programa de reassentamento é feito, na maioria das vezes, por instituições religiosas, como o CIBAI Migrações, da Igreja Católica.[42] Neste local, os refugiados recebem auxílio com a documentação de permanência, atendimento emergencial, através da distribuição de cestas-básicas e podem realizar consultas jurídicas. Além disso, quanto ao acesso à saúde, eles têm atendimento psicológico e também são encaminhados aos postos de saúde quando precisam de atendimento médico. Em geral, o CIBAI tem retorno positivo dos atendimentos.[43] O *pressuposto de número cinco* apresenta essa ideia de destituir o jogo amigo/inimigo, de necessidade de um código de amizade, de ajuda mútua.[44]

Observamos que grande parte dos projetos de acolhimento dos refugiados em Porto Alegre é feito pela sociedade civil, com apoio de voluntários e, no caso do Programa de Reassentamento, com o apoio do ACNUR. A prefeitura de Porto Alegre tem trabalhado no sentido de criar redes de apoio para as demandas que chegam à cidade. Assim, trabalha-se lado a lado, como o disposto no *pressuposto número seis*, e também se inclui qualquer parte interessada em colaborar com o efetivo acolhimento dos refugiados, nos termos do *pressuposto de número sete*, que mostra o Direito Fraterno como inclusivo.[45]

Diante disso, evidente que ainda há muito a ser feito para que o acolhimento dos refugiados na cidade de Porto Alegre efetive cada vez mais os direitos humanos destas pessoas, contudo, os projetos que estão em andamento já representam a fraternidade e a hospitalidade relatadas por Resta em sua Metateoria do Direito Fraterno. Como podemos observar da leitura do *pressuposto de número oito*, a fraternidade é uma aposta na diferença, o código fraterno deve ser uma forma de aproximação entre as pessoas.[46] A diferença é feita em conjunto, na sociedade, como tem ocorrido com o trabalho em rede das organizações em Porto Alegre.

As expectativas, que ao mesmo tempo em que apresentam limites, também criam novas possibilidades, residem em implementar novas parcerias com a prefeitura de Porto Alegre e envolver cada vez mais a sociedade nas práticas de acolhimento de refugiados, pois, como exposto nas bases do Direito Fraterno, somente por sermos humanos é que podemos tutelar os direitos humanos.

---

40 WAPECHOWSKI, Karin Kaid. Faltam políticas públicas para refugiados, diz coordenadora de programa de acolhimento no RS. *Sul21,* Porto Alegre, 2 ago. 2014. Entrevista concedida a Nicolas Pasinato. Disponível em: < https://www.sul21.com.br/jornal/faltam-politicas-publicas-para-refugiados-diz-coordenadora-de-programa-de-acolhimento-no-rs/>. Acesso em 03 out. 2017.

41 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.134.

42 Agradecemos o CIBAI Migrações pela disponibilização de materiais e informações que auxiliaram na elaboração deste capítulo da pesquisa. Para mais informações, acessar a página disponível em: <https://missaopompeia.com/sobre/cibai/>. Acesso em 14 out 2017.

43 CIBAI . *CIBAI Migrações.* [2017?]. Disponível em: < https://missaopompeia.com/sobre/cibai/>. Acesso em 16 out. 2017.

44 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.134.

45 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.135.

46 RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004, p.135.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

> "Nel caso in cui, al contrario, non fosse esistito, quello che si è spesso avrebbe avuto um piccolo costo rispetto a quello que si sarebbe potuto guadagnare: conviene, dunque, scommettere sulla fraternità."[47]

Nesta pesquisa, objetivamos estudar o lugar da fraternidade no acolhimento dos refugiados que chegam à cidade de Porto Alegre, por meio das aproximações entre os pressupostos da Metateoria do Direito Fraterno e as práticas existentes na cidade. Como já exposto, os fluxos migratórios sempre existiram na história da humanidade, contudo, atualmente, são motivados por fatores externos, como no caso dos refugiados. Neste artigo, realizamos somente pesquisas bibliográficas visando, no futuro, o desenvolvimento de pesquisa de campo para observar a efetividade dos direitos humanos dos refugiados nas políticas de acolhimento.

O Direito Fraterno, referencial teórico utilizado, mostrou-nos que é lugar de autorresponsabilização, desde que liberado da rivalidade do modelo "irmãos inimigos", de fraternidade como descontinuidade descontínua. Direito vivo e fraternidade são modelos não vencedores, mas possíveis; são uma aposta, a diferença do direito em relação ao mundo que pretendia regrar. O Direito Fraterno vive de expectativas e não de arrogâncias normativas; a fraternidade recoloca a questão da comunhão de pactos entre sujeitos concretos com suas histórias e suas diferenças.

Desse modo, mostra-se importante para esse estudo retomar alguns "entretenimentos" esquecidos, como a fraternidade, que nunca foi tão esquecida. No caso deste estudo, observamos que os projetos de acolhimento de refugiados em Porto Alegre são realizados pela prefeitura em conjunto com as associações da sociedade civil que, conseguiram com apoio mútuo, de voluntários e das Nações Unidas, montar uma rede de ajuda a estas pessoas que chegam, na maioria das vezes, sem nada e sem esperanças. Ainda há muitos projetos a serem desenvolvidos, talvez tentando integrar de forma completa o poder público e as diversas organizações que auxiliam os refugiados. Todavia, podemos ver que já há um engajamento importante acontecendo, o que evita que estas pessoas fiquem à margem da sociedade.

Ao apostar na fraternidade, podemos reconhecer as práticas de não-fraternidade, buscando o melhor desenvolvimento da vida humana. Ao mesmo tempo, a solidariedade e a hospitalidade estão ao lado da fraternidade para tentar modificar este mundo, expandir as ideias além dos muros das sociedades fechadas, apostar em conexões e trocar de informações entre as pessoas. A Metateoria do Direito Fraterno propõe uma nova forma de olhar a realidade, propõe ver nos limites também as possibilidades. Dessa forma, através das ideias do direito vivo, da fraternidade, da hospitalidade e da solidariedade identificamos antigos/novos modelos, não vencedores, mas possíveis. Identificamos uma aposta, a diferença do direito em relação ao mundo que pretendia regrar.

Através do trabalho em rede, muitos direitos humanos são efetivados para estas pessoas: assistência judiciária, psicológica, atendimento médico, programa de reassentamento, auxílio emergencial com entrega de cesta-básica. Observa-se que essas práticas vão ao encontro dos oito pressupostos da Metateoria do Direito Fraterno, pois pretender incluir o outro na comunidade, vendo cada um como pertencente à humanidade e não a uma determinada cidadania. Diante disso, enxergar o outro como o outro-eu, conforme dispõe Eligio Resta, é a forma de efetivar a fraternidade e a hospitalidade na humanidade, pois somente nós, humanos, podemos transformar o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.493.

CIBAI . *CIBAI Migrações***.** [2017?]. Disponível em: < https://missaopompeia.com/sobre/cibai/>. Acesso em 16 out. 2017.

47 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno.* Roma: Laterza, 2005, p.134.

CONARE. *Refúgio em números 2010-2016***.** Brasília: Secretaria da Justiça, 2017. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>. Acesso em 03 out. 2017.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007.

KÖCKE, Rafael. Migrações e (de) igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: Morais, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderso Vichinkeski. *Direito dos migrantes.* São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2015.

INNERARITY, Daniel. Ética de *la hospitalidad.* Barcelona: Península, 2008.

OIM. *Glossário sobre migrações*, n.22. Genebra: OIM, 2009.

PORTO ALEGRE. Lei nº 8.593, de 1º de setembro de 2000 . Disponível em: <http://siteantigo.camarapoa.rs.gov.br/biblioteca/integrais/Lei_8593.htm>. Aceso em 03 out. 2017.

_____. Decreto nº 18.815 de 10 de outubro de 2014. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smdh/usu_doc/decreto__comite_de_atencao_aos_imigrantes,_refugiados,_apatridas_e_vitimas_do_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em 03 out 2017.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2004.

_____. *Il diritto fraterno.* Roma: Laterza, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà Un'utopia necessaria* . Bari: Laterza, 2014.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos:* Comentario. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.mdpi.com/1996-1073/2/3/556/>. Acesso em 12 ago. 2017.

UNHCR. *Mid-year trends 2016.* Genebra: UNHCR, 2017. Disponível em: <www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/58aa8f247/mid-year-trends-june-2016.html>. Acesso em 03 out. 2017.

WAPECHOWSKI, Karin Kaid. Faltam políticas públicas para refugiados, diz coordenadora de programa de acolhimento no RS. *Sul21,* Porto Alegre, 2 ago. 2014. Entrevista concedida a Nicolas Pasinato. Disponível em: < https://www.sul21.com.br/jornal/faltam-politicas-publicas-para-refugiados-diz-coordenadora-de-programa-de-acolhimento-no-rs/>. Acesso em 03 out. 2017.

A DIMENSÃO RECÍPROCA DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Lucieli Breda[1]

Maíra Brecht Lanner[2]

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a importância da informação nas relações de trabalho, bem como a importância de que a informação seja recíproca entre os atores desta relação, tendo como base o Princípio da Fraternidade. Para isto, parte-se do estudo da presença e relevância da informação nas relações de trabalho, ingressando-se posteriormente na análise da fraternidade enquanto princípio jurídico e, portanto, passível de ser aplicado ou vivenciado nas relações trabalhistas e, por fim, examina-se a importância da informação recíproca entre trabalhador e empregador, como forma de exteriorização do Princípio da Fraternidade.

Palavras-chave: Informação. Trabalho. Reciprocidade. Fraternidade.

1 INTRODUÇÃO

Em um momento que muito se especula acerca dos efeitos, favoráveis ou não, da Reforma Trabalhista[3] para os contratos de trabalho, tanto vigentes quanto novos, bem como para o Direito do Trabalho como um todo, ainda mais importante se tornam os estudos propedêuticos, voltados para as questões basilares e intrínsecas desta área do Direito. Dada a relevância do Direito do Trabalho para a manutenção e melhora das condições sociais, as temáticas principiológicas e de formação e manutenção das relações trabalhistas devem ser analisadas.

Sem pretensão de esgotar o tema, mas com o compromisso de olhar mais profundamente para o assunto, este artigo se propõe a analisar a importância da informação nas relações de trabalho frente a um caráter de reciprocidade e fraternidade neste vínculo. O estudo parte do exame da existência da informação nas relações de trabalho, de modo a verificar qual a importância da informação neste liame relacional, e o quanto a informação pode interferir para melhorar ou piorar este vínculo entre trabalhador e empregador.

Posteriormente, passa-se à análise da fraternidade *se* e *enquanto* princípio jurídico. Pretende-se demonstrar que o Princípio da Fraternidade pode vir a ser aplicado ou vivenciado nas relações trabalhistas como forma de auxiliar nestas relações comumente desarmônicas. Por fim, analisada a *informação* e a *fraternidade* isoladamente, examina-se a importância da primeira na relação entre trabalhador e empregador de maneira recíproca, como uma correspondência mútua, um direito e também uma obrigação bilateral, decorrentes do Princípio da Fraternidade.

2 A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Uma pesquisa rápida na *internet* acerca do termo *informação* retorna 79,1 milhões de resultados em 0,44 segundos[4], com pelo menos onze significados distintos apontados pelo dicionário da ferramenta de buscas Google[5]. Dentre tantos significados, destaca-se um ponto de convergência: transmitir uma ideia

1 Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul sob orientação da Profa. Dra. Luciane Cardoso Barzotto. E-mail: lucielibreda@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul sob orientação da Profa. Dra. Luciane Cardoso Barzotto. E-mail: maira_lanner@hotmail.com.

3 Expressão que se refere à Lei 13.467 de 2017, que alterou artigos da Consolidação das Leis do Trabalho.

4 Pesquisa realizada utilizando a palavra "informação" no campo de busca da ferramenta Google no dia 10 de maio 2018.

5 O termo informação apresenta 11 significados, de acordo com o dicionário da ferramenta Google: (1) ato ou efeito

sobre algo a alguém. Na esfera do Direito do Trabalho, transmitir uma ideia sobre algo a alguém tem especial relevância quando esse *algo* se refere ao contrato de trabalho e o *alguém* é um dos sujeitos da relação laboral (trabalhador e empregador).

Ora, o contrato de trabalho é incontroversamente relacional (BARZOTTO, 2015), ou seja, para que se caracterize é imprescindível a relação entre dois sujeitos: trabalhador[6] e empregador. É certo que um destes sujeitos necessariamente é uma pessoa física (MARTINEZ, 2011, p. 116) e, se de outro lado, não é imperiosa a presença de uma pessoa física, haverá de alguma maneira, ao menos como representante deste sujeito, uma pessoa física[7]. Diferentemente de contratos obrigacionais, em que as condutas são devidas por pessoas consideradas como *sujeitos de direito*, nos contratos laborais a atividade é devida por pessoas consideradas como *seres humanos*. Logo, o devedor de qualquer relação obrigacional pode ser uma pessoa coletiva, enquanto o trabalhador só pode ser pessoa singular (APOSTOLIDES, 2008, p. 178).

Partindo-se dessas premissas, a imperiosa interação entre os sujeitos da relação de trabalho deve estar, ou pelo menos deveria estar pautada no agir com boa-fé de maneira geral, em todos os momentos, ou seja, na fase pré-contratual, durante o contrato e mesmo quando encerrada a relação. Assim, a boa-fé deve ser, ou deveria ser considerada como um princípio geral a ser seguido em todas as situações (MARTINS-COSTA, 2000, p. 155-168), principalmente nas relações de trabalho.

Desta forma, o ato de informar, de forma clara e verdadeira, deveria permear o diálogo entre o trabalhador e o empregador, de modo a evitar conjecturas, abstrações e atritos desnecessários e desgastantes. É o que dispõe o artigo 422 do Código Civil: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.". Importante destacar que o Constituinte de 1988 preocupou-se também com a questão da informação, deixando expresso no inciso XIV do artigo 5º, entre o seleto rol de direitos fundamentais, que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Para Maria Beatriz Ribeiro Dias, o direito à informação previsto no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal, à luz do princípio da boa-fé contratual, produz seus efeitos tanto na formação e manutenção de uma relação contratual de confiança, quanto na celebração de um contrato transparente, sem abuso de qualquer das partes contratantes, garantindo a formação e manutenção de um contrato equilibrado (RIBEIRO DIAS, 2012, p. 86). Esta produção de efeitos se encaixa perfeitamente nos contratos de trabalho, em que a confiança e transparência são essenciais, ou pelo menos deveriam ser.

Neste sentido, Alan Supiot destaca que o Direito contemporâneo está fundado em três pilares, quais sejam, a promoção da informação, do procedimento e da negociação, sendo que em relação ao primeiro, ressalta o aumento das obrigações de informação e de transparência, modificando a concepção tradicional de inúmeros vínculos sociais (SUPIOT apud RIBEIRO DIAS, 2012, p. 83/84). Desta forma, para Maria Beatriz Ribeiro Dias, a presença da informação no contrato de trabalho é decorrência de expressa previsão constitucional, reafirmada nos princípios da função social da propriedade e do contrato, e da boa-fé contratual, elevando-a à categoria de direito fundamental do trabalho (RIBEIRO DIAS, 2012, p. 86).

---

de informar(-se); informe. (2) notícia, conhecimento, ciência. (3) conjunto de conhecimentos reunidos sobre determinado assunto ou pessoa. (4) fato de interesse geral a que se dá publicidade. (5) *comn* quantidade numérica que mede a incerteza do resultado de um experimento a realizar-se; medida quantitativa do conteúdo da informação. (6) *inf* mensagem suscetível de ser tratada pelos meios informáticos; conteúdo dessa mensagem. (7) *inf* produto do processamento de dados. (8) *mil B* conjunto de informes (documentos ou observações) já analisados, integrados e interpretados, que habilita um comandante a tomar decisões seguras relativas a uma linha de ação e à conduta da manobra (mais us. no pl.). (9) *dir.fal* fase inicial do processo falimentar onde são apurados os bens, os direitos e as obrigações do falido. (10) *dir.adm* ato pelo qual órgão da administração pública faz esclarecimentos sobre o processo administrativo. (11) *gar* sinal de possível existência de diamantes nas adjacências, dado pela presença de satélites ('minerais'). Disponível em: <https://www.google.com.br/search?safe=active&ei=hI_0Wsm_IoO2wAT9i7_gDw&q=informa%C3%A7%C3%A3o&oq=informa%C3%A7%C3%A3o&gs_l=psy-ab.12...0.0.0.146245.0.0.0.0.0.0.0.0..0.0....0...1..64.psy-ab..0.0.0....0.sFlVZPVaVaM>. Acesso em: 10 maio 2018.

6 Emprega-se o termo *trabalhador*, e não apenas *empregado*, de forma a abranger o maior número de possibilidades de relações de trabalho em sentido amplo, de modo a não restringir o estudo a apenas relações formalizadas.

7 É o exemplo do disposto no artigo 483 da CLT, que trata da rescisão indireta: "praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama", ou "o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem".

Verifica-se, ainda, que além de um direito, a informação também pode ser considerada um dever ou até mesmo um princípio autônomo de Direito do Trabalho, dependendo da situação que é posta. Para Ana Paula Pavelski, há o dever de informação, que se iguala ao dever de esclarecimento, como segue:

> A importante correlação que se pode aventurar nesse assunto é quanto à existência de igualdade entre as partes. Significativamente, estar muito e mais bem informado sobre todas as condições, implicações, finalidades de um contrato é estar em maior igualdade com a outra parte, ou estar dela separado por um abismo. No caso de contrato de emprego, sabe-se da hipossuficiência do trabalhador. Os deveres de informação e esclarecimento são imperiosos, a fim de que se possa tratar da boa-fé como um certo equilíbrio. (PAVELSKI, 2017, p. 28)

A boa-fé serve de veículo para a aplicação dos direitos fundamentais de trabalhador e empregador, tanto na fase pré-contratual quanto durante a execução do contrato. O trabalhador tem mais dificuldade de obter as informações, mas o mesmo não se aplica ao empregador, que deve exercer sua autonomia privada (auto-informação) para garantir a adequação do contrato à satisfação dos seus interesses. Logo, o trabalhador não tem o dever de informar espontaneamente, com exceção dos requisitos mínimos e circunstâncias impeditivas do exercício da atividade, por exemplo a inscrição em conselho profissional (APOSTOLIDES, 2008, p.218). Para a autora, o fundamento jurídico dessa regra se justifica pela relevância de tais aspectos para a prestação da atividade laboral e por tais circunstâncias dizerem respeito a interesses legítimos do empregador (APOSTOLIDES, 2008, p.221). No mesmo sentido é o pensamento de Pavelski:

> Na fase de formação de um contrato, especialmente aqui o de emprego, as informações sob todos os aspectos a ele inerentes – partes, prestações, objeto, duração, horários, locais, condições – são imprescindíveis, para que o vínculo constituído surta os efeitos esperados pelos contratantes. Durante a execução, as partes, igualmente, devem manter-se informadas, de maneira a cooperar com a finalidade a que se propuseram. A ausência de informações ou, por outro lado, sua deficiência, pode acarretar consequências em outros deveres funcionais, como o sigilo, a lealdade e até mesmo a proteção.
>
> [...]
>
> Ademais, as informações devem ser claras, completas, de modo que possibilitem uma exata compreensão pelo seu destinatário e até mesmo uma interpretação unânime pelas partes. (PAVELSKI, 2017, p. 29 e 31)

Segala converge com o postulado por Pavelski e Apostolides ao afirmar que o dever de informação, ao lado do dever de aviso, é uma obrigação mútua das partes em relação a todos os aspectos atinentes ao vínculo. Todas as ocorrências que tenham relação com o vínculo laboral e todos os efeitos que possam advir da execução contratual devem ser informados. Segala ainda acrescenta que o dever de informação atinge os dados necessários e adequados para a realização do contrato, devendo haver cautela com relação a dados de ordem pessoal, sob pena de violação à privacidade e aos direitos de personalidade, tornando a prática abusiva (SEGALA, 2017). Similar é a explanação de Apostolides, para quem os interesses do empregador são legítimos quando possam ser atendíveis de acordo com a ordem jurídica encarada na sua globalidade, ou seja, mesmo que respeitem a legalidade e não se oponham à ordem pública ou costumes, os interesses do empregador podem ser considerados ilegítimos se comprometerem o sistema jurídico laboral (APOSTOLIDES, 2008, p.231).

Destacando que o dever de informação instrumentaliza a relação obrigacional desde a sua origem até o seu encerramento, Leonardo de Medeiros Garcia classifica esta face da informação como um dever anexo, o qual nasceria de uma necessidade real, um déficit de informações. Porém, em seguida, o mesmo autor enfatiza que nas relações de consumo este dever se torna princípio, em razão da vulnerabilidade do consumidor, devendo o fornecedor dar a máxima informação possível sobre os dados e riscos do produto ou serviço, ressaltando ainda o quanto segue:

> A relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou o serviço a ser prestado. Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pré-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos. Assim, o princípio da informação, reflexo

> do princípio da transparência, acarreta o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou serviço, assim como, também, de esclarecer sobre o conteúdo do contrato que será estipulado, sob pena de ser passível de responder pela falha na informação. (GARCIA, 2017, p. 14)

Neste mesmo enquadramento, ou seja, a informação enquanto princípio, poder-se-ia citar outros tantos artigos e pesquisas em matéria de Direito do Consumidor, notoriamente diante do teor dos artigos 6º, inciso III, artigo 8º, artigo 9º e artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor e, como destacou Garcia, com fundamento na vulnerabilidade do consumidor. No entanto, não se verificam, salvo melhor juízo, estudos ou artigos acerca da informação enquanto princípio para o Direito do Trabalho.

Ora, não seria o trabalhador frente ao empregador tão ou mais vulnerável que o consumidor frente ao fornecedor? Mas este é tema para outro estudo. Por hora, o que importa para o presente estudo é que, independentemente do enquadramento que se dê à informação em matéria de Direito do Trabalho, o fato é que a relevância da informação nas relações de trabalho é constatada seja na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho de trabalho, ou na fase pós-contratual.

Sobre a importância da informação na fase pré-contratual, insta destacar a obra decorrente da Dissertação de Mestrado de Sara Costa Apostolides, apresentada na Faculdade de Direito na Universidade de Lisboa em novembro de 2005, na qual a autora dedica mais de trezentas páginas ao estudo da informação enquanto dever de ambas as partes da relação de trabalho, com recorte de estudo na fase pré-contratual, de onde se extrai parte da sua conclusão para elucidar a questão:

> O dever de informação na formação do contrato de trabalho coloca, como em qualquer contrato, um problema de justa distribuição da informação relevante para a formação da vontade contratual das partes, assumindo nessa medida forte relevância para a verificação dos pressupostos de que depende o correcto funcionamento da mecânica contratual, nomeadamente a liberdade e a igualdade. O dever pré-contratual de informação tem uma dupla funcionalidade. De um modo geral, o dever pré-contratual de informação pugna pela correcção da conduta das partes, como forma de fomentar a confiança dos sujeitos privados nos mecanismos ao seu dispor no comércio jurídico. Mas, num plano mais particular, do relacionar específico entre sujeitos no âmbito das negociações de um contrato, a confiança não é suficiente para explicar o caráter impositivo da boa-fé, nomeadamente ao nível do dever de informação. O dever de informação não depende da específica relação de confiança que eventualmente se estabeleça entre as partes com a abertura das negociações. No plano das negociações de um contrato, o dever pré-contratual de informação tem outra função que é a de contribuir para que no momento da formação da vontade contratual e da emissão da declaração negocial as partes disponham das informações que lhes permitam exercer efectiva e materialmente a autonomia privada. (APOSTOLIDES, 2008, p. 305)

Como exemplo do debate que envolve a informação e seus reflexos no contrato de trabalho, traz-se à colação trecho do acórdão proferido nos autos do processo 0020292-23.2015.5.04.0752 de 24 de março de 2017, no qual se negou provimento ao recurso ordinário da parte autora e manteve-se a sentença quanto à ausência de nexo ocupacional entre a doença alegada e o labor na empresa, conforme razão de decidir que segue:

> Para observância e concretização das normas de segurança, incumbe ao empregador disseminar a informação aos seus empregados, assim como propiciar o seu treinamento. Sebastião, na obra (São Paulo, Geraldo de Oliveira Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador LTr, 2002, p. 136-137), indica:
>
> "As três principais convenções da OIT que tratam da saúde do trabalhador, todas ratificadas pelo Brasil, trazem normas a respeito do direito à informação. Prevê a Convenção n. 148 que 'os trabalhadores ou seus representantes terão direito a apresentar propostas, receber informações e orientação, e a recorrer a instâncias apropriadas, a fim de assegurar a proteção contra riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho (art. 7º.2). Para enfatizar o direito, repete no art. 13 que 'todas as pessoas interessadas deverão ser apropriada e suficientemente informadas sobre os riscos profissionais que possam originar-se no local de trabalho devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações e receber instruções suficientes e apropriadas quanto aos meios disponíveis para prevenir e limitar tais riscos, e proteger-se dos mesmos".
> Na legislação pátria, são destacados o artigo 19, § 3º, da Lei 8.213/91 e os artigos 182, III e 197, am-

> bos da CLT, os quais repisam a importância de repasse de informações pormenorizadas dos riscos e dos produtos manipulados à saúde do trabalhador. Transcrevem-se os referidos dispositivos legais: Art. 19, § 3º. É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2017-A)

No mesmo sentido, porém abordando a informação enquanto um dever decorrente do princípio da boa-fé objetiva, cita-se trecho do acórdão do processo 0020199-43.2016.5.04.0811 em que se manifesta o relator:

> Com efeito, tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam aí os princípios da proteção da boa-fé objetiva - criando deveres de cooperação, informação e lealdade - e, fundamentalmente, da confiança - vinculando as partes à não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta.
>
> [...]
>
> Entendo, portanto, que não houve conduta antijurídica da reclamada, consubstanciada na quebra de dever acessório ao contrato de trabalho, relacionado à quebra da confiança. Não houve rompimento imotivado da promessa de contratação. Ainda que se pudesse considerar que a empresa deveria ter informado o trabalhador de que a efetiva admissão, em 12-02-2016, estava vinculada ao efetivo início das obras, tendo deixado de observar plenamente o dever de informação, tal situação teria perdurado, no máximo, no período entre 28-01 e 12-02-2016, não sendo potencialmente geradora de dano moral. (BRASIL, 2017-A)

No que tange à importância da informação na fase pós-contratual, cita-se a título exemplificativo o estudo de José Affonso Dallegrave Neto, de onde se extrai:

> Assim, eventual calúnia dimanada pelo empregador, ainda que após a extinção do contrato de trabalho, viola dever anexo de conduta, pautado pela boa-fé contratual (art. 422 do CCB).
>
> [...]
>
> A competência material para apreciar o dano moral oriundo da violação de deveres de lealdade, proteção e informação é da Justiça do Trabalho, vez que resultante de dever de conduta anexo ao contrato de trabalho, ainda que de um contrato findo. Ademais, corrobora este entendimento o fato do agente, ao ofender a vítima, agir não na condição de um sujeito qualquer que afronta a personalidade de outrem, mas especificamente de um ex-empregador que difama ou calunia seu ex-empregado com informações distorcidas atinentes a execução do contrato de trabalho. O status jurídico do agente (ex-empregador) e da vítima (ex-empregado) são fundamentais para a classificação de um direito relativo e da responsabilidade do tipo contratual.
>
> [...]
>
> Controvérsias à parte, a doutrina e a jurisprudência vêm assentando posição de que o princípio da boa-fé objetiva pressupõe deveres de conduta às partes (proteção, lealdade e informação) a partir das tratativas negociais e se perduram mesmo após a extinção do contrato de trabalho. Neto (2017, p. 66-68),

Diante do exposto, verifica-se que, independentemente da classificação ou enquadramento que é dado à informação no âmbito do Direito do Trabalho – seja enquanto direito, dever ou princípio –, bem como independentemente da fase do contrato que se apresente – pré, durante ou pós contratual –, a informação está presente nas relações de trabalho em sentido amplo. O debate acerca da relevância da informação tende a ampliar sua dimensão diante do fato de que o Direito do Trabalho, a partir da Lei 13.467/2017, está aproximando-se do Direito Civil e, assim, restou conferida, à primeira vista, maior liberdade e autonomia de negociação às partes: trabalhador e empregador.

3 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO

A identidade humana, de acordo com Pizzolato (2008, p.117), interage com um *ethos* que precede o indivíduo e o socializa. Significa dizer que o homem é um ser estruturalmente carente e aberto à relação com o diferente de si, sendo, ao contrário da autonomia e independência, a interdependência estrutural que caracteriza o homem. Ademais, a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual, pois a liberdade do indivíduo somente pode ocorrer numa comunidade livre, pressupondo uma vida em sociedade constituída como comunidade (PEDRASSANI, 2014, p.74).

Como bem explica Salmeirão, tais ideias fraternais essenciais ao convívio social foram inicialmente incorporadas por uma sociedade familiar, sociedade política e incorporada com maior rigor nas Doutrinas Religiosas, principalmente com a divulgação do Cristianismo. Contudo, explica o autor, houve mudança no cenário:

> [...] este cenário modificou-se no século XVIII com a Declaração de Virgínia, de 1776, no continente americano e, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consequência da Revolução Francesa que, como sabido, foi responsável pela derrocada do regime absolutista sob lema da liberdade, igualdade e fraternidade. A liberdade, igualdade e fraternidade, os ideais da Revolução Francesa, deixaram de ser apenas uma carta de intenção, da boa convivência ou de obediência a ordem religiosa, mas se transformaram numa Forma de Governo cujo valores universais foram inseridos no texto Constitucionais daqueles países tornando-se obrigatórios no aspecto jurídico, onde as ações dos governantes em relação aos governados deveriam obedecer tais princípios revolucionários sob pena de atentar contra o próprio Estado Democrático e Social de Direito. Antes a desobediência ao Princípio da Fraternidade tinha como consequência uma censura privada, porém após sua incorporação como regra constitucional sua censura passou a ser pública por ser um atentado contra o próprio Estado Democrático e Social de Direito. (SALMEIRÃO, 2013).

Por outro lado, numa análise histórica sucinta, é importante destacar que, durante o período conhecido como modernidade, foram surgindo novos conceitos como a racionalidade, o que, por um lado, ligou a realidade aos mundos do ser e do dever ser, mas por outro acarretou um individualismo radical, uma tendência do indivíduo a libertar-se de toda solidariedade com seu grupo social[8] (SILVA e BUSTAMANTE, 2017, p. 7). No entanto, felizmente esta ideia racional individual foi superada e, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com efeitos universais, declarando de forma expressa o reconhecimento da responsabilidade de todas as nações na realização dos Direitos Humanos, reconhecendo expressamente a Fraternidade e a importância das relações sociais e universais.[9]

Diante deste contexto, a Fraternidade pode ser considerada, dentre outras conceituações, numa conotação religiosa, uma vez que pode ser encontrada na Bíblia Sagrada. Também pode ter uma conotação de "ligação sectária, no âmbito de organizações secretas, ou que colocam níveis de segredo ao lado de outros de caráter público – como a maçonaria – e que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político" (BAGGIO, 2008, p. 20). Ainda, pode ter uma interpretação como *fraternidade de classe*, proclamada em alguns regimes políticos que negaram aos outros a liberdade ou, até mesmo, os invadiram, reafirmando uma fraternidade formal. (BAGGIO, 2008, p.20)

8 O individualismo sofístico foi muito criticado na Grécia antiga por Sócrates, por conta da não preocupação com os outros a não ser para arrancar a todo custo, e sem se preocupar com a verdade, o consenso que lhe assegurava o sucesso; mas nunca chegou à sinceridade consigo próprio e com os outros. Sócrates contrapondo esta ideia trouxe o conceito de um homem-razão que tinha o vínculo de solidariedade e de justiça entre seus pares, apregoando a necessidade de todos estarem vinculados uns aos outros para que somente desta forma pudessem progredir e alcançar seus objetivos. (SILVA e BUSTAMANTE, 2017)

9 Neste sentido, explica Norberto Bobbio que, com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou. pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 1992, p. 29 e 30)

De toda sorte, a Fraternidade pressupõe que a liberdade pessoal não se possa realizar sem a liberdade do outro, razão pela qual é considerada um princípio que está na origem de um comportamento relacional e, exatamente por isso, além de ser um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, confere a estes princípios efetividade. Desta forma, impõe-se seja o Princípio da Fraternidade considerado não apenas como uma proposição ideal, mas como princípio ativo e norteador do comportamento humano, pois enquanto a liberdade e igualdade conheceram uma evolução que as elevou a autênticas categorias políticas e princípios constitucionais, mesma sorte não teve a Fraternidade (LAZZARIN, 2015, p. 93).

A fraternidade, que surgiu explicitamente com os ideais da Revolução Francesa de 1789, de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", aos poucos foi excluída. Ficaram em evidência somente os ideais de "liberdade e a igualdade", que com a evolução histórica se tornaram "autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movimentos políticos" (BAGGIO, 2008, p.7). Já a fraternidade não teve a mesma sorte, restando como um princípio esquecido, "a parente pobre, a prima do interior, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e depois da liberdade" (RESTA, 2004. p. 09).

Para Baggio, identificar a Fraternidade e sua importância é de extrema necessidade, já que possui uma finalidade em si mesma, mostrando-se como espaço em que se realiza um encontro de consciências e de culturas, uma partilha de interioridades e uma deliberação intersubjetiva em torno da vida compartilhada. Assim, o que se percebe é que há uma responsabilidade *pelo outro* de tal forma que se condiciona inevitavelmente à própria existência ou morada no mundo, fazendo com que a própria humanidade se reconheça como igual, sem com isso abdicar de suas diferenças culturais (BAGGIO, 2009, p. 130).

A Fraternidade está inserida nos direitos da terceira dimensão, junto com direitos de solidariedade, como explica Ingo Wolfgang Sarlet, visto que são desprendidos da figura do indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Refere Sarlet que é compreensível a denominação usual de direitos de solidariedade ou de fraternidade devido "sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação" (SARLET, 2010, p. 48).

Quanto à diferenciação de solidariedade e fraternidade, Pizzolato explica que solidariedade e subsidiariedade estão entrelaçadas, na medida em que atribuem às articulações sociais intermediárias responsabilidades diretas na busca da finalidade solidária, reservando-se à ação direta do Estado um papel subsidiário, que respeita a missão intermediária de agrupamentos sociais, completando-a e, somente em caso de necessidade, substituindo-a (PIZZOLATO, 2008, p. 121). Desse modo, pode-se identificar a solidariedade com uma tendência ao paternalismo e ao assistencialismo (vertical), enquanto a fraternidade pressupõe uma interdependência, uma irmandade propriamente dita (horizontal) (BAGGIO, 2008).

De fato, a fraternidade tem como objetivo a humanidade, sendo, portanto, um direito que é de todos, não se limitando a fronteiras, tornando cada indivíduo copartícipe nesta busca por um bem comum, o que consequentemente acarreta na sensação de pertencimento a uma comunidade global. Fica claro que a ideia de fraternidade é de desvinculação dos laços de sangue; busca-se vínculo por meio de laços mais amplos, de alcance universal. Para Tosi, "[...] a superação de uma lógica meramente identitária, em direção a um reconhecimento efetivo da alteridade, da diversidade e da reciprocidade [...]" (TOSI, 2008, p.59) é o grande desafio a ser superado no século XXI na esfera dos Direitos Humanos. O olhar vai para a humanidade como um lugar comum, e não como a abstração que tudo confunde e mascara diferenças (RESTA, 2004, p. 134).

A ideia de Fraternidade estabelece que o homem, enquanto animal político, fez uma escolha consciente pela vida em sociedade, e para tal estabelece com seus semelhantes uma relação de igualdade, visto que em essência não há nada que hierarquicamente os diferencie: são como irmãos (fraternos). Este comportamento igualitário presente na Fraternidade permite a existência de um dever de cooperação mútua entre os membros da sociedade na busca do bem-estar social, ou seja, todos possuem uma relação horizontal por estarem no mesmo patamar, e nesse caso unem esforços para harmonizar a vida em sociedade. Assim, a Fraternidade deve ser considerada um princípio jurídico capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade, destacando-se por sua relação igualitária entre todos, promovendo uma relação horizontal na busca de efetivar os Direitos Fundamentais (SALMEIRÃO, 2013).

Percebe-se, assim, o quão rico em significado é o Princípio da Fraternidade, justificando-se a importância do seu estudo enquanto princípio jurídico e a forma de recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto insta mencionar que a relação entre Fraternidade e Direito tem que ser delimitada de forma clara, uma vez que se apresentam como realidades que atuam em campos aparentemente diferentes e segmentados, como questiona Goria: o que tem a ver a Fraternidade com o Direito? A coexistência do Direito e da Fraternidade é possível? (GORIA, 2008. p. 25-26).

A Carta Encíclica *Rerum Novarum* de 1.891, do Papa Leão XIII, por exemplo, revela-se como documento que ressalta a importância do viver fraterno, voltada principalmente à condição dos trabalhadores (VATICANO, 2017). A Constituição Federal de 1988 resgatou o Princípio da Fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo[10], o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal (LAZZARIN, 2015, p. 93).

Como explica Maria Helena Ferreira Fonseca Faller (2011, p. 363), no momento em que o constituinte pátrio inseriu a construção de uma sociedade fraterna no Preâmbulo da Magna Carta, resgatou formalmente o princípio esquecido pela modernidade constitucional do Ocidente, recolocando-o no seu justo lugar: ao lado da liberdade e da igualdade. Restaura-se a trilogia fundante do Constitucionalismo moderno ocidental, a qual deve guiar a compreensão da Constituição, do seu papel na construção e legitimação de um Estado Democrático de Direito.

Além da referência no preâmbulo, dispõe a Constituição Federal no artigo 3º, inciso I, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Ainda, o Princípio da Fraternidade está presente no capítulo dos Direitos Sociais[11], no artigo 3º, incisos I a IV e também nos artigos 170 e 227 (BRASIL, 2017). Segundo Lazzarin, por meio do princípio da solidariedade expresso na Carta Constitucional, é possível identificar a ideia de fraternidade (LAZZARIN, 2015, p. 93).

O Princípio da Fraternidade timidamente, mas presente no ordenamento jurídico, pode ser aplicado ainda que por outras vias, mediante a efetivação do princípio da subsidiariedade ou ainda pela ponderação dos direitos, uma vez que não existe afirmação *a priori* de liberdade, mas o reconhecimento de um entrelaçamento dos direitos entre si e com as exigências sociais. Diante disso, a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas a ação do Estado enquanto ordenamento jurídico (PIZZOLATO, 2008. p. 124).

A Fraternidade como princípio jurídico ganha maior relevância quando passa a ser considerada um direito fundamental de terceira geração, conforme observa-se na lição de Oscar Vilhena Vieira:

> Fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, buscando repercutir a evolução dos direitos na história europeia. Em primeiro lugar teriam surgido os direitos civis, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Poder Público. Esse grupo de direitos demarcaria os limites de ação do Estado Liberal. Uma segunda geração de direitos estaria vinculada à participação política ou direitos políticos. Partindo do pressuposto de que as pessoas são dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar de igual medida do processo político. Esses são constitutivos dos regimes democráticos. Uma terceira geração de direitos, decorre da implementação dos regimes democráticos e da incorporação do povo ao processo de decisão política, seria o reconhecimento pelo Estado de responsabilidades em relação ao bem-estar das pessoas – logo, de deveres correlatos aos direitos sociais estabelecidos pela ordem legal. São esses os direitos que caracterizam as democracias sociais. Por fim, fala-se num quarto conjunto de direitos

10 No preâmbulo da Constituição Federal brasileira, consta expressamente a liberdade, a igualdade e a referência a uma sociedade fraterna: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]".

11 Artigo 6º da Constituição Federal, e Título VIII, que trata da Ordem Social, artigos 193 a 250.

> relativos ao bem-estar da comunidade como um todo, como os relativos ao meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o direito à cultura. (VIERA, 2006, p. 39)

Entender a fraternidade enquanto categoria jurídica é pensá-la como um instrumento de transformação social, conforme explica Pedro Patto:

> [...] esse sistema deixa de ser impessoal e anônimo e se torna vivo pela ação dos operadores do Direito (magistrados, advogados, funcionários judiciais e prisionais, agentes policiais, mediadores, técnicos de reinserção social, visitadores prisionais voluntários etc.), cada palavra e cada gesto de cada uma dessas pessoas pode ser expressão de fraternidade. Sem descurar a importância das estruturas, mediante esses gestos e palavras de fraternidade, o Direito pode ser instrumento de transformação social. (PATTO, 2013. p. 36)

No Brasil, de forma embrionária e contida, já se encontra nas decisões dos tribunais a adoção da Fraternidade como fundamento, como um valor constitucional.[12] O Supremo Tribunal Federal já se posicionou de forma expressa quanto à adoção da fraternidade em suas decisões; é o que se verifica nas decisões proferidas na ADI nº 2649-6/DF, ADI 3510/DF e RMS 26071-1/DF.

Diante do exposto, verifica-se que o Princípio da Fraternidade foi sim recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, notoriamente pela Constituição Federal, mesmo que não de maneira expressa, e, aos poucos, está sendo utilizado também pela jurisprudência como princípio jurídico, o que permite que seja aplicado, assim, também em matéria de Direito do Trabalho[13], como se verá no ponto que segue.

4 A NECESSÁRIA RECIPROCIDADE DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E EMPREGADORES: A PRESENÇA DA FRATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do Trabalho o Princípio da Fraternidade é ainda mais presente quando se está diante de relação tipicamente entre seres humanos, mesmo que indiretamente, apontando como um princípio que não visa eliminar ou se sobrepor aos outros dois (liberdade e igualdade), mas como um meio de equilibrar uma relação que é desde o início díspar. Neste sentido, o estudo de Juliana Wülfing e Lilian Casagrande sobre um Constitucionalismo Fraternal para o Direito do Trabalho. Para as autoras, "[...] a promoção de uma integração do indivíduo à sociedade, uma integração digna, dessa forma, os trabalhadores não podem ter seus direitos suprimidos, sob o argumento de manutenção de emprego na era da globalização" (WÜLFING

12 O Ministro Gilmar Mendes aplicou o princípio da fraternidade para fundamentar decisão em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186-2/DF), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade: "No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. [...] Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (MENDES, Gilmar. A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf.>. Acesso em: 10 maio 2018).

13 Na esfera trabalhista, o princípio da fraternidade foi aplicado para reintegrar trabalhador comunicado de sua dispensa no dia em que retornou ao labor, diante da cessação de auxílio-doença. Os desembargadores entenderam que o fim do contrato de trabalho caracterizou dispensa discriminatória. O relator fundamentou seu voto no preceito contido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, justificando que o amparo ao trabalhador, parte hipossuficiência da relação, é um dos pilares para a edificação de uma sociedade solidária (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0001578-71.2012.5.15.0054, 4ª Câmara (2ª Turma) do TRT da 15ª Região do Estado de São Paulo, Campinas, SP. Relator Luiz José Dezena da Silva, publicado em 04.02.2014. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:0nPHYCBLWB0J:www.trt15.jus.br/voto/patr/2014/010/01027614.rtf+sociedade+solid%C3%A1ria&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 10 maio 2018).

E CASAGRANDE, 2017, p. 17) constitui objetivo do Constitucionalismo Fraternal. "A Constituição busca com a fraternidade a integração comunitária, que é mais do que inclusão social e não se reduz a ações distributivas, vai além, pois essa integração comunitária." (WÜLFING; CASAGRANDE, 2017, p. 17).

A fraternidade, portanto, não se sobrepõe às exigências próprias do Direito, da igualdade e da liberdade, mas é o fundamento destas, não suavizando os rigores da lei, mas os intensifica, auxiliando o juiz na aplicação fraterna e igualitária da lei (GUEDES, GUEDES e BARZOTTO, 2016, p. 50). Não obstante as diversas inovações laborais e a mutabilidade da própria história dos homens, o que tem revelado grande parte da literatura trabalhista e a vida real é que as relações de trabalho são naturalmente desequilibradas (CANÇADO, 2017, p. 126), porém é evidente a necessidade de todos cidadãos exercitarem a fraternidade, inclusive no campo do direito, adotando-a como princípio norteador do Direito e do Processo do Trabalho, se realmente se quiser diminuir os conflitos sociais trabalhistas e tornar efetivo o veto à violação da dignidade do homem, à sua utilização como mero objeto a serviço de outrem (CANÇADO, 2017, p. 132). Assim, o que se propõe é que a fraternidade, elevada ao status de princípio constitucional, deve nortear não só o legislador, mas de forma decisiva também o operador do direito na solução judicial principalmente dos conflitos trabalhistas (CANÇADO, 2017, p. 144).

Importante destacar a ambivalência de conceituação de Fraternidade aplicada ao Direito do Trabalho, explicada por Alain Supiot, como segue:

> A fraternidade implica, assim, um conjunto de direitos e de deveres de ajuda e de assistência entre aqueles que os une. [...] Entendida assim, a fraternidade encerra uma dupla ambivalência. Em primeiro lugar, tanto pode legitimar a igualdade (somos irmãos, logo iguais) como a hierarquia (somos irmãos, logo submetidos a uma ordem comum que atribui um lugar particular a cada um). Em segundo lugar, a fraternidade é, ao mesmo tempo, fonte de inclusão e de exclusão social. [...] Esta ambivalência permite compreender que a fraternidade possa ser entendida em dois sentidos opostos. Seja como fraternidade de doçura e de conciliação, seja como fraternidade de combate e de exclusão. Estes diferentes sentidos encontram-se todos em matéria de relação de trabalho. A fraternidade de conciliação, na doutrina social da Igreja, que entende tratar o patrão e os operários como irmãos. A fraternidade de combate, no vocabulário das lutas sindicais. E a fraternidade de exclusão, por exemplo, naqueles que a invocam, nos nossos dias, para reclamar medidas de preferência nacional em matéria de emprego ou de direitos sociais (exclusão dos que não descendem dos nossos pais: estrangeiros, falsos irmãos e apátridas). (SUPIOT, 2016, p. 168-169).

Desta forma, inegável a presença da Fraternidade no Direito do Trabalho e nas relações trabalhistas propriamente ditas.

O aspecto da Fraternidade, aqui considerada como princípio, o qual mostra-se aplicável para a questão delimitada neste estudo é o sentido da Fraternidade que busca tratar empregador e trabalhador como irmãos ou, melhor ainda, que os próprios assim se considerem. Isto porque, como destacado acima, a informação possui tamanha relevância nas relações de trabalho que seus reflexos são consideráveis, podendo inclusive encerrar um contrato de trabalho. Exemplo disso é a situação que o empregado deixa de informar seu empregador acerca de circunstância que o impede de exercer determinada função, como habilitação necessária, conhecimento ou formação exigida. De outro lado, o empregador que não informa todas as circunstâncias e requisitos para o cargo, omitindo, por exemplo, a necessidade de transferência de domicílio.

Acerca da relevância da informação destacam-se os dizeres de Hannah Arendt, ao afirmar que "se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras" (ARENDT, 1999, p. 188). Caso trabalhador e empregador, sujeitos de uma relação de trabalho em sentido amplo, considerem-se fraternalmente irmãos, esta relação pode tornar-se muito mais fácil de ser vivenciada, pois ambos guardarão entre si respeito mútuo e, assim, informar-se-ão reciprocamente. Neste sentido, destacam-se as conclusões de Maria Beatriz Ribeiro Dias:

> 3. Diante do processo de constitucionalização dos direitos sociais, o direito à informação, originariamente concedido ao cidadão, deve ser estendido ao trabalhador. 4. Isto porque o trabalhador não perde a sua condição de cidadão durante o exercício se suas atividades profissionais. [...] 7. O direito à informação deve ser concedido ao empregado e também ao empregador como expressão do princípio da boa-fé que rege o contrato de trabalho. 8. A relação contratual de trabalho

> deve ser marcada pela transparência e confiança e isso é possível através do exercício do direito à informação. [...] 12. O desrespeito ao direito à informação implica em ato ilícito e como tal pode ser ressarcido. (DIAS, 2012, p. 91).

Ora, a informação nas relações de trabalho deve ser uma via de mão dupla para tornar-se efetiva: empregador e trabalhador informando e recebendo informações. A informação sozinha, sem um receptor, não atinge seu objetivo. Assim, também sob este aspecto, a reciprocidade é imperiosa. O vínculo de trabalho revela uma estrutura complexa, na qual ambas as partes assumem compromissos recíprocos e, neste caso, a necessidade da informação é um destes compromissos, ou deveria o ser.

A análise da fraternidade sob esta perspectiva leva à conclusão de que ela possibilita uma relação de reciprocidade, uma responsabilidade pelo outro e consequentemente pelo bem-estar da comunidade. Neste sentido, pode-se afirmar que a fraternidade capacita o homem de forma a buscar a efetivação de seus direitos, sem que fique à espera de toda e qualquer atuação do Poder Estatal (AQUINI, 2008, p. 138-139). A informação, se for recíproca, apresenta-se como uma forma de exteriorização do Princípio da Fraternidade nas relações de trabalho e, somente assim, pode se tornar um mecanismo de aproximação e facilitação entre os sujeitos desta relação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao que restou analisado, ressalta-se a presença e a importância da informação nas relações de trabalho. Seja como direito, seja como dever, ou quiçá princípio, a informação apresenta-se nas fases pré e pós contratual, além de integrar o contrato de trabalho durante sua execução. A Fraternidade, por sua vez, está sendo relembrada enquanto princípio jurídico, além de notoriamente estar presente no ordenamento brasileiro, inclusive na Constituição Federal. Em matéria de Direito do Trabalho, a Fraternidade também está presente e deve ser aplicada como forma de diminuir as desigualdades prévias incontroversamente existentes sem, contudo, olvidar ou sobrepor-se aos demais princípios: igualdade e liberdade. Por fim, a informação recíproca entre trabalhador e empregador, como um direito e também obrigação bilateral, é imprescindível, como forma de efetivação do Princípio da Fraternidade.

REFERÊNCIAS

APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho.* Coimbra: Almedina, 2008.

AQUINI, Marco. *Fraternidade e Direitos Humanos.* In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido 1. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido 1.* Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

_____. *Fraternidade e reflexão politológica contemporânea.* In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução: Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *O contrato de trabalho como contrato relacional.* In: Revista LTr : legislação do trabalho, v. 79, n. 11, p. 1345-1352, nov. 2015.

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

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0020199-43.2016.5.04.0811 (ROPS), Porto Alegre, RS. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, publicado em 16.03.2017. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=mBcbZx%2FDKMY%3D&p_idpje=4rT6%2BQV3uLw%3D&p_num=4rT6%2BQV3uLw%3D&p_npag=x>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0020292-23.2015.5.04.0752 (RO), Porto Alegre, RS. Relator: Des. Fabiano Holz Beserra, publicado em 22.03.2017. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=bcedyNIfJeg%3D&p_idpje=0mCK0C6eHQE%3D&p_num=0mCK0C6eHQE%3D&p_npag=x>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0001578-71.2012.5.15.0054, Campinas, SP. Relator: Des. Luiz José Dezena da Silva, publicado em 04.02.2014. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:0nPHYCBLWB0J:www.trt15.jus.br/voto/patr/2014/010/01027614.rtf+sociedade+solid%C3%A1ria&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 10 maio 2018.

CANÇADO. Andréa Aparecida Lopes. *O contrato de trabalho do século XXI e o esquecido Princípio da Fraternidade*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/andrea_aparecida_lopes_cancado.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil Pré e Pós-Contratual no Direito do Trabalho.* Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1502109>. Acesso em: 30 nov. 2017.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. *O princípio da fraternidade e o constitucionalismo moderno: uma nova possibilidade de leitura das constituições contemporâneas.* In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar (org). Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Deveres de Consideração nas Relações Contratuais.* Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3465/2481>. Acesso em: 25 nov. 2017.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). *Direito e Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008.

GUEDES, Priscila das Ponte Amado; GUEDES, Gabriel Pinto; BARZOTTO, Luciane Cardoso, org. *Direito e fraternidade: em busca de respostas.* Porto Alegre: Sapiens, 2016.

LAZZARIN, Sonilde K. *O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Direito & Justiça. v.41, n.1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

MARTINEZ, Luciano, *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA. Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1 ed, 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf.>. Acesso em: 10 maio 2018.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [et al.] (org.). *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

PAVELSKI, Ana Paula. *Funções da boa-fé objetiva no contrato individual de trabalho.* Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1512188>. Acesso em: 22 nov. 2017.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1*: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIBEIRO DIAS, Maria Beatriz. Direito à informação no Direito do Trabalho. In: *Direitos Laborais inespecíficos*: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. Renato Rua de Almeida, coord; Jeana Silva Sobral, Claudimir Supioni Junior, org. São Paulo: LTr, 2012.

SALMEIRÃO, Cristiano. *O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais.* In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090&revista_caderno=9>. Acesso em 01 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEGALA, Natalia Butignoli. *O princípio da boa-fé objetiva: deveres instrumentais e a função reequilibradora nos contratos de trabalho.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15890>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SILVA, Tatiana Fernandes Dias da; BUSTAMANTE, Ana Paula. *DIREITO AMBIENTAL, FRATERNIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.* Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=160743788aa7329f>. Acesso em 03 out. 2017.

SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TOSI, Giuseppe. *A fraternidade é uma categoria política?* In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido 1. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

VATICANO. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 29 set. 2017.

VIERA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF.* São Paulo: Malheiros, 2006.

WÜLFING, Juliana; CASAGRANDE, Lilian Patricia. *Trabalho e fraternidade: um constitucionalismo fraternal para o direito do trabalho.* Disponível em: <http://www.catedrachiaralubich.org/uploads/artigos/artigos_2014-07-08_ruef2012artigoliliancasagrande_pdf_72cc8678dbdb59b557f0c9eda42a060b.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS: POR UMA MEMÓRIA POLÍTICA INCLUSIVA

Dailor dos Santos[1]

RESUMO: O presente estudo indica as dificuldades na atribuição de sentidos ao Direito à Memória. Examina de que modo pode ser compreendida a seletividade da memória política e afirma que ao Direito à Memória, vinculado a uma construção conjunta da memória, todas as violências cometidas no passado possuem importância. A pesquisa utiliza-se de análises bibliográficas e documentais e se desenvolve a partir do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direito à Memória. Memória Política Inclusiva. Violência. Direito Fraterno.

ABSTRACT: The present study indicates the difficulties for attributing senses to the Right to Memory. It examines how the selectivity of political memory can be understood and asserts that to the Right to Memory, linked to a joint construction of memory, all violence committed in the past have importance. The research uses bibliographical and documentary analysis, and develops from the hypothetical-deductive method.

Keywords: Right to Memory. Inclusive Political Memory. Violence. Fraternal Law.

1 INTRODUÇÃO

A afirmação dos Direitos Humanos após a barbárie da Segunda Guerra Mundial não foi capaz de evitar a disseminação de práticas ditatoriais, inclusive em países da América Latina, e tampouco a proliferação de políticas de exceção e de violência. Esse quadro coloca em questionamento a própria capacidade do Direito em apresentar soluções para ataques à dignidade humana.

A rememoração, diante disso, assume peculiar importância, pois permite confrontar, pela recuperação do passado, anúncios de progresso e práticas políticas que, ao final, somente contribuem para o agravamento da crise dos Direitos Humanos. A barbárie, que se supunha possível de superar, permanece latente na pós-modernidade, anunciando a superveniência de um permanente estado de exceção.

Retomar as vítimas, seus relatos e suas trajetórias constitui um dos alicerces possíveis para dar nova amplitude à compreensão que o Direito oferta à dignidade humana. Todavia, qual o limite da rememoração política? Que filtro pode ser empregado pelo Direito e pela Política para anunciar o que deve, ou não, submeter-se à rememoração enquanto espaço de pertencimento? Faz-se urgente, assim, (re)compreender os significados jus-filosóficos atribuídos à memória política e anunciar as suas possibilidades, os seus riscos e os seus limites.

A conjugação do tempo, definido a partir da rememoração, passa pela abertura que o Direito confere, ou deixa de conferir, à totalidade dos relatos, vítimas e atores da história. Se não há relato que possa ser antecipadamente vedado, o Direito Fraterno anuncia-se como uma perspectiva capaz de romper com o fechado ciclo de afirmação do progresso que o Direito tolera, permitindo que todas as experiências e testemunhos do passado (re)definam o tempo presente. Afinal, de que modo o Direito à Memória, que emerge especialmente em períodos de superação momentos de exceção democrática, pode contribuir para evitar a repetição da violência?

A proposta para enfrentar esses questionamentos alicerça-se em três perspectivas: compreender de que modo a Memória pode romper com as linearidades da História e, com isso, anunciar-se como processo

1 Doutorando em Direito Público – UNISINOS. Mestre em Direito Público – UNISINOS. Especialista em Direito do Estado – UFRGS. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo – FEEVALE. Contato: dailor@feevale.br.

político; avaliar os limites de uma construção política da Memória e a sua afirmação inclusiva na dinâmica social e, por fim, apontar que uma memória política inclusiva pode ser construída a partir dos pressupostos de um Direito Fraterno.

Diante dessas diretrizes teóricas, a pesquisa utiliza-se de análises bibliográficas e documentais e se desenvolve com base no método hipotético-dedutivo, a fim de ponderar criticamente as possibilidades de ações de rememoração política e o modo como o Direito à Memória pode se manifestar a partir de um parâmetro inclusivo e fraterno. A pretensão, que não se anuncia definitiva, consiste em assentar a importância de uma memória política inclusiva, fraternalmente construída, como pressuposto para a elaboração de políticas e ações de Direitos Humanos.

2 A IMPORTÂNCIA DA *MEMÓRIA* PARA A HISTÓRIA

O Direito reprisa em sua dinâmica a história dos vencedores. No caminho insuspeito do *progresso* (BENJAMIN, 2008) não há espaço para aqueles que sucumbiram durante o curso das conquistas. O avanço humano, desde a Revolução Francesa, preconiza um Direito preocupado com suas aspirações intrínsecas e indisposto a abrir-se à pluralidade, sob o argumento de que isso subverteria o seu próprio anúncio. A clássica Escola da Exegese explicita de modo peculiar a crença em um Direito purificado, imune a interferências externas e capaz de, por si só, e unicamente a partir de comandos legais, compreender e direcionar a realidade social. Direito e História, portanto, anunciam-se conjuntamente, ambos alicerçados nos relatos dos vencedores e em discursos que legitimam a exclusão de alguns em nome de um pretenso – e sempre inalcançável – *progresso* de todos.

A violência patrocinada pelo Estado – bem como a prática violenta que buscou legitimar a apropriação do poder, ignorando que qualquer ato violento deslegitima o próprio poder (ARENDT, 2009) – emergem como limites à razão jurídica. A superação dos horrores da Segunda Guerra não foi suficiente para evitar, por exemplo no Brasil, a disseminação de políticas ditatoriais que vicejaram mormente a partir de 1964 e perduraram até o advento da Constituição Federal de 1988. Sob o cômodo apego a ideologias de *esquerda* ou de *direita*, o *progresso* seguiu – e ainda persiste – anunciado como paradigma a ser alcançado. As vítimas e os custos dessa escolha, porém, seguem sem o devido inventário e a Memória, embora se anuncie como uma necessidade, não é trabalhada politicamente de modo inclusivo, congregando, na medida possível, a totalidade dos relatos que definem o passado. Essas pequenas e sutis exclusões do discurso político acerca da rememoração acabam, ao final, contaminando a manifestação da Memória como prática democrática e inerente à afirmação dos próprios Direitos Humanos.

Todavia, quando a pós-modernidade anuncia redutos inexplorados da História e permite que vozes até então emudecidas venham à tona, em uma velocidade que o Direito não consegue mensurar – e tampouco controlar – uma nova conexão surge. Trata-se do encontro, na arena política, entre o Direito, a História e a Memória. A pergunta, então, torna-se evidente: de que modo a Memória relaciona-se com a História e, retomando as narrativas da barbárie, exclusão e violência, perpassa os discursos Jurídicos e Políticos admitidos no tempo presente? Em outras palavras: o Direito está preparado para compreender a Memória como processo político e, assim, pautar a construção do Direito à Memória como perspectiva política e atenta a todos os relatos que formam o passado?

A fim de atingir tal perspectiva, e seguindo o arcabouço teórico preconizado por Catroga (2001), pode-se afirmar, como ponto de partida, a impossibilidade de uma fenomenologia da Memória vinculada apenas à espontaneidade ou à autossuficiência do indivíduo que recorda.

Vale dizer, o *eu* não pode reclamar para si o monopólio da Memória, atributo que também se revela a partir – e por meio da – interconexão social. Daí porque, segundo Catroga (2001, p. 16), o agir mnemônico ganha sentido na alteridade: "[...] as recordações radicam na subjetividade, embora cada *eu* só ganhe consciência de si em comunicação com os outros, pelo que a evocação do que lhe é próprio tem ínsitas as condições que a socializam". De fato, essa consciência que o indivíduo faz de si a partir das memórias que continuamente irrompem no seu imaginário, remonta às camadas memoriais adquiridas que, por sua vez, principiam nas narrativas efetuadas pelos outros. Daí o caráter eminentemente correlacional e intersubjetivo

do processo da Memória, consideração que deveria guiar a compreensão da Memória como processo político e, ainda que seletivo, aberto a todos os possíveis relatos.

A Memória Política implica a superação da insatisfatória oposição entre a memória pessoal e a memória coletiva sem qualquer menosprezo de suas mútuas implicações. Se com Santo Agostinho (2002) o homem situa-se abaixo apenas da suprema coisa, Deus Trindade, e por isso reclama a si – e frui por ele mesmo – o ato de recordar como desígnio divino, não menos verdade é o fato de que a memória submete-se também a influências externas (HALBWACHS, 2006) e igualmente importa ao grupo que comunga de uma mesma identidade, bem como por vezes dele deriva para configurar a própria subjetividade mnemônica.

Ao analisar os modos de manifestação da memória, Ricoeur (2007) parte da clássica compartimentação em memória pessoal, em que retoma e agrupa as concepções de Santo Agostinho, John Locke e Husserl, e memória coletiva, alicerçada nas análises de Maurice Halbwachs.

No primeiro enfoque – memória pessoal – é esmiuçado o caráter essencialmente privado da Memória, observado inclusive no uso da linguagem, com conectivos linguísticos que atribuem ao sujeito-evocador determinada recordação como exclusivamente sua. O passado, nessa acepção, nada mais é o do que aquilo que se passou com aquele que, no presente, defronta-se com as suas reminiscências. A memória daria forma a um único plano conjugado com a consciência, na trindade que esta compõe com a identidade e o ser, pouco importando seu suporte substancial. O passado, aqui, pertenceria ao sujeito que recorda (RICOEUR, 2007).

Todavia, o que permitiria à conjugação pública da memória vedar a manifestação de memórias pessoais? Também não são elas importante aspecto da composição do passado e indicativos de discursos capazes de romper com anunciadas verdades? Depreende-se, também nisso, a importância que a memória ocupa no espaço político, bem como o risco – mormente à democracia – de ignorar, ou impedir, a publicização de memórias pessoais a fim de que dêem formato ao mesmo passado comum.

A crítica de Ricoeur (2007) à acepção de uma memória exclusivamente pessoal repousa na ausência da alteridade a garantir a aplacação de um solipsismo mnemônico, preocupado apenas com impressões íntimas que ignoram aspectos culturais e mesmo políticos; ou seja, que menosprezam que a rememoração faz parte – e anuncia – o próprio pertencimento (ELIAS, 1994).

Ricoeur (2007), todavia, intitula de audaciosa a tentativa de situar em um ente coletivo – a sociedade – a memória, ainda que reconheça a derrocada do solipsismo a partir dessa construção. Ricoeur (2007) esclarece que mesmo a colocação em um grupo social supõe uma certa dose de espontaneidade, pois do contrário não existiriam atores sociais. O ato de recordar seria, desse modo, exclusivamente pessoal e componente da própria subjetividade.

Depreende-se, pois, que tanto as afirmações da intersubjetividade como de uma memória coletivamente disposta gravitam em torno de um mesmo problema: como os eventos do passado podem – se é que podem – ser politicamente construídos e, com isso, indicar vetores de ação ao próprio Direito para que atue no combate a novas formas de violência.

Catroga (2001), em paráfrase a Candau, retoma três perspectivas capazes de superar o aparente dilema: a proto-memória, a memória propriamente dita e a metamemória. A primeira (proto-memória), reflexo direto da socialização, explica a involuntariedade de certas ações; a segunda (memória propriamente dita), igualmente espontânea, liga-se aos processos de recordação e, por fim, a metamemória, unida à memória histórica e seu vínculo com a procura de recordações, daria ao indivíduo elementos para formar a sua própria identidade no grupo social (CATROGA, 2001). A Memória, portanto, não se desvincula de processos de socialização e caracteriza a própria identidade do indivíduo no (e perante o) grupo social. A Memória é construção política. Sendo assim, como admitir a negação de memórias na composição do arranjo político do passado, imprescindível para a superação de traumas violentos e necessário para que o Direito defina prioridades de ação no combate de novas e sempre atualizadas violências e exclusões?

Outra dificuldade reside na correlação entre a memória e a historiografia. Para a maioria das compreensões (FEBVRE, 1993; HALBWACHS, 2006), a história e a memória seriam distintas. Aquela,

segundo Catroga (2001), seria um produto artificial, dotada de linguagem própria, uma espécie de filtro para desmistificar, laicizar e objetificar as narrações, a fim de dar a ideia de que a retomada do passado, sob certa compreensão, é verdadeira. A memória, a seu turno, espontânea por excelência e ligada ao verossímil, limitar-se-ia a sacralizar as recordações, não se preocupando em deixar de lado a emoção do "sujeito-evocador". Assim, a memória seria "sempre axiológica, fundacional, sacralizadora e reactualizadora de um passado que tende a fundir, no presente, a subjectividade com a objectividade" (CATROGA, 2001, p. 39-40).

Todavia, as distinções entre Memória e História que devem ser buscadas ou matizadas. O que se anuncia como diferença possui, na verdade, um claro apelo intercomunicativo. Não se tratam, pois, a Memória e a História, de meras e antagônicas compreensões, mas de entendimentos complementares que se ocupam, em sentidos próprios e correlacionais, do mesmo passado. À História sempre deve ser oposta a emergência de novas Memórias, não para que ela seja recontada, mas para que seja (re)enfrentada. O que se anuncia como diferenciação caracteriza-se, na verdade, como um vínculo correlacional. A Memória impõe à História uma renovação de suas narrativas. A Memória – faceta que importa ao Direito – é para sempre incompleta e aceita continuamente a emergência de novos relatos, testemunhos e fatos. A Memória questiona a verdade e se faz plural pois se desenvolve no mesmo espaço de pertencimento. A Memória avança continuamente nos vazios da História e do mesmo modo confronta as anunciadas verdades históricas, a partir da eliminação de seletividades e escolhas do passado. A totalidade dos relatos importa à Memória. Por que isso deve(ria) ser aceito pelo Direito na refundação de sua própria dinâmica?

A resposta a este questionamento passa pela aceitação da face transdisciplinar e transcultural que dá contornos à Memória, indicando que a linearidade aceita pelo Direito não oferece respostas satisfatórias à totalidade dos relatos que formam o passado. Paradoxalmente, como será pontuado adiante, as práticas de Justiça de Transição constituem o paradigma de questionamento do próprio Direito, incapaz, por si só, também em razão de seu apego a compartimentações do tempo, de evitar a repetição de violências, mas suscetível a uma apropriação inclusiva quando se trata de superar práticas totalitárias e reafirmar compromissos democráticos.

A Memória, que se revela transdisciplinar e vinculada a tudo que há de pós-moderno, porque também ela é refém de sua própria historicidade, não se amolda às rígidas formas de apreensão da realidade: ela se abre ao tempo, admitindo que todos os relatos confiram significado ao tempo vivido. Essa é a compreensão que o Direito deve conferir à Memória.

Em paráfrase a Morin (1999), a História detém um importante caráter antropológico, pois mais do que mera sucessão de acontecimentos, ela congrega e permite manifestações diversas de potencialidades humanas e, com isso, coloca todas as pessoas em relação com o *anthropos*. Consequentemente, também possibilita a construção da ideia de pertencimento, tanto por quem em determinado tempo a experimenta como por quem a resgata. Por que, então, situar a Memória fora da pós-modernidade, que não é necessariamente o instante do caos, mas a porta aberta à pluralidade dos projetos humanos? Ao olhar supostamente distanciado da História – garantia de um posicionamento que se supõe crítico – alia-se uma recuperação do sentido, tendente a (re)apropriar-se do que legaram as gerações precedentes, mas sob um enfoque humanizador, em que ganha importância a reconstrução das reminiscências dos vencidos, das vítimas e dos esquecidos, personagens mudos que um dia deram fundamento às narrativas que hoje identificam o passado. É nesse enfoque – e sob esse fundamento – que o resgate da Memória passa a ser justificado e pode (porque a pós-modernidade paradoxalmente o permite) dar alguma resposta, ainda que tênue, à problemática da violência e à atuação do Direito.

Como alertou Ricoeur (2007), o passado só é conhecido pela História porque o disse a Memória, intimamente ligada ao relato. Assim, a Memória – que é politicamente concebida – é a primeira abertura ao passado e, aqui, torna-se possível compreender que a Memória coletiva e a Memória individual assentam-se sob a força do testemunho, ao que se sucede o arquivamento desses vestígios mnemônicos. Daí a importância da retomada de relatos para que efetivamente se (re)assimile o que é intitulado de passado. A Memória aparece segundo Bosi (2003, p. 15) como o "intermediário informal da cultura", que não tem vínculos intransponíveis com a história contada ou com a história vivida. Nítido, assim, também o enfoque transcultural que cerca a construção e a retomada da Memória. A Memória, portanto, porque se desenvolve nas interconexões do que a todos é comum, desvenda-se em sua face fraterna.

3 O APELO POLÍTICO DA *MEMÓRIA*

Apesar da construção fraterna que deve(ria) fomentar a manifestação da memória política, foi com base na perspectiva predominantemente dicotômica, contudo, que se construiu o substrato de uma política ligada à história do *progresso*, mitigando-se os contributos da Memória a mera informante e, ao mesmo tempo, aceitando-se, de modo silencioso e sombrio, que a História desse abrigo ao relato dos vencedores e ao correlato esquecimento dos vencidos. A pergunta, aqui, é singela: entre o passado e o futuro, expressão de Arendt (2007), de que História ainda é possível falar? Esse questionamento – em face da constatação de que a memória é política e, por isso mesmo, seletiva – poderia facilmente desdobrar-se em outra pergunta, talvez mais desafiadora: em que medida à Política e ao Direito interessa a memória?

Como resposta à violência não bastará, é certo, que cada indivíduo recupere em suas reminiscências o próprio sofrimento (o que pessoalmente sofreu ou aquele sofrimento pela perda que experimentou). Faz-se imperioso, portanto, um assento ético para a Memória, a fim de que ela se viabilize como projeto político; uma Memória – individual, coletiva, intersubjetiva ou social – pública, enfim, capaz de responder à qualquer aspiração de violência, do Estado ou do poder formatado a partir do uso da violência, com o primado do Direito à Memória.

Ao tratar do conceito de História, Arendt (2007) o situa entre dois extremos: a mortalidade e a imortalidade. Foi a renitência humana em dizer "para sempre" que conduziu o ser humano à busca de uma perpetuidade, à semelhança da imortalidade vista na natureza. Por meio de suas obras, os indivíduos poderiam entrar no mundo da eternidade e fincariam pé no cosmo, lar da imortalidade. Para esse intento a recordação revestiu-se de fundamental importância e constituía a justificativa da busca da pretensa eternidade humana.

A história moderna, nascida no curso dos séculos XVI e XVII, inaugurou um novo paradigma. Contaminada pelos mesmos ideais professados pelas ciências naturais, deixou de lado os feitos, as obras e os sofrimentos dos homens (o jogo insuperável entre mortalidade e imortalidade). Passou a importar, então, a própria construção da História, um processo desenvolvido exclusivamente segundo as potencialidades, aptidões e desejos humanos. A razão humana dele daria conta e a ele revelaria, por seus próprios méritos, o que poderia ser definido como histórico.

O que indicaria a supressão da perspectiva de mortalidade e imortalidade apontou, ao revés, a transferência dessa problemática para o plano político. Deu-se aquilo que o socialismo posteriormente preconizou: "a alienação é parecida com o pecado; o ateísmo, um panteísmo às avessas" (ALBORNOZ, 2002, p. 26). Explica-se: a secularização, em face da incipiente noção de racionalidade e, após, de individualidade, deu origem à assunção de uma nova imortalidade, agora terrena (e política por essência). Já não era preciso recorrer ao conceito divino de eternidade para conceber a imortalidade; a própria razão, num jogo de valorização e seleção dos feitos e das obras humanas, encarregar-se-ia de exaltá-la.

A perspectiva da imortalidade, sempre em oposição à mortalidade, passou a encontrar fundamento em uma suposta neutralidade do indivíduo em face do que lhe era até então inexplicável. Idênticos efeitos, porém, foram alçados a institutos acima de qualquer suspeita, pois pretensamente secularizados. O Estado é o exemplo por excelência desse novo tempo. Daí porque faz-se possível falar em uma religião civil, como propôs Catroga (2006).

Todavia, deve-se evitar a ingenuidade de falar em secularização – como característica primordial de uma história da sociedade ocidental – sem examinar, com a devida cautela, o peso da influência das diversas religiões e as mutações por que elas passaram frente ao processo de autonomia dos Estados. Mais do que isso, talvez seja preciso atentar ao fato de que a própria política tenha (re)tomado ritos (e a dinâmica dos processos mnemônicos) que instituíram o que se tem por religião civil.

O novo viés secularizado não significa, por outro lado, a total negação da transcendentalidade humana, mas a oferta, por transferência, de novos meios para que a política possa modular as expectativas (o leque de opções de escolhas políticas possíveis e disponíveis) e as memórias dos indivíduos. A politização da História, se é que assim pode ser chamada, constituiu apenas um novo olhar da humanidade sobre as suas ideias de eternidade e finitude; para tanto alicerçou o discurso histórico numa imortalidade dita terrena,

modulando o que (e por vezes *quem*) poderia, ou não, ser rememorado.

O risco de uma apreensão política da História se dá justamente a partir da modernidade, que esvazia de sentido a própria política e, concomitantemente, vê-se órfã de um discurso a respeito da História (ARENDT, 2007).

Essa angústia, que a pós-modernidade não foi capaz de aplacar, somente poderá ser devidamente compreendida a partir do reconhecimento da complementaridade entre a Memória e a História. A Memória obriga a História a voltar-se, continuamente, para o que de transcendental e inexplicado – ou ainda olvidado – habita nos escombros de outrora. Trata-se de um pulsar ético que escapa das raias de uma delimitação puramente política e que nem mesmo a secularização foi capaz de aprisionar.

Esse paradoxo, anunciando a ambivalência da relação entre História e Memória, abre uma nova perspectiva, pois permite ao direito reconhecer, nos relatos inerentes à Memória, o que foi prometido, realizado ou suplantado no curso do tempo passado, tanto pela transcendentalidade que o alimentava como pelas aparentes conquistas da secularização. Possibilita, ainda, a construção de um discurso que nega a linearidade do evoluir histórico e aceita a espiral do tempo presente, momento que depende do passado – e de sua redescoberta – como possibilidade restauradora e como resposta ao assombro da violência.

Linearidades não deveriam interessar ao Direito em plena pós-modernidade e é sob tal perspectiva que a compreensão jurídica deveria lançar olhos para o passado que se reconstrói em cada tempo presente. A História, portanto, naquilo que se liga à Memória e no que importa a uma compreensão atual do direito, surge como redentora, sem perder a sua face política. Trata-se de uma dinâmica comprometida com um discurso ético, capaz de visualizar na rememoração das vítimas do passado a possibilidade de responder à violência com a construção, no tempo presente, de um Estado atento a práticas de Direitos Humanos, sob uma composição alicerçada na clássica tríada sugerida desde a Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Para a pergunta *entre o passado e o futuro, de que história é possível falar?* pode-se responder, então, com uma assertiva simples e, ao mesmo tempo, paradoxal: de uma História que, embora política e supostamente alienada pelo solipsismo do homem pós-moderno, anda de mãos dadas com a Memória, no que permite refundar o processo de recuperação das violências perpetradas no passado e do luto de suas vítimas como alerta – efetivo – ao tempo presente.

4 MEMÓRIA POLÍTICA INCLUSIVA: O DIREITO *FRATERNO* À MEMÓRIA

Os pontos precedentes indicaram que a História e a Memória interpenetram-se mutuamente, em uma construção flagrantemente política e, por isso mesmo, elaborada no mesmo espaço público. Desse modo, a Memória, que se desenvolve politicamente, deve se abrir à totalidade dos relatos, testemunhos e narrativas, sem exclusões que não se amoldem a um ideário democratizante e constitucional. A pluralidade dos relatos e a totalidade das narrativas, perspectivas que questionam verdades impostas, amplificam o debate democrático e, além disso, indicam o caráter inclusivo que a Memória possui.

Fala-se, então, em uma Memória Política Inclusiva: elaborada politicamente, a Memória deve aceitar e modular a diversidade das experiências que, conjugadas, dão formato ao passado comum. Com isso, foge a Memória dos riscos da seletividade que tão bem caracterizou a História. O Direito, todavia, está disposto a compreender a diversidade de rememorações que dão sentido ao passado? É precisamente aqui que o Direito Fraterno assume relevância, pois coloca em questionamento os arcaicos modos de atuação do Direito, satisfeitos com linearidades e apreensões dicotômicas da realidade, para impor uma nova reflexão, situada na (inexistente) abertura a todos que integram a esfera política e, em uma sociedade pós-moderna, insistem em ocupar espaços de legitimação que não pertencem exclusivamente ao agir estatal.

O caso brasileiro é paradigmático. Entre 1964 e 1985 o país submeteu-se a uma ditadura militar, sabidamente indisposta com o respeito à democracia e aos Direitos Humanos. Superado o período ditatorial e chegada a hora do inventário de violências que caracterizou as práticas de governo, duras – e ainda insatisfeitas – disputas sobre a rememoração política impedem tanto narrativas sobre o passado de

violências como a punição daqueles que violaram Direitos Humanos. Vedou-se, outrossim, a retomada de todos os diálogos sobre o mesmo passado, havendo, de um lado, ainda hoje, aqueles que defendem a atuação militar (por ter sido realizada como condição para evitar a tomada do poder por grupos de *esquerda*) e a Anistia desenhada em 1979 e outros que preconizam a superação da Anistia para que sejam punidos apenas os agentes do Estado que praticaram atos violentos, já que os grupos insurrecionais objetivavam unicamente a retomada da ordem democrática no país.

O embate, portanto, persiste claramente dicotômico e envolve a já cansativa – e sempre insatisfatória – distinção entre *esquerda* e *direita*. Trata-se da mesma distinção que não evitou a divisão da Alemanha ao término da Segunda Guerra, que se cala em face dos abusos a Direitos Humanos cometidos por países como Cuba e Venezuela, que tolera embargos econômicos sem se importar com as vítimas dessa opção, que contempla calada o fechamento de fronteiras, pela Europa, a refugiados, que aceita indiferente imposições comerciais unilaterais a países periféricos, que se recusa a compreender o Outro como reflexo de uma alteridade inadiável; enfim, que ainda assiste imóvel o decurso do tempo e admite a barbárie como consequência necessária de um mítico *progresso*.

No Brasil também persistem em sua incansável – e excludente - digressão os *defensores* e os *críticos* à recuperação da memória política nacional, alicerçados fundamentalmente na dicotomia *esquerda versus direita*. A visão restrita de mundo que ambos os lados aceitam já não se traduz como diversidade de opiniões, mas como a catalogação pura e simples de inimigos em um mesmo campo de batalha, espaço em que o convívio – para um futuro comum – torna-se impossível.

Assim, o Direito à Memória no Brasil enfrenta duras críticas e severas dificuldades em sua afirmação; mais do que isso, sequer foi possível admitir, mesmo hipoteticamente, a sua construção conjunta, como se o tempo, e os filtros da rememoração política, pertencessem exclusivamente a quem, em determinado período, ocupa o poder.

Foi assim que a Lei da Anistia de 1979 restou desenhada por um governo ditatorial de *direita*. Com base na mesma dicotomia a Comissão Nacional da Verdade restou concebida em 2011 por um governo de *esquerda*. Convém explicar essa afirmação, a fim de tentar superar, de uma vez, os danos que *esquerda* e *direita* perpetuam na conformação política da democracia e na afirmação da Memória como um dos alicerces dos Direitos Humanos.

Desde 1974, com o governo militar nas mãos de Ernesto Geisel (BRASIL, 2007), operou-se a distensão do regime ditatorial brasileiro, com o abrandamento progressivo, embora não definitivo, de suas práticas legais e burocráticas. Apenas em 1985, como resultado direto da maciça pressão popular por eleições diretas e graças à própria ineficiência de suas práticas administrativas, os militares despedem-se do governo e entregam o poder à sociedade civil.

Antes de 1985, porém, um ato marcou de forma contundente a transição democrática brasileira. Para a passagem a esse novo momento político era imprescindível, à sociedade e aos militares, dar um destino às vítimas do período ditatorial e, com isso, apaziguar os ânimos sociais, inclusive como o único modo de permitir que os opressores estabelecessem as suas vidas no país que negaram a seus adversários. Agora, ao contrário do que antes era preconizado, perseguições deveriam ser obstadas a todo custo. A anistia que os opositores do regime militar reclamavam – ampla, geral e irrestrita – constituiu um formidável pretexto para que o governo ditatorial concedesse, a partir de sua compreensão do que ocorrera, a própria versão da anistia.

Assim, sob os auspícios da famigerada Constituição de 1967 e dos sucessivos Atos Institucionais, em 28 de agosto de 1979 veio à tona a lei nº 6.683, conhecida como Lei da Anistia, concedendo anistia a todos que entre 02.09.1961 e 15.08.1979 cometeram crimes políticos ou conexos, excetuados aqueles que foram condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal (BRASIL, 1979).

Conforme a perspicaz observação de Mezarobba (2006, p. 57), "a anistia surgia como uma espécie de 'dádiva' dos governantes e não uma conquista dos brasileiros". Tratou-se de uma clara e reprovável tentativa do governo militar de criar, por seus próprios méritos, o perdão e o esquecimento, na verdade um autoperdão e um autoesquecimento. Todas as mazelas das práticas violentas ficariam para trás e um novo

tempo, construído com o advento dessa nova opção política, daria o rumo da harmonia pretendida com a opção democrática.

Não é à toa, portanto, que desde então – e mormente após o advento da Constituição Federal de 1988 – a sociedade brasileira discute profundamente a extensão da Lei da Anistia e, fundamentalmente, se a conciliação pretendida poderia abarcar crimes comuns (entre outros, torturas, estupros, assassinatos e desaparecimentos forçados cometidos por agentes do Estado nos porões da ditadura).

O tema foi conduzido à apreciação judicial e o Supremo Tribunal Federal ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, manteve por maioria de votos, ignorando toda a evolução legislativa concernente à matéria, a redação original da Lei da Anistia brasileira de 1979 e reconheceu a adequação da Lei da Anistia ao texto constitucional de 1988 (BRASIL, 2010). Com isso, vedou, ainda que de modo indireto, a investigação e a punição de todos aqueles que patrocinaram atos de violência. Graças a essa hermenêutica dissociada do tempo, persiste o mistério em torno da memória no país: afinal, o Brasil quer, ou não, rememorar toda a série de violências que caracterizou o seu passado?

Logo após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal, o Brasil foi condenado, no caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, a investigar e a punir os responsáveis pelas violações a Direitos Humanos praticadas pelo Estado, em entendimento que colocou por terra a legitimidade da Anistia desenhada em 1979 (CORTEIDH, 2010). Tratou-se de outro indicativo da dificuldade do Brasil em assimilar o seu passado e em compreender que a Memória, política e inclusiva, pressupõe a pluralidade dos relatos e experiências em sua composição.

As dificuldades de uma composição nacional em torno de tão acirrado aguçaram-se, de modo definitivo, com a manifestação da Comissão Nacional da Verdade. Criada, como dito, em 2011, deparou-se ela desde o princípio com um discurso social polarizado. Em um país marcado por abismos sociais, alguns sequer compreendiam a razão de seu surgimento. Ao mesmo tempo, havia quem defendesse a Lei da Anistia de 1979, entendendo que ela apaziguou o país, o que impediria que, depois de tantos anos, fosse superada para punir os eventuais torturadores e violadores de Direitos Humanos. Outros, por sua vez, preconizavam que a análise do período ditatorial militar deveria pautar-se a partir das violências cometidas tanto pelos agentes estatais como pelos grupos insurrecionais que, a pretexto de libertar o Brasil da ditadura, igualmente geraram vítimas e almejavam a instauração de uma ideologia própria na condução dos rumos do Estado.

Ignorando a ampla possibilidade de encarar essa realidade e superar as diferenças, dicotômica em sua origem, a Comissão Nacional da Verdade editou em 20.08.2012 a Resolução nº 2, estabelecendo que "À Comissão Nacional da Verdade cabe examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [violações de Direitos Humanos no período compreendido entre 1946 e 1988], por agentes públicos, pessoas a seu serviço, com apoio ou no interesse do Estado" (CNV, 2012).

Assim, somente as violências praticadas pelos agentes a serviço da ditadura militar poderiam ser investigadas. Todavia, ignorando a dificuldade brasileira na afirmação de sua memória política – e menosprezando o caráter plural da própria Memória – somente um segmento de relatos e experiências passou a ser aceito na construção do Direito à Memória no Brasil. Fixou-se um limite à rememoração, fora do qual nenhuma outra violência importaria.

Determinadas situações, todavia, geraram vítimas compartilhadas tanto pelos agentes estatais como pelos grupos de resistência ao regime ditatorial (MORENO, 2010). Essas violências passariam incólumes ao processo de rememoração. Conforme já referido, tais escolhas refogem à mera seletividade da Memória e vedam a construção conjunta do passado, pois a uma memória política inclusiva todos os relatos, vítimas e violências importam. É a totalidade do passado violento que deve ser superada a partir de uma escolha democrática. Não há espaço, na conformação democrática, para a opção por vítimas. Esse rumo, uma vez eleito, implica na delimitação de uma memória igualmente excludente e descompromissada com um plano comum de futuro.

Uma percepção *fraterna* do processo de rememoração coloca por terra a pretensão de compartimentar o passado e torná-lo comprometido apenas com escolhas binárias de rememoração. Não há facilidade alguma na construção conjunta do tempo e na retomada dos relatos. A memória política segue – e para

sempre seguirá – sendo um desafio. Todavia, como o espaço público é ocupado por versões antagônicas, típicas de uma aspiração democrática, faz-se imprescindível a congregação de relatos como requisito para alcançar – se isso for possível – algum perdão ou, ao menos, a superação do fluxo contínuo de um *progresso* despreocupado com as vítimas da História, conforme alerta Walter Benjamin (2008).

Embora custosa, a construção política da Memória parte de um pressuposto claro: uma reconciliação pensada conjuntamente. O Direito encontra em suas práticas transicionais – o que inequivocamente falta em sua rotina procedimental habitual – mecanismos que permitem esse encontro.

As práticas transicionais admitem em sua gênese uma estruturação transformativa: confrontam a barbárie do passado, investigam os abusos a Direitos Humanos, almejam punir os algozes, valorizam a prática da Memória e buscam a reparação dos lesados sempre tendo como estratégia a preservação dos direitos das vítimas e como meta a consolidação das transformações políticas democratizantes (BICKFORD, 2004). São quatro os pilares em que se assenta a justiça de transição: (a) investigar e punir os violadores de Direitos Humanos; (b) revelar às vítimas, aos seus familiares e à sociedade, a partir de fatos confiáveis, a verdade referente aos eventos violentos; (c) oferecer às vítimas reparação adequada e, finalmente, (d) impedir que aqueles que violaram Direitos Humanos exerçam cargos públicos ou que mantenham alguma posição pública de autoridade (MÉNDEZ, 1997).

Todos esses pressupostos devem ser pensados em um plano inclusivo e politicamente deliberado. Afinal, o mesmo espaço público – e comum – será ocupado após as investigações, as revelações, as reparações e as punições. Em um *locus* comum, a totalidade do passado deve ser rememorado, como condição para a superação da violência enfrentada.

A memória política inclusiva é, portanto, uma memória *fraternalmente* concebida. Assim, sua retomada não é solipsista e tampouco parte de um único Poder estabelecido. Não há legitimado para a retomada do passado, que persiste para sempre insatisfeito, aberto – e vivo – à totalidade das reminiscências. Um plano de futuro, construído a partir de uma perspectiva de Direitos Humanos (convém lembrar que planos distintos sempre existirão, todos admitindo a calada marcha do *progresso* e a geração de novas vítimas), pressupõe um Direito à Memória alicerçado em uma memória política inclusiva, fraternalmente concebida e, por isso mesmo, preparada a congregar os possíveis relatos de um passado comum. Superar as violências de outrora – já que as seletividades dicotômicas não conseguiram frear o avanço das práticas violentas – parece exigir mais do que escolhas de rememoração. O Direito à Memória institui, portanto, uma autocrítica do próprio Direito e de sua habitual incapacidade de contemplar as exclusões do passado como um alerta para o tempo presente.

As conexões entre o Direito à Memória e o Direito Fraterno – que podem ser traduzidas no plano ético como uma memória política inclusiva – pressupõem um passado (re)construído entre iguais, já que a identidade é comum, a fim de que se atinja uma reconfiguração democrática e, desse modo, aberta à pluralidade política (RESTA, 2004).

Para a máxima efetividade da Memória em sua compreensão jus-política importa um direito igualmente inclusivo e transdisciplinar, alheio aos arranjos do poder que pretendem hierarquizá-lo novamente sob a fantasia do *progresso*, atento às diferenças, alicerçado no próprio pacto da convivência, despido de dogmas e verdades, preocupado em incluir e, principalmente, fundado na ideia de humanidade (VIAL, 2006).

A redefinição – e superação – do passado, porque a Memória não pode sacralizar-se em seu próprio culto e o passado também deve, após a sua construção política, ser suplantado (TODOROV, 2000), passa pela assunção de uma responsabilidade compartilhada pelo instante do tempo presente:

> [...] os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade. [...] A *humanidade*, então, despojada do seu conteúdo metafísico, nos encontra descobertos diante das nossas responsabilidades na seara dos Direitos Humanos: o direito fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto-responsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo dos "irmãos inimigos". (RESTA, 2004, p. 13-14)

A formatação do Direito à Memória, a partir de um viés fraterno, pressupõe um compromisso conjugado, em que o pacto pela retomada dos escombros do passado não se dá para que hostilidades sejam neutralizadas, mas para que a própria *comunitas* manifeste-se como a "face trasmutada da amizade política" (RESTA, 2004, p. 35). É nessa construção comunitária do tempo – passado, presente e futuro – que a memória política inclusiva questiona o avanço inconsequente do *progresso*, pois todos os relatos servem de alerta e indicam a totalidade de um tempo comum e para sempre compartilhado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A avaliação das políticas de memória adotadas no Brasil, a partir de uma observação permeada pelos vetores do Direito Fraterno, conduz à constatação da insuficiência e inexatidão dos significados do Direito à Memória. Não se trata, porém, de exclusividade do Estado brasileiro; em outros Estados, mesmo após períodos transicionais, persistem as ofensas a Direitos Humanos e a atuação estatal, ainda que avanços tenham sido obtidos, resta enfraquecida, não se tornando claro o papel que os Estados ocupam na superação de períodos de violência.

Aparentes conquistas de Direitos Humanos, que remetem a custosas evoluções históricas, seguem sem a adequada definição de seu alcance jus-político, tornando-se suscetíveis a inúmeros ataques alicerçados em dicotomias ideológicas: Democracia, Dignidade Humana, Memória Política entre outros. A pós-modernidade depara-se, assim, com um abismo em relação ao seu passado. Persiste, para alguns, a ideia de que seria possível cristalizar o tempo e instituir um marco zero, capaz de indicar o ponto de fim e de início do tempo presente. A indefinição de conteúdos suscetíveis de rememoração impede uma superação do passado e uma (re)construção dialógica do presente.

As políticas de memória, difusas em sua formação, revelam-se contraditórias nos objetivos que efetivamente almejaram e na realidade que buscaram confrontar: escolheram relatos, filiaram-se a correntes político-partidárias, negaram a totalidade dos testemunhos, impediram a participação conjunta e obstaram, assim, que os abusos do passado servissem de alerta ao tempo presente. A deficiência da rememoração política – e a dificuldade de superar conjuntamente a barbárie do passado – contribuiu para manter o estado de violência presente em inúmeros Estados, entre eles o Brasil, como revela a análise de sua Lei da Anistia e a fragmentada instituição de sua Comissão Nacional da Verdade. O déficit de rememoração política enfraquece a noção de pertencimento e impede uma construção conjunta do tempo. A dinâmica inclusiva da memória, ignorada pelo Direito em seu viés dogmático, mitiga a credibilidade nas próprias instituições jurídicas e fragmenta valores constitucionais, entre os quais a Democracia e os Direitos Humanos.

A problemática pode ser posta a partir de duas grandes abordagens, capazes de indicar um rumo possível para superar a barbárie do passado e (re)instituir um futuro conjunto, compartilhado no mesmo espaço público: (a) o passado de violência, em qualquer Estado ou comunidade, somente pode ser enfrentado a partir de uma ética da memória que contemple a totalidade dos relatos que emergem do passado, o que pode ser denominado de memória política inclusiva e (b) o Direito deve (re)definir a sua própria dinâmica ao que sugere a rememoração política, sob pena de admitir a exclusão de relatos, em uma repetição da barbárie, o que torna imprescindível realinhar a teoria do Direito a partir de um viés fraterno, capaz de assumir as diferenças – e o Outro – como perspectiva componente da mesma realidade, sem remissões constantes a um imaginado e mítico *progresso*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. **A Doutrina Cristã.** São Paulo: Paulus, 2002.

ALBORNOZ, Suzana. **Violência ou não-violência: um estudo em torno de Ernst Bloch**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

___, Hannah. **Sobre a violência.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas: Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura.** 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher (Org.). **Macmillan Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**, USA, 2004. v. 3, p. 1.045-1.047.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 29 maio 2018.

___. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

___. STF – Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 24 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 29 maio 2018.

CATROGA, Fernando. **Memória, História e Historiografia**. Coimbra: Quarteto Editora, 2001.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV). **Resolução nº 2, de 20 de agosto de 2012, da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, DF, D.O.U. em 17 de setembro de 2012. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/resolucao_2_CNV_200812-2.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acesso em: 29 maio 2018.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FEBVRE, Lucien. **Combates por la historia.** Barcelona: Planeta-agostini, 1993.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro, 2006.

MÉNDEZ, Juan E. Accountability for past abuses. **Human Rights Quarterly**, v. 19, n. 2, p. 255-282, may 1997.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: FAPESP, 2006.

MORIN, Edgar. (Org.). **O Desafio do Século XXI – Religar os Conhecimentos.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

REPARAÇÃO. Direção: Daniel Moreno. Documentário. 2010. (93min), son., color.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Campinas: Unicamp, 2007.

TODOROV, Tzevetan. **Los abusos de la memória.** Barcelona: Paidós, 2000.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE**: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

SUPERANDO O PRECONCEITO RACIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Fernanda da Silva Machado[1]

1 INTRODUÇÃO

Os afro-brasileiros foram e são de suma importância no corpo social brasileiro, pois contribuíram de forma ímpar para o crescimento desta Nação, sofrendo danos irreparáveis por conta de tal aporte, que se deu, inicialmente, através da escravidão. Porém, como se percebe, a raça negra jamais recebeu nada em troca para tal, muito pelo contrário, sobreviveu a condições desumanas impostas no período escravista, não obtendo nenhum reconhecimento por tal cooperação compulsória fornecida.

Com o decorrer dos anos, este não conseguiu a inserção na sociedade, mas foi expelido para os subúrbios, vivendo de forma desigual perante a sociedade elitista, que se auto identifica como branca e assume características branco-europeu, como representação de uma superioridade étnica, passando a tratá-lo como escória da humanidade, expondo-o a práticas racistas humilhantes e degradantes, ferindo sua dignidade e o tratando de forma desigual, não obtendo as mesmas oportunidades que o restante da sociedade, mas enfrentou, e enfrenta até a contemporaneidade, dificuldades severas para inserir-se na sociedade, desde a educação até o mercado de trabalho.

Nessa esteira, o presente artigo possui como escopo primordial a demonstração do racismo no ambiente de trabalho, onde se abordará a ocorrência da discriminação no Direito do Trabalho, discorrendo sobre as generalidades do racismo e a sua difusão na seara trabalhista.

Após, será realizada uma análise do racismo no Direito do Trabalho, apresentando as generalidades sobre o racismo, o contexto histórico dos afrodescendentes no Brasil e como construiu-se a desigualdade abarrotada de uma discriminação que, com o decorrer do tempo, tornou-se silenciosa no meio da sociedade, sendo muito mais dificultoso identificar e extinguir da sociedade e, principalmente, no mercado de trabalho. Tratar-se-á a questão racista no ambiente trabalhista, evidenciando a dificuldade da inserção do negro no mesmo, por ser identificado como "mão de obra desqualificada", fator que se dá pela dificuldade de a comunidade negra inserir-se nas escolas e Universidades, bem como sua proteção no ambiente laboral, pelo racismo praticado horizontalmente e verticalmente, pela dificuldade do obreiro afrodescendente manter-se no seu emprego sem que seja alvo de práticas racistas.

Ver-se-á a fraternidade, abordada na Constituição Federal de 1988, buscando verificar seus objetivos e extensão na sociedade. Por fim, partir-se-á para um breve estudo da efetivação dos direitos fundamentais e da fraternidade como forma totalmente zelosa em favor do trabalhador afro-brasileiro para inserção no mercado de trabalho e proteção enquanto este estiver introduzido neste, bem como a sua preservação na sociedade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO TRABALHO

Faz-se essencial, em um primeiro momento, demonstrar a forma que os direitos fundamentais estão inseridos no Direito do Trabalho, salientando que os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, parte basilar da mesma, abrangem também o Direito do Trabalho, versa sobre tal afirmação, Maurício Godinho Delgado relata que "sabiamente, a Carta Magna percebeu que a valorização do trabalho é um dos mais relevantes veículos de valorização do próprio ser humano, uma vez que a larga maioria dos indivíduos mantém-se e se afirma, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa.[2]

---

1 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

2 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 182.

Porém, há de se explicar, de forma sucinta, a diferença que há entre o princípio e o Direito, para que não haja confusão na exposição dos mesmos e quanto a sua aplicabilidade, sobre isso, discorre Sérgio Pinto Martins, onde relata que "para o Direito, o princípio é observado dentro de um sistema. O papel nesse sistema será fundamental, pois irá informar e orientar tanto o legislador quanto o intérprete. Dentro da Ciência do Direito, o princípio é uma proposição diretora, um condutor para efeito da compreensão da realidade diante de certa norma. Os princípios do Direito não são, porém, regras absolutas e imutáveis, que não podem ser modificadas, mas a realidade acaba mudando certos conceitos e padrões anteriormente verificados [...].[3]

Prosseguindo, verifica-se que a relação do Direito do Trabalho com os Direitos Fundamentais é deveras estreita, e sobre tal entrelaçamento vê-se, nas palavras de Sérgio Pinto Martins que "[...] a Constituição estabelece uma série de Direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos artigos 7ª a 11. Mais especificadamente no art. 7º, a Lei Maior garante direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais, especificando-os em 34 incisos. [...] Mesmo o empregador avulso tem assegurados seus direitos no inc. XXXIV do art. 7º da Lei Fundamental, que prevê igualdade com os direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente. No art. 8º da Norma Ápice, são previstos os direitos decorrentes da organização sindical. O art. 9º da Lei Magna trata de direito de greve. O art. 6º da Lei Maior prevê que são direitos sociais: o trabalho.[4]

2.1 Contexto Histórico do Direito do Trabalho no Brasil

O trabalho sempre esteve presente desde o primórdio da sociedade. Historicamente, na origem, com a ingestão do fruto proibido, gerando a queda do homem, Adão teve o trabalho como um castigo por infringir as regras de Deus[5]. Adiante, vê-se o trabalho como forma de escravidão[6], pois seu próprio nome já demonstrada isso.

Nota-se que neste momento de escravidão não se fala em direitos, apenas no dever de o escravo produzir constantemente para seu senhor. No decorrer do tempo, surge a servidão, onde aqueles que se sujeitavam a seus senhores produziam em troca de proteção. Porém, o trabalho permanecia sendo visto como um castigo, visto que os senhores, os nobres, não exerciam atividade laboral, porém viviam da mão de obra barata e abusiva dos seus servos.

Após, surgem as corporações de ofício, onde dividiam-se em mestres, companheiros e aprendizes, onde havia retribuição, salário, porém, tal ramo foi suprimido pela Revolução Francesa, em 1789, pois eram incompatíveis com o ideal de liberdade do homem[7].

No Brasil, percebe-se que até o final do século XIX, o sistema econômico riquíssimo e promissor foi construído tendo como mão de obra base os escravos, sem que pudesse falar sobre algum direito do trabalhador, tampouco houvesse margem para que pudesse explorar ou tentar formar alguma ideia de reinvindicação de direitos, uma vez que escravo que lutasse, resistisse ou fugisse, era condenado ao tronco, a espancamento severo, a isolamento, a frente de todos, para que servisse como exemplo para que os outros escravos jamais tentasse o mesmo.

A partir da promulgação da Lei Áurea, em 1888, abolindo a escravatura, deu-se início ao processo de idealização dos direitos para os trabalhadores. Em decorrência disto, vê-se a evolução da construção do Direito do Trabalho brasileiro, de 1888 a 1930, onde Maurício Godinho Delgado explana que "trata-se de período em que a relação em que a relação empregatícia se apresenta, de modo relevante, apenas no segmento agrícola cafeeiro avançado de São Paulo e, principalmente, na emergente industrialização

3 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 128.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho. – 30. Ed.** – São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

5 Livro do Gênesis, capítulo 3, verso 17: "Então voltou-se para o homem e ordenou: "Porque escutaste a voz de tua mulher e comeste da árvore que Eu te proibira comer, maldita é a terra por tua causa! **Com sofrimentos obterás do solo o teu alimento, todos os dias da tua vida** [grifo nosso]. " (Bíblia King James atualizada (Português) 2012. Disponível em: <http://bibliaportugues.com/kja/genesis/2.htm> Acesso em: 10 mai. de 2018).

6 "Trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho. " (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho. – 30. Ed.** – São Paulo: Atlas, 2014. p. 04.)

7 MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito do trabalho. – 16. Ed.** – São Paulo: Atlas, 2015. P. 3.

experimentada na capital paulista e no Distrito Federal (Rio de Janeiro), a par do setor de serviços desses dois mais importantes centros urbanos do país"[8].

Em 1930, surgem regras referentes ao Direito do Trabalho, com o governo de Getúlio Vargas, onde deu-se uma avalanche de decretos sobre o trabalho, que versavam sobre profissões, trabalho de mulheres, salário-mínimo. Sobre tal acontecimento, afirma-se que "o século XX foi *o século do trabalho*"[9].

Após, a Constituição de 1937, abordou conteúdo corporativista, inspirada na Constituição polonesa e na *Carta del Lavoro*, de 1927, documento criado pelo Partido Nacional Fascista, de Benito Mussolini, na Itália. Os avanços não se resumiram a tais ocorrências, pelo contrário, as conquistas trabalhistas no Brasil continuaram, como em 1943 o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não sendo esta um código, mas conjunto de normas já existentes de forma sistematizada, organizada.

Ainda, houveram constituições que ampliaram os direitos trabalhistas, como a Constituição de 1946, prevendo a participação dos trabalhadores nos lucros, o repouso semanal remunerado, estabilidade, direito de greve, etc. A Carta Magna de 1967, reafirmou os direitos trabalhistas e, por fim, mas não menos importante, muito pelo contrário, a Constituição Federal de 1988, versando explicitamente dos direitos trabalhistas no corpo dos Direitos Sociais.

E, por fim, neste apanhado histórico, não se pode esquecer da mais recente mudança, que foi a aprovação da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que altera dispositivos da CLT, além de acrescer normas onde a referida restava faltosa, realizando modificações significativas para a relação empregado *versus* empregador na atualidade.

3 RACISMO NO DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO

Após análise da construção do Direito do Trabalho, bem como da sua fundação e aplicabilidade, juntamente com os direitos fundamentais, passa-se a análise e exposição do tema central do presente trabalho, que é o racismo existente no Direito no Trabalho contemporâneo, buscando explorar e conceituar o seu surgimento, explanando a ocorrência atual do mesmo e as consequências para o empregado, o empregador e a sociedade como um todo, que sofre com a discriminação desde a antiguidade.

Porém, é necessário minuciar o tema, onde se detecta que antes de existir a discriminação propriamente dita, existe o preconceito, que dá à luz a mesma, e explana Paulo Jakutis que "trata-se do preconceito que, como a própria palavra sugere, é o conceito criado antes do momento correto. Normalmente, seguindo a ordem natural das coisas, o ser humano deveria primeiro manter contacto com o objeto do estudo, analisa-lo e, posteriormente, construir uma ideia a respeito daquilo que foi estudado. [...] Como um conceito formado a priori, o preconceito despreza evidências científicas, evita a análise e ignora a luz de todo e qualquer pensamento mais detido. Não há exagero, portanto, quando se afirma que o preconceito mutila o ser humano e o faz incompleto"[10].

A ideia do preconceito é utilizar-se de ideias sem base alguma para tornar o próximo inferior a si mesmo, violando-o, atingindo sua dignidade, sua moral, ferindo-o e, automaticamente, o fazendo sentir-se reduzido mediante a ideia exposta. O preconceito, então, exteriorizado, concebe a discriminação, e nisto completa Paulo Jakutis expondo que "se o preconceito é a ideia concebida previamente, sem o indispensável conhecimento do objeto sobre o qual se emite opinião, **discriminação pode ser entendida como o preconceito em movimento, de sorte a excluir, prejudicar ou marginalizar outrem**. Em outras palavras,

8 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho. – 10. Ed.** – São Paulo: LTr, 2011. p. 106.

9 "Foi o século em que este deixou de ser um *fato entre outros* da existência humana e se tornou seu *aspecto central*. O trabalho deixou de estar submetido aos tempos da natureza e às variáveis climáticas e passou, ele próprio, a reger o tempo dos homens. Deixou de ser apenas *meio* de subsistência e tornou-se, para um número cada vez maior de pessoas, elemento constitutivo de identidade. " (FRANCO, Raquel Veras. **CGEDM/TST** – Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia- da-justica-do-trabalho#_ftn1>. Acessado em: 10 mai. 2018).

10 JAKUTIS, Paulo. Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio moral, ... São Paulo: LTr, 2006. p. 28.

por discriminação entende-se o desprezo e (ou) prejuízo imposto a uma pessoa, ou grupo de pessoas, por conta de um preconceito. [...] quando a pessoa é marginalizada e deixa de receber um benefício em razão da cor da pele, da idade, do sexo ou da orientação sexual, política, religiosa, por exemplo, dizemos que essa pessoa está sendo vítima de discriminação, que então pode ser classificada como racial, sexual, etária, política, religiosa, etc. [grifo nosso]"[11].

Ademais, é correto afirmar que, pelo ego do ser humano em sempre querer ser melhor que o próximo, há uma nascente do preconceito e, consequentemente, da discriminação, a partir do momento que se procura pontos, sem fundamento algum, em que possa se impor frente ao próximo, vindo a rebaixá-lo, excluí-lo de certa forma, do seu contexto ou para ser meramente um líder sobre tal, demonstrando sua superioridade.

O que assusta é analisar o cenário brasileiro, onde 2 a cada 10 brasileiros admitem ser preconceituosos[12], segundo pesquisa realizada pelo Ibope, porém, ao serem indagados sobre o tema, 73% dos entrevistados afirmaram ter feito comentários racistas, machistas ou homofóbicos. E, para melhor compreensão do tema, conceitua-se, neste momento, discriminação para compreender seu real significado e o impacto que tal prática causa ao ser humano, que "consiste, basicamente, em tratar de maneira diferente pessoa por motivo não justificável. **A discriminação vedada é aquela que, como regra, causa prejuízo a pessoa discriminada**. [...]. A palavra discriminação é derivada de *discriminatio*, de discriminar (discriminar, separar, distinguir), vocábulo que na linguagem jurídica é usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-se umas das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão. **Assim, a discriminação, de acordo com seu sentido literal, produz limitação, determinação ou separação entre coisas iguais ou diferentes** [...] [grifo nosso]"[13].

Analisando tal citação, identifica-se que a pessoa que comete o ato de discriminação o faz com objetivo de superioridade, fazendo da vítima um ser inferior diante de si, reputando-o algum sentido baixo, seja por palavras ou por atitudes. Agora, há como dimensionar o dano causado ao trabalhador frente a discriminação, por qualquer razão que seja? Como descrever o dano sofrido por aquele que já está em uma relação desigual perante seu empregador, ou supervisor, ou até mesmo seu colega?

José Claudio Monteiro de Brito Filho discorre que "discriminar, em matéria de trabalho, dessa feita é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção do emprego, pela criação de desigualdades entre as pessoas"[14]. O que compreende-se, a partir de tal afirmação, é que aquele que acaba por ser discriminado no seu ambiente de trabalho, seja pelo motivo que for, torna-se automaticamente vulnerável no cenário econômico, sendo a parte mais fraca no elo, não mais somente da relação de emprego, como já analisado que o empregado é a parte mais vulnerável da relação empregado versus empregador, mas sendo a parte mais frágil perante toda sociedade brasileira. Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva minucia que "quando ocorre no trabalho, a discriminação atinge o homem na sua totalidade, nas suas relações sociais e familiares, abrindo uma ferida de difícil cicatrização e reparação"[15], ou seja, o trabalhador não acaba por ser atingido apenas no seu ambiente de trabalho como carrega consigo mesmo a aflição da ação discriminatória sofrida, o que acaba por ampliar as consequências e os prejuízos não somente ao próprio, mas a todos que lhe rodeiam, bem como a toda sociedade.

Mas como identificar a ocorrência do ato discriminatório referente ao ambiente de trabalho? De forma esclarecedora discorre sobre o tema Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva, relatando que "a discriminação no trabalho pode ocorrer nas seguintes circunstancias: no acesso, quando a empresa deixa de contratar pessoas pertinentes a determinada minoria; durante a relação de emprego, quando os grupos discriminados são impedidos de ser promovidos aos cargos mais elevados na empresa; e no momento da

11 JAKUTIS, Paulo. Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio moral, ... São Paulo: LTr, 2006. p. 28

12 DIOGENES, Juliana. CASTANHO, William. "Só 2 em cada 10 brasileiros admitem ser preconceituosos, diz pesquisa do Ibope". O Estado de São Paulo. Publicado em 09/10/2017, às 03h00. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,so-2-em-cada-10-brasileiros-admitem-ser-preconceituosos-diz-pesquisa-do-ibope,70002034390> . Acesso em: 12 mai. de 2018

13 OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. – São Paulo: LTr. 2008. p. 28.

14 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 42.

15 SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial do trabalho. São Paulo, LTr, 2005. p. 33.

despedida, quando decorre do fato de o empregado pertencer em situação de desvantagem. Como exemplo da primeira situação, citamos: a não contratação, por determinada empresa, de pessoas praticantes de religiões diversas da opção dos dirigentes da mesma. No segundo caso, observamos a existência de empresas que não permitem a promoção de empregados negros, mantendo-os em cargos de baixos salários e pouca visibilidade. E na última circunstância, é ilustrativa a despedida de pessoas motivadas pelo fato de serem portadoras do HIV"[16].

Visando a proteção para os vulneráveis, o Brasil, signatário da OIT, ratifica a Convenção nº 111, que trata sobre "a discriminação em matéria de emprego e profissão"[17]. E, adentrando na seara da discriminação por raça, o objeto deste artigo, traz-se uma breve definição, versando Luciane Cardoso Barzotto, com base da Convenção supracitada que "para a OIT, a raça é o critério apontado com maior incidência nos textos legais nacionais, como discriminação direta a ser eliminada. As diferenças de cor são somente uma expressão das características étnicas. Porém, por serem visíveis, estão normalmente vinculadas ao fator racial"[18].

A problemática enfrentada atualmente no cenário brasileiro é pelo fato do ato racista ocorrer de forma oculta, subliminar, silenciosa, muitas vezes imperceptível aos demais, mas que não deixa de ferir aquele que sofre, aquele que foi o alvo.

3.1 GENERALIDADES ACERCA DO RACISMO NO BRASIL

Para que se possa fazer uma breve citação sobre o racismo, importante se faz ter em mente um conceito sobre tal, e sobre tal temos que "com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores"[19].

Discorrer sobre o tema racismo requer cautela e cuidadosa análise, uma vez que a problemática é enfrentada a décadas e, com o passar dos anos, adquiriu vastas dimensões, afluindo silenciosamente. Algumas décadas atrás, o racismo era um problema a ser enfrentado apenas pelo negro e pela comunidade negra, porém, com o decorrer dos anos, demonstrou ser um problema global, a ser enfrentado e combatido por toda sociedade.

De fato, é estarrecedora a realidade demonstrada no território brasileiro, uma vez que "segundo dados do Censo de 2010, a população negra e parda, que representa 50,7% da população brasileira, é prevalente quando o assunto é desigualdade social. O Censo revelou que, em 2010, 70% das 16,2 milhões de pessoas que vivam na pobreza extrema (leia-se: com renda igual ou inferior a R$ 70,00 por mês) eram negras ou pardas"[20].

Destarte, se destaca que tal número não se dá por simples fatores, tendo em vista a especificidade supracitada, a saber: o fator racial. A partir de tal constatação, já se tem a leitura que há um favorecimento

16 SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial do trabalho. São Paulo, LTr, 2005. p. 33-34.

17 Aqui ressalva-se o que constitui discriminação ao olhar da OIT, o que dispõe o artigo 1º, 1, a seguir colacionado: "1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados." (BRASIL. Convenção nº 111, Organização Internacional do Trabalho, 15.06.1960. Disponível em: Acesso em: 12 mai. de 2017).

18 BARZOTTO, Luciane Cardoso [coordenadora]; RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal [editor]. Trabalho e Igualdade: Tipos de Discriminação no Ambiente de Trabalho. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012, p. 42.

19 BOBBIO, Norberto. Dicionário de política, 11. ed., Brasília: UnB, 1983.

20 AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 33.

sobre algumas raças existentes, onde uns estão sendo privilegiados em detrimentos de outros, e, no Brasil, sabemos que a história do racismo dá-se desde a época do descobrimento do território, quando portugueses se instalaram e viram a necessidade de uma mão de obra que lhes fosse útil e sem demasiados custos, iniciando a escravização pelos índios e, posteriormente, traficando negros da África ao Brasil para tal[21]. Nisto, tudo tornou-se mais dificultoso para a minoria negra, pois, com a escravidão, era visto apenas como um objeto, um serviçal, como se não fosse humano, mas uma peça, parta da mobília, pessoa não digna de respeito.

3.1.1 O PERÍODO DA ESCRAVIDÃO

No cenário do descobrimento do Brasil verifica-se que os portugueses, ao se depararem com a necessidade de ter alguém para desenvolver o trabalho braçal pesado, não obtendo êxito na escravidão dos índios que aqui já habitavam, viram na sua cor certa superioridade, onde não detiveram dos seus para tal, porém, buscaram em outra população, a saber, a africana, encontrando a força que necessitavam de forma fácil e, economicamente, favorável.

Entretanto, a escravidão propriamente dita não constatou-se pelo fato dos portugueses simplesmente transportarem os africanos para desenvolvimento da mão de obra no Brasil, mas pela forma com a qual dispensavam tratamento aos negros: navios negreiros com condições desumanas, onde muitos morriam antes que viessem a chegar no destino, sendo aqueles que não sobreviviam, por fatores de saúde muitas vezes, simplesmente descartados ao mar, além do tratamento como simples mercadorias nas praças, quando eram analisados e comprados pelos senhores brancos, além de castigos seus senhores, jamais percebendo uma remuneração pelo trabalho desenvolvido, alojamento em galpões imundos e úmidos, denominadas "senzalas", acorrentados para que não houvesse fuga, amontoados uns sobre os outros, e tantos outros fatores bárbaros, impiedosos, que fizeram da população negra no Brasil, uma população praticamente taxada como serviçal ou, muitas vezes, nem humana[22].

Claro que, não pode-se deixar em branco, que a população negra lutou, buscou ser ouvida, porém, mesmo com todo empenho, as "vitórias" vieram muito após. A abolição da escravatura no Brasil deu-se apenas em 1888, com a promulgação da Lei Imperial 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, pela Princesa Regente do Brasil, Dona Isabel, libertando 700 mil escravos, num país que possuía 15 milhões de pessoas, tendo em conta que muitos já haviam sido libertados pelos seus senhores ou encaixavam-se na Lei do Ventre Livre ou na Lei dos Sexagenários[23].

Resume Valter Roberto Silvério explanando que "a reação mais contundente ao regime colonial, no caso brasileiro, foi sem nenhuma dúvida as várias experiências quilombolas que a historiografia oficial sempre tentou desconsiderar ou reduzir sua importância"[24]. E esta é mais uma questão a ser pensada, sobre o porquê desde a antiguidade até o presente momento, tantos aspectos culturais da luta dos afro-brasileiros foram *ocultados* de certa forma, e o reconhecimento por todo processo passado por eles. O avanço de

21 A escravização africana no Brasil passou a sofrer incentivos da Coroa após 1570 e, assim, segundo o historiador Thomas E. Skidmore, a partir de 1580, chegavam ao nordeste brasileiro pelo menos dois mil escravos africanos por ano. Os escravos eram trazidos ao Brasil em embarcações conhecidas como navios negreiros e em condições extremamente precárias. Os historiadores estimam que, ao longo da história da escravidão africana no Brasil colonial, foram trazidos cerca de quatro milhões de africanos. Os escravos eram utilizados nos mais diversos tipos de trabalho, com maior destaque para a sua utilização nos engenhos produtores de açúcar e nos centros de mineração a partir do século XVIII. O regime de escravidão no Brasil impunha ao africano (e ao indígena também) um regime de trabalho exaustivo e desumano. Além disso, os escravos eram mantidos em condições precárias, muitas vezes mal alimentados e vítimas dos mais variados tipos de violência." (NEVES, Daniel. Escravidão no Brasil Colonial. Disponível em: <https://historiadomundo.uol.com.br/idade-moderna/escravidao-no-brasil-colonial.htm>. Acesso em: 12 mai. de 2018).

22 "A história da Escravidão no Brasil." Disponível em: <http://trabalho-escravo.info/a-historia-da-escravidao-no-brasil.html>. Acesso em: 12 mai. de 2017.

23 ANDRADE, Ana Luíza Mello Santiago de Andrade. Lei Áurea. InfoEscola, 2015. Disponível em: < https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-aurea/>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

24 SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 117. p. 230.

conquistas por parte da população negra é lento, tem barreiras, muitas vezes sem apoio governamental e, principalmente da sociedade em geral, que acaba por tratar atos racistas como mera brincadeira, sem compreender a gravidade existente na prática. A saber, que o Dia da Consciência Negra[25] só foi reconhecido e institucionalizado em 2011, 316 anos após a morte de um dos maiores lutadores e precursores da liberdade dos negros, Zumbi dos Palmares.

3.1.2 O RACISMO NO MERCADO DE TRABALHO

Após a abolição da escravatura os negros saíram em busca da tão sonhada liberdade. Porém o que eles não esperavam era se deparar com a realidade que lhes fora imposta; não tinham moradia, instrução, roupas, dinheiro, suporte, auxílio dos governantes à época, etc. Então, muitos acabaram por retornar aos senhores de escravos, por uma mão de obra mísera, mal podendo manter-se com a "remuneração" que percebera, outros, sem condições de inserir-se em uma sociedade branca racista, que considerava-se superior aos negros, foram enxotados das cidades, vivendo em comunidades isoladas, em condições minguadas, iniciando o crescimento dos subúrbios e de uma longa história de discriminação que acarreta em danos a sociedade até hoje.

Outro aspecto a ser analisado a respeito disto, é o advento das indústrias e do desenvolvimento da modernização no Brasil; a mão de obra passou a ser exportada, sendo fornecida por imigrantes europeus, sendo os negros analisados como uma mão de obra desqualificada diante destes, acarretando em uma disputa desigual por oportunidades de trabalho.

Emmanuel Teófilo Furtado Filho relata o período pós-abolição da seguinte forma: "Os negros foram arremessados das senzalas para as periferias das cidades, vivendo na pobreza e na marginalização. Ao ex escravo, após tantos anos de exploração e luta pela sobrevivência, não era presente a ideia de acumulação de capital. A falta de perspectiva e a busca por cidadania se deram de maneiras diferentes em cada região do país. No sudoeste, os negros se viram excluídos diante da concorrência com os muitos imigrantes europeus e as políticas de branqueamento da população nacional. [...] O racismo fez-se presente e encontrou apoio nas teorias racistas que proclamavam a inferioridade do negro em relação ao branco. [...] O europeu era visto como mais qualificado e o negro como inútil, não servindo nem mais para o trabalho"[26].

Demonstra-se que a realidade do negro, apesar das condições desumanas que antes vivera, agravou com o decorrer dos anos, com a sua sonhada "liberdade". A população negra acabou por ser enxotada,

25 "O Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, celebrado em 20 de novembro, foi instituído oficialmente pela lei nº 12.519, de 10 de novembro de 2011. A data faz referência à morte de Zumbi, o então líder do Quilombo dos Palmares – situado entre os estados de Alagoas e Pernambuco, na região Nordeste do Brasil. Zumbi foi morto em 1695, na referida data, por bandeirantes liderados por Domingos Jorge Velho. A data de sua morte, descoberta por historiadores no início da década de 1970, motivou membros do Movimento Negro Unificado contra a Discriminação Racial, em um congresso realizado em 1978, no contexto da Ditadura Militar Brasileira, a elegerem a figura de Zumbi como um símbolo da luta e resistência dos negros escravizados no Brasil, bem como da luta por direitos que seus descendentes reivindicam. [...]. Com a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988, vários segmentos da sociedade, inclusive os movimentos sociais, como o Movimento Negro, obtiveram maior espaço no âmbito das discussões e decisões políticas. [...] A figura de Zumbi dos Palmares é especialmente reivindicada pelo movimento negro como símbolo de todas essas conquistas, tanto que a lei que instituiu o dia da Consciência Negra foi também fruto dessa reivindicação. O nome de Zumbi, inclusive, é sugerido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana como personalidade a ser abordada nas aulas de ensino básico como exemplo da luta dos negros no Brasil." (FERNANDES, Cláudio. 20 de Novembro - Dia Nacional da Consciência Negra; Brasil Escola. Disponível em: http://brasilescola.uol.com.br/datas-comemorativas/dia-nacional-da-consciencia-negra.htm. Acesso em 12 mai. de 2018).

26 FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas. São Paulo: LTr, 2013. p. 66-67.

tentando sobreviver em meio a sociedade que lhes impôs uma forte concorrência, como já visto. Logo, o afrodescendente, aquele que fora fundamental para o desenvolvimento da história do Brasil e chave fundamental para o enriquecimento da elite que aqui habitava, passou a ser alvo de uma discriminação sem igual, criada pela mente desta, que se mantem até agora. Maria Aparecida Silva Bento afirma que "na verdade, quando se estuda o branqueamento, constata-se que foi um processo inventado e mantido pela elite branca brasileira, embora apontado por essa mesma elite como um problema do negro brasileiro. [...] O outro lado dessa moeda é o investimento na construção de um imaginário extremamente negativo sobre o negro, que solapa sua identidade racial, danifica sua autoestima, culpa-o pela discriminação que sofre e, por fim, justifica as desigualdades raciais"[27].

É certo que houveram políticas criadas para inserção das minorias na sociedade, bem como no mercado de trabalho, porem barreiras a serem transpostas pela comunidade negra existem, pois ainda permaneciam no cenário de desigualdade, discriminação e injustiça social.

Todo este processo, por mais que tenham ocorrido significativos avanços, resultou em uma sociedade visivelmente desigual na atualidade, onde o racismo é tratado como um tabu, muitos afirmam que não existe, outros afirmam que até existe, mas é algo da cabeça da comunidade negra e que eles são detentores da própria discriminação. Alguns quando questionados até dirão que já viram um ato discriminatório, mas se indagados se praticaram algum, negarão prontamente. E a prova disto é que, segundo pesquisa do Censo de 2010[28], os negros e pardos seguem até os dias atuais percebendo salários mais baixos que os brancos. Sarita Amaro, que aprofundou seu estudo sobre as políticas raciais no Brasil, utilizando-se do referido Censo, explica que os brancos "ganham 2,4 vezes mais, com destaque para a região sul, em que a população branca percebe 70% mais que aquela que se autodeclarou preta"[29].

Ou seja, na atualidade o negro tem dificuldade de adentrar no mercado de trabalho e, posteriormente, tem a tendência de receber remuneração menor que brancos, além de deparar-se com a discriminação no ambiente de trabalho. Com todo este contexto inicia-se uma via dolorosa para os afro-brasileiros: adentrar no mercado de trabalho e manter-se com dignidade, sem que venham ser alvo de discriminação e venham receber por seu trabalho de forma igualitária a uma pessoa branca, e, quiçá, ocupar cargo de liderança.

A matéria publicada em 21 de junho deste ano no site Estadão – Portal do Estado de São Paulo informa que, "segundo dados de uma pesquisa do Instituto Ethos, realizada em no último ano, pessoas negras ocupam apenas 6,3% de cargos na gerência e 4,7% no quadro executivo, embora representem mais da metade da população brasileira. Neste contexto, a presença de mulheres negras, em comparação aos homens, é ainda mais desfavorável: elas preenchem apenas 1,6% das posições na gerência e 0,4% no quadro executivo. A situação só se inverte nas vagas de início de carreira ou com baixa exigência de profissional, como em nível de aprendizes (57,5%) e trainees (58,2%)"[30].

O especialista sociólogo Luiz Chateaubriand afirmou, em entrevista ao Jornal Estado de Minas que "o racismo é um componente da estruturação do mercado de trabalho. Sob qualquer aspecto que se observe, a raça pesa, é um condicionante que influencia o lugar do negro nos postos de trabalho", e ainda demonstra que para que ocorra mudanças são necessários dois passos significativos, explicando que "é preciso equalizar as liberdades de acesso à educação, em qualquer nível, que permitam às pessoas ingresso independente da raça. No mundo do trabalho, também tem que haver um bom sistema de cotas, solução que não é permanente, mas necessária para se alcançarem percentuais melhores, especialmente na esfera privada"[31].

---

27 BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquetude no Brasil. In: Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo, 2011. p. 25.

28 CENSO 2000. Disponível em: <http://www.ibge.org.br/>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

29 AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 34.

30 AMCHAM BRASIL. Mercado de trabalho ainda é excludente para negros no Brasil. São Paulo, Estadão. Publicado em: 21/06/2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/mercado-de-trabalho-ainda-e-excludente-para-negros-no-brasil/>. Acesso em: 24 out. de 2017.

31 LOPES, Valquiria. Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Minas Gerais, Jornal Estado de Minas. Publicado em: 23/07/2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em: 24 out. de 2017.

E, para acabar com essa desigualdade que há no mercado de trabalho, no que tange a remuneração, não está tão perto do fim, muito pelo contrário, ainda há uma grande caminhada pela frente. Atualmente, até houve a constatação de que a diferença no recebimento do salário entre brancos/negros diminuiu em 2015, porém não é o suficiente. Em matéria publicada pelo Uol Empregos[32], de São Paulo, ficou demonstrado que mesmo com essa diminuição, os negros recebem apenas 59,2% dos rendimentos dos brancos em 2015. Num ranking de 140 países, o Brasil encontra-se na 10ª posição como país desigual, segundo dados do Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), e ainda "considerando dados de 2015, vemos que os brancos ganhavam, em média, o dobro que os negros. No período de 20 anos, os negros ganhavam 45% do valor de 57% dos brancos. Se for mantido o ritmo, a equiparação da renda média dos negros com os brancos ocorrerá somente em 2089"[33].

A partir de tais constatações percebe-se a dificuldade que a população negra encontra-se para inserção no meio social e, especificamente, no meio de trabalho sem que venha ser algo de práticas discriminatórias e passe a conquistar a oportunidade de perceber o mesmo montante que um branco, podendo, também e como de direito, ocupar cargos de chefia e confiança, mas para isso é necessário que sejam efetivados os direitos fundamentais. Há que se ter em mente que uma sociedade discriminadora é uma sociedade doente, que não reconhece os direitos fundamentais e não reconhece o próximo como ser dotado de direitos.

Porém, pode-se dizer, que há uma ferramenta mais interessante de ser utilizada, o sentimento fraterno, para que barreiras venham ser derrubadas na sociedade e o ser humano, independente de raça, venha ver no seu próximo como a si mesmo.

3.3 DA FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Preâmbulo da Carta Magna brasileira traz o seguinte texto: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL [grifo nosso]"[34].

A partir de tal leitura questiona-se: o que é a fraternidade? Do dicionário Priberam: "fra·ter·ni·da·de (latim *fraternitas, -atis*) substantivo feminino: Parentesco de irmãos ou irmãs. = IRMANDADE; União ou. Afeto entre irmãos = CONFRATERNIDADE; Amor ou. Afeto em relação ao próximo. = FRATERNIZAÇÃO; Boa convivência ou harmonia entre as pessoas. = FRATERNIZAÇÃO"[35].

Percebe-se que a fraternidade é um laço de compaixão e amor demonstrado entre as pessoas e, quando abordado na Constituição Federal, traz a ideia de uma sociedade que viva unida, conjunta, sem qualquer traço de distinção ou sobreposição de uns com outros, reconhecendo a humanidade que há no próximo. Sonilde Lazzarin explica que "a fraternidade pressupõe que a minha liberdade não se possa realizar sem a liberdade do outro, é considerada um princípio que está na origem de um comportamento relacional e, exatamente por isso, além de ser um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. A Constituição Federal de 1988 resgatou o princípio da fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo, o compromisso com uma sociedade fraterna,

32 UOL, Diferença cai em 2015, mas negro ganha cerca de 59% do salário do branco. São Paulo, UOL. Publicado em 28/01/2016. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm?cmpid=copiaecola> . Acesso em: 12 mai. de 2018.

33 SANTIAGO, Tatiana. Mulheres negras são as que mais sofrem com desigualdade em SP, aponta pesquisa – São Paulo, G1. Publicado em 24/10/2017. Disponível em: < https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdadeem-sp-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

34 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: Acesso em: 10 mai. de 2018.

35 "fraternidade", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Https://www.priberam.pt/dlpo/fraternidade [consultado em 10-05-2018].

pluralista e sem preconceitos. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. **A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal** [grifo nosso]"[36].

Logo, pode-se pensar a fraternidade ligada ao Direito do Trabalho no sentido de respeito e reciprocidade com o próximo, reconhecendo-o como igual, e sabe-se que a relação empregatícia é desigual, pela hipossuficiência do empregado e o poder de direção do empregador, relação esta que muitas vezes é carregada de preconceitos.

Agora deve-se pensar a forma que a atitude fraterna de reconhecimento do próximo poderia contornar e transformar a realidade do Brasil no tocante ao racismo. Quando Jesus fora questionado acerca dos mandamentos primordiais, Ele claramente declarou que se deveria amar o próximo como a si mesmo[37]. Vê-se aqui um ato fraterno, de amar o próximo, reconhece-lo como o ser humano reconhece a si, sujeito de direitos.

Explanando melhor o assunto, afirma Luciane Cardoso Barzotto e Luis Fernando Barzotto que "na relação com outrem, a fraternidade estabelece que deve-se assumir sua perspectiva (empatia), mas ao mesmo tempo, submetê-la a uma crítica racional (imparcialidade). Ou seja, os interesses e fins da outra pessoa devem ser assumidos pelo sujeito (empatia), mas estes interesses e fins devem ser avaliados à luz do que seria considerado correto por um observador estranho à relação (imparcialidade). A fraternidade sintetiza assim uma aproximação de outrem (empatia) e um distanciamento de si e de outrem (imparcialidade), de tal modo que a fraternidade pode ser definida como empatia imparcial ou imparcialidade empática, tornando a comunicação entre as pessoas - no sentido amplo de pôr o próprio em comum, entrar em relação - algo refletido criticamente pela consciência dos envolvidos."[38]

Pode se parecer difícil a colocação da fraternidade como uma solução no ordenamento jurídico, no tocante ao Direito do Trabalho, porém, como explana Sonilde Larrazin, "é compreensível a dificuldade para incluir a fraternidade como categoria jurídica constitucional, tendo-se em vista que ela é, via de regra, compreendida como um agir espontâneo, destituído de coatividade, incompatível, portanto, com o direito. Porém, a fraternidade como princípio, inspira e norteia o conjunto de normas, além de apresentar também um importante critério interpretativo dessas mesmas normas. [...] No Brasil, de forma embrionária e contida, já se encontra nas decisões dos tribunais, a fraternidade como fundamento, como um valor constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao decidir em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186-2/DF, proposta pelo partido político Democratas (DEM), **contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade**, além de outros fundamentos aplicou o princípio da fraternidade, dizendo que "No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. **Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade**"[39]. [grifo nosso]"[40].

Percebe-se a fraternidade surgindo como um modo de simplificação das relações na sociedade. Quando o sujeito está de plena entrega para reconhecer o outro como igual a si mesmo, ele jamais irá agir com qualquer ato discriminatório, e aí esta a chave para a abolição do racismo no Brasil, bem como no

36 LAZZARIN, Sonilde. **O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

37 BÍBLIA SAGRADA. Evangélio de Mateus, cap. 22, v. 39. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>. Acesso em 12 mai. 2018.

38 BARZOTTO, L.. C.; BARZOTTO, L. F. . Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica.. In: Lacerda, Luana Pereira;Giacóia Junior, Oswaldo; Santos, Ivanildo; Castilho, Ana Flávia de Andrade. (Org.). Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Lafayette Pozzoli. 1ed.Curitiba: CRV, 2018, v. 1, p. 23-31

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186-2. Disponível em: <http://www.acoes.ufscar.br/admin/legislacao/arquivos/arquivo13.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

40 LAZZARIN, Sonilde. **O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

ambiente de trabalho. Um superior hierárquico, um colega de trabalho que possua o sentimento fraterno jamais irá olhar para alguém de raça negra e terá pensamentos discriminatórios ou o inferiorizará em sua mente ou perante os demais, pois verá nele como o seu igual, verá nele um sujeito de direitos e deveres, que possui valores, que carece de misericórdia, como ele próprio necessita.

O que a fraternidade realizaria no Direito do Trabalho efetivação e concretização dos direitos básicos do obreiro afrodescendente, de modo anterior a judicialização do feito, pois este nem existiria perante um novo pensamento fraterno e, caso houvessem casos, a fraternidade aplicada em Juízo "não suaviza os rigores da lei, mas os intensifica, bem como não desvia o juiz de sua missão de aplicar igualmente a lei, a pretexto de ser "fraterno" em relação a uma das partes"[41].

4 CONCLUSÃO

Encerra-se o presente feito, constatando que há uma longa caminhada para erradicação do racismo no Direito do Trabalho brasileiro, porém pode-se afirmar que nada está perdido.

Buscou-se fazer um breve apanhado histórico da forma como se desenvolveu o Direito do Trabalho e o próprio desenvolvimento do labor desde os primórdios da sociedade, demonstrando, também, como, após um longo período escravista, os afro-brasileiros buscaram sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho. Os números demonstram o tamanho abismo existente nas relações de trabalho entre obreiros brancos e negros, no tocante ao acesso ao trabalho, a sua remuneração, ao tratamento dispensado, entre tantos fatores o qual discorreu-se acima, mas, não pode-se esquecer que deve existir um sentimento para mudança desta realidade: o sentimento fraterno.

Há uma grande dificuldade para que a fraternidade seja relembrada e praticada hodiernamente, mas, a partir do momento que se passar a agir com misericórdia, reconhecendo o próximo como seu igual, não haverá mais espaços na sociedade para discriminar, provocar separações, hierarquias de cor, ações e recebimentos diferenciados de valores.

A sociedade brasileira necessita da conscientização para que haja reciprocidade e para que realmente seja efetivada a igualdade, sem qualquer discriminação, e liberdade, onde o próximo possa exercer seus direitos e cumprir com suas obrigações, deve-se ser praticada a fraternidade.

REFERÊNCIAS

AMCHAM BRASIL. Mercado de trabalho ainda é excludente para negros no Brasil. São Paulo, Estadão. Publicado em: 21/06/2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/mercado-de-trabalho-ainda-e-excludente-para-negros-no-brasil/>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

ANDRADE, Ana Luíza Mello Santiago de Andrade. Lei Áurea. InfoEscola, 2015. Disponível em: < https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-aurea/>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso [coordenadora]; RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal [editor]. Trabalho e Igualdade: Tipos de Discriminação no Ambiente de Trabalho. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012.

BARZOTTO, L.. C.; BARZOTTO, L. F. . Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica.. In: Lacerda, Luana Pereira;Giacóia Junior, Oswaldo; Santos, Ivanildo; Castilho, Ana Flávia de Andrade. (Org.). Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Lafayette Pozzoli. 1ed.Curitiba: CRV, 2018, v. 1, p. 23-31

41 BARZOTTO, L.. C.; BARZOTTO, L. F. . Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica.. In: Lacerda, Luana Pereira;Giacóia Junior, Oswaldo; Santos, Ivanildo; Castilho, Ana Flávia de Andrade. (Org.). Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Lafayette Pozzoli. 1ed.Curitiba: CRV, 2018, v. 1, p. 23-31

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquetude no Brasil. In: Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo, 2011.

BÍBLIA Sagrada King James Atualizada (Português) 2012. Disponível em: Acesso em: 12 mai. de 2018.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política, 11. ed., Brasília: UnB, 1983.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 mai. de 2018.

BRASIL. Convenção nº 111, Organização Internacional do Trabalho, 15.06.1960. Disponível em: < https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao111.pdf>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186-2. Disponível em: <http://www.acoes.ufscar.br/admin/legislacao/arquivos/arquivo13.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

CENSO 2000. Disponível em: <http://www.ibge.org.br/>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIOGENES, Juliana. CASTANHO, William. "Só 2 em cada 10 brasileiros admitem ser preconceituosos, diz pesquisa do Ibope". O Estado de São Paulo. Publicado em 09/10/2017, às 03h00. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,so-2-em-cada-10-brasileiros-admitem-ser-preconceituosos-diz-pesquisa-do-ibope,70002034390>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

FERNANDES, Cláudio. 20 de Novembro - Dia Nacional da Consciência Negra; Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilescola.uol.com.br/datas-comemorativas/dia-nacional-da-consciencia-negra.htm>. Acesso em 12 mai. de 2018.

FRANCO, Raquel Veras. **CGEDM/TST** – Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia- da-justica-do-trabalho#_ftn1>. Acessado em: 12 mai. 2018.

FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas. São Paulo: LTr, 2013.

JAKUTIS, Paulo. Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio moral, ... São Paulo: LTr, 2006.

LAZZARIN, Sonilde. **O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

LOPES, Valquiria. Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Minas Gerais, Jornal Estado de Minas. Publicado em: 23/07/2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho. – 30. Ed.** – São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito do trabalho. – 16. Ed.** – São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel. Escravidão no Brasil Colonial. Disponível em: < http://historiadomundo.uol.com.br/idade-moderna/escravidao-no-brasil-colonial.htm>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. – São Paulo: LTr. 2008.

SANTIAGO, Tatiana. Mulheres negras são as que mais sofrem com desigualdade em SP, aponta pesquisa – São Paulo, G1. Publicado em 24/10/2017. Disponível em: < https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdadeem-sp-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial do trabalho. São Paulo, LTr, 2005.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 117.

UOL, Diferença cai em 2015, mas negro ganha cerca de 59% do salário do branco. São Paulo, UOL. Publicado em 28/01/2016. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

"A história da Escravidão no Brasil. " Disponível em: <http://trabalho-escravo.info/a-historia-da-escravidao-no-brasil.html>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

"fraternidade", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Https://www.priberam.pt/dlpo/fraternidade [consultado em 10-05-2018].

OIT: SOLIDARIEDADE E FRATERNIDADE NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES

Luciane Cardoso Barzotto[1]

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira[2]

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Solidariedade: princípios sociais e trabalhistas da União Europeia e o caminho da Fraternidade; 3.Direitos Humanos dos Trabalhadores como princípios na OIT: a ênfase na atuação com base no princípio da fraternidade; 4. A OIT e a Fraterndiade: Constituição, Normas, Tripartismo e Diálogo Social; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

RESUMO: O trabalho presente analisa as normas internacionais do trabalho e a atuação da OIT como expressão do princípio da fraternidade o qual compõe, ao lado da liberdade e da igualdade, o marco fundamental dos direitos humanos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Solidariedade. Fraternidade. Direitos Humanos dos Trabalhadores.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, mesmo com a Reforma Trabalhista aprovada em 2017, às altas taxas de desemprego que seguem ocorrendo - não apenas no Brasil - assim como as discussões sobre tecnologia e digitalização do mundo do trabalho, volta-se a refletir sobre o Direito Internacional do Trabalho como uma das formas de garantir a proteção ao trabalhador.

Para tanto, menciona-se, por exemplo, de que maneira a União Europeiaestabeleceu, no Capítulo IV, nos artigos 27 a 38, da sua Carta de Direitos Fundamentais[3], os direitos dos trabalhadores como direitos de solidariedade.

Em seguida, se contempla como os direitos dos trabalhadores para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), podem ser vistos como princípios e, como tais, como expressão do princípio da fraternidade. Analisa-se, ainda, se a OIT em sua estrutura, funcionamento e políticas tem a possibilidade de abarcar uma visão/olhar da fraternidade no mundo do trabalho.

---

1 Doutora em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Adjunta da UFRGS e Professora permanente do PPGD em Direito da UFRGS. Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS. Estágio de pós-doutorado na Universidade de Edimburgo em 2011.

2 Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México – UNAM. Estágio de Pós-Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social (2013-2014), realizado na Universidade Málaga (Espanha). Professora Titular lotada no Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – BRASIL, da qual está aposentada desde março/2017. Foi professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito e credenciada como Professora Permanente nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do CCJ/UFSC de 1986 a 2017. É Coordenadora do Núcleo de Pesquisa "Direito e Fraternidade", do CCJ/UFSC, vinculados ao Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. CV: http://lattes.cnpq.br/7598750769331998Email: olgaoliveiralagoa@gmail.com

3 A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000.

2 SOLIDARIEDADE: PRINCÍPIOS SOCIAIS E TRABALHISTAS DA UNIÃO EUROPEIA E O CAMINHO DA FRATERNIDADE

O que se discute hoje, em termos de União Europeia é se pode existir uma real cidadania para todo o trabalhador do bloco econômico, morador da comunidade.

Do ponto de vista clássico o cidadão é aquele atinge o maior grau de igualdade. Para MARSHALL a cidadania é um status de igualdade. O Estado Social se empenhou por esta igualdade, do ponto de vista formal, especialmente o Estado Social Europeu. Cidadania é definida por MARSHALL como"um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade", no qual "todos [...] são iguais com respeito aos direitos e obrigações[4]".

Assim, o conceito de cidadania de Marshall foi ampliado ao longo dos séculos pela aquisição de direitos. O desenvolvimento dos Direitos Humanos evolui historicamente como os elementos de cidadania, os quais contemplam os direitos civis, no século XVIII, os direitos políticos, no século XIX, e os direitos sociais, no século XX.

Cabe esclarecer que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), corresponde ao "[...] primeiro tratado moderno em matéria de Direitos Humanos inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU)"[5], e foi instituída em 1950.A aplicação da CEDH é controlada por um órgão permanente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que foi implantado em 1994[6].

A CEDH desde a sua instituição demonstrou a preocupação com a discriminação, com o objetivo garantir a igualdade de tratamento no gozo de todos os direitos reconhecidos pela referida Convenção, fazendo com que o princípio da não discriminação se tornasse "[...] um princípio orientador de inúmeros documentos do Conselho da Europa (CdE)"[7].

Entretanto, cabe esclarecer que até "[...] 2000, a legislação antidiscriminação na União Europeia (EU) se aplicava exclusivamente aos domínios do emprego e da segurança social e proibia unicamente a discriminação em razão do sexo"[8]. Por isso, a partir de 1970,

> Diversos grupos da sociedade civil começaram a exigir que a proibição da discriminação presente na legislação da União Europeia (EU) abarca-se, também a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual, fazendo com que o Tratado da Comunidade Europeia (CEE) de 1957, sofresse adaptações e alterações por meio das denominadas Diretivas[9].

As Diretivas fazem parte dos instrumentos jurídicos que as instituições européias dispõem para aplicação de suas políticas, e são utilizadas no âmbito da harmonização das legislações nacionais e, se caracterizam pela flexibilidade de sua utilização, pois os Estados-Membros têm a liberdade de escolherem os meios para alcançar seus objetivos.

Desta forma, algumas Diretivas[10] e uma Recomendação (1992), tratam especificamente da aplicação

---

4 MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y clase social**. Madrid:Alianza, 1998, p. 37.

5 UNIÃO EUROPEIA. **Manual sobre legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia**, 2011, p. 12.

6 Cf. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 283.

7 OLIVEIRA, O. M. B. A. de., 2016, p. 283.

8 UNIÃO EUROPEIA, **Manual sobre legislação antidiscriminação**, 2011, p. 14.

9 OLIVEIRA, O. M. B. A. de., 2016, p. 284.

10 Diretivas: 1975/117/CEE, referente à aplicação do princípio de igualdade de retribuição entre trabalhadores masculinos efemininos; 1976/207/CEE, relativa à concretização de igualdade de tratamento entre mulheres e homens no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissional e as condições de trabalho; 1979/7/CEE, relativa à progressiva do princípio de igualdade de tratamento entre mulheres e homens em matéria de seguridade social; Recomendação 1992/131/CEE, relativa à proteção da dignidade da mulher e do homem no trabalho; 1997/80/CE, relativa ao oferecimento de prova em caso de discriminação em razão de sexo; 2000/43/CE, aplica o princípio de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial

efetiva da concretização do princípio de igualdade e da não discriminação entre homens e mulheres, verificando-se o avanço

> [...] Em dois temas importantes como a proteção do princípio de igualdade e da não discriminação em razão do sexo (ainda não havia referência a discriminação em razão de gênero), já que aqueles não faziam parte dos objetivos que serviram de base para a instituição da Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 1957, pelo Tratado de Roma, que estava centralizado prioritariamente na criação de um mercado comum[11].

Significa dizer, que o Tratado de Roma fundador da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica Europeia (EURATOM), de 1957, tinham objetivos econômicos e políticos bem definidos e seus conteúdos apresentavam características próprias para atender a criação de um mercado comum, sem fazer referência, nem privilegiar a igualdade de direitos ou a proteção dos Direitos Humanos de seus cidadãos, pois, somente alguns anos mais tarde com a criação das Diretivas específicas – já mencionadas – foram abordados os temas como a igualdade de direitos entre os homens e as mulheres e a proibição de discriminação em razão de sexo (mas não em razão de gênero).

Mais tarde, em dezembro de 2000, a União Europeia e os seus Estados-Membros decidiram proclamar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reuniu, pela primeira vez, num único texto, os direitos civis e políticos, os direitos econômicos, e os direitos sociais dos cidadãos europeus, que estavam dispersos em inúmeras e diferentes leis nacionais e convenções internacionais.

> Contudo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia naquele período era apenas reconhecida como uma declaração e, por isso, não era juridicamente vinculativa, significa dizer, que a Carta representava apenas um compromisso político por parte dos Estados-Membros. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009, a Carta adquiriu força jurídica vinculativa, ou seja, passou a ter força de uma lei[12].

No Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, se enfatiza que a mesma

> [...] Baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de Direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação[13].

A Carta também ressalta que a mesma deve ser utilizada para reforçar a proteção aos direitos fundamentais, considerando a evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científico e tecnológico. Enfatiza, ainda, que o gozo dos direitos implica responsabilidades e deveres, tanto com as outras pessoas individualmente consideradas, como para a comunidade humana e as gerações futuras, sendo possível identificar uma clara percepção fraterna que implica uma consciência para com o outro, "[...] em respeito à cidadania de todos, que deve abarcar os três espaços de vivência: do próprio cidadão, da comunidade e do Estado Democrático de Direito"[14].

Destaca-se que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia apresenta em sua estrutura um Preâmbulo e cinqüenta e quatro artigos (54), distribuídos em sete (7) Capítulos assim denominados: Dignidade, Liberdades, Igualdade, **Solidariedade**, Cidadania, Justiça e Disposições Finais.

O Capítulo IV é denominado **SOLIDARIEDADE** e apresenta doze (12) artigos (Artigo 27 a 38),

---

ou étnica; 2000/78/CE, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional; 2004/113/CE, aplica o princípio de igualdade de tratamento entre mulheres e homens no acesso a bens e serviços e seu fornecimento e, que tornou extensiva a proteção contra a discriminação com base no sexo; 2006/54/CE, aplicação do princípio de igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre mulheres e homens em domínios ligados ao emprego e a atividade profissional. Cf. UNIÃO EUROPEIA, **Manual sobre legislação antidiscriminação**, 2011.

11 OLIVEIRA, O. M. B. A. de., 2016, p. 287.

12 OLIVEIRA, O. M. B. A. de., 2016, p. 297.

13 CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: www.europarl.europa.eu

14 OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2016, p. 377.

que dizem respeito aos direitos dos trabalhadores e são vistos como direitos sociais, de segunda geração, vinculados a idéia de Estado de Bem Estar Social, assim explicitado: **Direito à Informação e à consulta dos trabalhadores na empresa** (art.27); **Direito de negociação coletiva e de ação coletiva** (art.28); Direito de acesso aos serviços de emprego (art.29); **Proteção em caso de despedida sem justa causa** (art.30); Condições de trabalho justas e equitativas (art. 31); **Proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho** (art. 32); **Vida familiar e vida profissional** (art. 33); **Segurança Social e Assistência Social** (art.34); **Proteção da saúde** (art.35); **Acesso a serviços de interesse econômico geral** (art.36); **Proteção do ambiente** (art. 37); **Defesa dos consumidores** (art.38).

Entretanto, como explica BAGGIO, é necessário compreender a diferença entre os direitos de solidariedade que podem avançare atingir uma dimensão fraterna, uma vez que,

> A solidariedade – como muitas vezes foi historicamente realizada – viabiliza que se faça o bem ao outro mesmo mantendo uma posição de força, uma relação "vertical" que vai do forte ao fraco; a fraternidade, no entanto, pressupõe o relacionamento horizontal, a divisão dos bens de poderes, tanto que sempre mais se está elaborando – na teoria e na prática – a ideia de uma "solidariedade horizontal", que se refere à ajuda mútua entre diferentes sujeitos, sejam estes pertencentes ao âmbito social, seja no nível da paridade institucional[15].

Para BAGGIO avisão de fraternidade se distingue dasolidariedade porque uma seria mais vertical (solidariedade) e outra horizontal (fraternidade), alcançando políticas públicas que envolvem a sociedade civil.

A autora SILVA[16], explica que diversos foram os motivos históricos para que a fraternidade fosse substituída pela solidariedade, como ocorre na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual menciona um Capítulo para a Liberdade, outro para Igualdade e um capítulo específico para aSolidariedade (lembrando de certa forma os valores da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade, fraternidade). Segundo a autora a solidariedade seria uma expressão mais racional e apropriada ao direito, capaz de explicar a inter-relação social.

De certo modo deve-se recordar que o Estado de Bem Estar social, Estado Providência ou Estado Social, é um Estado que tem a finalidade de proteger os direitos dos cidadãos, ou seja, o Estado é visto como uma instituição social e jurídica em que o espaço da solidariedade avança nas leis de proteção aos vulneráveis e nas Constituições nacionais.

Por outro lado, a questão é que apenas a solidariedade não é suficiente para garantir os direitos sociais fundamentais do trabalhador como princípio. Isto porque a solidariedade está dotada de forma a manter a centralidade da posição dos Estados na concretização dos direitos fundamentais, como agente de promoção social, diminuindo a importância da participação do cidadão enquanto pertencente à comunidade local ou global.

As dificuldades de implementação das promessas sociais estão bem representada por SUPIOT quando aborda a necessidade de reinvenção de elementos de solidariedade nos Estados Nacionais, lembrando a análise de ROSANVALLON sobre a falência do financiamento do social[17]. Neste ponto GIOFFRÉ recorda que o princípio da fraternidade pode auxiliar na renovação do Estado Social reequilibrando a noção de direitos fundamentais de liberdade e igualdade[18].

---

15 BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. v.1. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 23.

16 SILVA, Ildete Regina Vale da. **Fundamento para entender a Constituição Brasileira como Projeto Cultural e Condição para a Construção de uma Sociedade Fraterna.** Tese - UNIVALI, 2014, p.116-124.

17 ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social: repesando o Estado Providência**. Trad. De Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. SUPIOT, Alain. O espírito de Filadélfia: a Justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

18 GIOFFRÉ, Felice. **II rilievogiuridico dela franternitánelrinnovamentodelloStatoSociale.**In MARZANATI Anna; MATTIONI Angelo. La fraternitá come principiodeldirittopubblico. Roma: Editora CittáNuova, 2007, p.01 a 126. No mesmo sentido, NICKNICH, Mônica. A fraternidade e os direitos sociais. In VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B.Aguiar de Oliveira; FERREIRA Mota, Sergio Ricardo. O direito revestido de fraternidade. Florianópolis: Editora Insular, 2016.

A fraternidade alcançaria uma maior universalidade em função dos elementos que lhe são característicos e podem superar as barreiras nacionais e mesmo internacionais, porque dizem respeito a todas as pessoas enquanto seres humanos, que devem ser reconhecidas pelo outro como livres e iguais.

A vivência e a inclusão do princípio da fraternidadecomo fundamento de todos os direitos na esfera constitucional, somente será possível

> [...] Com a concretização de um novo vínculo relacional entre mulheres e homens e entre homens e mulheres como partes integrantes da mesma família humana, na busca de uma felicidade não apenas individual, mas coletiva que concretiza o exercício de uma plena cidadania[19].

Os elementos do princípio fraternidade segundo BARZOTTO, seriamo reconhecimento recíproco, a responsabilidade e o respeito devidos pelos membros de uma comunidade de livres e iguais. A fraternidade, a partir destes elementos não dispensa a solidariedade, mas a aprimora e supera:

> [...] A fraternidade pode ser definida como a relação social na qual os seres humanos reconhecem-se como pessoas, isto é, como integrando uma comunidade de livres e iguais. A solidariedade é uma relação entre desiguais, sendo "o princípio de planificação social que permite aos desiguais se tornarem iguais". A solidariedade é assimétrica, pois coloca em relação alguém que precisa de auxílio por ser hipossuficiente e aquele que presta o auxílio por deter o poder ou os recursos para auxiliar a outrem."
>
> A confusão entre os conceitos vem que ambos partilham a noção de responsabilidade por outrem. Ocorre que na fraternidade essa responsabilidade é recíproca, uma vez que ela ocorre entre iguais, ao passo que na solidariedade ela é unidirecional, pois ocorre entre desiguais em recursos ou capacidades: o mais forte ou mais rico auxilia o mais fraco ou mais pobre"[20].

Na mesma direção, apontando a diversidade de sentidos entre fraternidade e solidariedade, é importante mencionar , conforme MARTINI, que,

> [...] A fraternidade não se apresenta apenas como um vago dispositivo de solidariedade entre nações, uma vez que, rompe com o código amigo/inimigo e com as certezas do bom e do justo, propondo a necessidade de transferir o modelo da amizade à dimensão da fraternidade[21].

Os Direitos Sociais ou Direitos de Cidadania, embora tenham tido avanços não lograram total êxito na história da União Europeia recente, bastando ver o tratamento dado ao trabalhador imigrante. Os direitos fundamentais ao preconizarem os princípios da liberdade e da igualdade (formal) não se desenvolveram, no campo social, e o princípio da fraternidade, que poderia representar uma vivência relacional e concreta para uma cidadania plena e ampliada, ficou longe de se efetivar.

Portanto, tanto na teoria dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, como na teoria do Estado de Bem Estar social, o princípio da solidariedade deve ser superado pelo princípio da fraternidade.

Esta diretriz se verifica implicitamente na atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na interpretação de suas normas internacionais, como se examina a seguir.

3 DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES COMO PRINCÍPIOS NA OIT: A ÊNFASE NA ATUAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

A discussão acerca dos princípios adquire particular relevância para os direitos humanos dos

19 OLIVEIRA, O. M. B. A. de., 2016, p. 376.

20 BARZOTTO, Luis Fernando. **O Conceito de Fraternidade**. In: Cordioli, Leandro, ET alli (Org.). A invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral. 1ed.: Editora Fi, 2017, v., p.33-34. O autor cita Papa Francisco, Mensagem à Pontifícia Academia de Ciências Sociais, 24 de abril de 2017

21 MARTINI, Sandra, JABORANDY, Clara Cardoso Machado; RESTA, Elígio. **Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. Disponível em: Acesso em: 13/05/2017. doi:http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.11364.

trabalhadores. Com efeito, desde 1919, a OIT, ao abordar os direitos dos trabalhadores, tende a expressá-los na forma de princípios.[22]

A função dos princípios é compreender questões morais e políticas que informam o substrato das realidades jurídicas. ALEXY [23].atribui natureza de princípios aos direitos fundamentais. A natureza principiológica dos direitos fundamentais torna possível a sua concretização de forma adequada, ponderada, adaptável e progressiva, tanto no plano do direito internacional quanto no plano do direito interno. Os princípios são mandados de otimização, isto é, normas que determinam que algo deve ser cumprido na maior medida possível, ou seja, admitem uma realização gradativa e, por isso, são aplicados de forma ponderada, tendo em vista as possibilidades fáticas e princípios opostos. São normas jurídicas impositivas de otimização, ou sejam, normas que apontam objetivos e modos de ação estatal, sujeitos a condicionantes fáticos e não possuem o caráter de imposição, permissão ou proibição, que são as características das regras jurídicas comum. A teoria de ALEXYexplica a natureza das normas internacionais do trabalho advindas da OIT porque as características destas normas de direitos fundamentais é serem universais, flexíveis e adaptáveis à realidade nacional.

No Direito Internacional, os direitos humanos são vistos como princípios, o que evidencia uma fonte peculiar na construção teórica do direito internacional. Direitos fundamentais foram traduzidos, por exemplo, por princípios fundamentais, no direito comunitário europeu[24].

Sendo os Direitos Sociais, tanto no Direito Internacional, como no interior dos Estados, os que se desenvolvem e se alteram no tempo e no espaço, sob uma infinitude de variáveis, é interessante que sejam relidos como princípios de dignidade do ser humano. Manter-se a teoria da natureza jurídica principiológica dos Direitos Humanos, como Direitos Fundamentais, respeitando-se a ideia de uma progressão quanto às conquistas já realizadas, é importante do ponto de vista democrático e da autonomia dos Estados.

Como a OIT não dispõe de instrumentos específicos de sanções sobre a violação dos direitos previstos em suas normas, alguns a criticam. De fato, no tocante à abolição do trabalho escravo e da erradicação do trabalho infantil, estamos diante de regras que não admitem ponderação, porque normas universais de "jus cogens", inderrogáveis, conforme art. 53 da Convenção de Viena, ou, ainda normas de "core labour", como se nominam as normas internacionais que se referem aos Direitos Fundamentais. A escravidão não pode ser justificada por referência a qualquer princípio, como por exemplo, o interesse público. Não há nenhuma situação em que ela possa vir a ser admitida. O direito a não ser escravizado é absoluto, funcionando ao modo de "tudo ou nada", próprio das regras. Pela atuação da OIT os Direitos Humanos dos trabalhadores básicos, como ausência de trabalho infantil e trabalho escravo e as normas relativas às Convenções de liberdade e igualdade não ficam dependentes de uma vontade política que determine qual é o "grau" adequado de sua efetivação: ela impõe padrões civilizatórios.

A necessidade de compatibilizar a produção normativa nacional com os tratados de Direitos Humanos levou o Direito Internacional, aadotar, na doutrina e na jurisprudência, a tese do controle de convencionalidade. Por esta teoria um Estado nacional pode rever sua legislação interna para integrá-la e adaptá-la aos tratados de Direitos Humanos[25].

Se governos nacionais não tenham interesse em promover, através de políticas públicas adequadas, os Direitos Humanos Laborais ou tenham uma concepção restritiva de sua atuação no campo social, a OIT sugere fortemente a adoção de boas práticas laborais. É preciso recordar que as ideias de Estado Social foram concebidas de forma diferente na proteção do cidadão. Há uma visão burocrática de Estado Social, segundo a qual a realização dos Direitos Sociais só pode passar universalmente pelo monopólio estatal. Em

22 Este tópico, com relação aos princípios e resgata tese de Luciane Cardoso Barzotto. BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

23 ALEXY, Robert. **Teoria de los DerechosFundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.81-172. Neste mesmo sentido, sobre direitos fundamentais e seu caráter normativo, no Brasil extensa e profunda obra de Ingo Sarlet.

24 PINILLA, Ignacio Ara. **Las Transformaciones de los Derechos Humanos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 38.

25 Este controle teria sido introduzido no Brasil a partir da EC45/2004, com a redação dada ao art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 88. Cfe. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

sentido antagônico, outra vertente de Estado Social entende que esta atua de forma subsidiária, ou seja, a dignidade dos cidadão não é de competência exclusiva do Estado, mas a comunidade assume relevância na discussão dos destinos e decisões em âmbito de direitos e políticas sociais.

Neste sentido LOUREIRO e TAVARES DA SILVA[26]afirmam que para os primeiros os Direitos Sociais são de igualdade (estado social burocrático) e para os segundos, que entendem que há outras dimensões na realização dos Direitos Sociais, considerando os mesmos como Direitos de Fraternidade, porque visam promover a diminuição das desigualdades. Neste segundo sentido, subsidiando os Estados Nacionais, se encontra a atuação da OIT.

A participação da OIT num cenário macro, mundial de proteção ao trabalhador traz no plano internacional uma concepção de Direitos Sociais como Direitos de Fraternidade visando a redução da pobreza e desigualdades sem o descuido dos direitos de liberdade e igualdade e, sem excluir o diálogo social.

4 A OIT E A FRATERNIDADE: CONSTITUIÇÃO, NORMAS, TRIPARTISMO E DIÁLOGO SOCIAL

Transcreve-se o Preâmbulo da Constituição da OIT, verdadeiro tratado fraternalista em matéria de relações de trabalho:

> Considerando que só se pode fundar uma paz universal e duradoura com base na justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições: por exemplo, relativamente à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de subsistência adequadas, à proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho, à proteção das crianças, dos jovens e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores no estrangeiro, à afirmação do princípio "a trabalho igual, salário igual", à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção, por parte de qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano se torna um obstáculo aos esforços de outras nações empenhadas em melhorar o futuro dos trabalhadores nos seus próprios países;

A partir da leitura da Constituição da OIT se verifica que existe uma vocação desta instituição para com à justiça social, que foi concretizada a partir de 2008, com a adoção da Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, demonstrando as preocupações sobre o contexto atual da globalização, a difusão de novas tecnologias, a circulação das ideias, o intercâmbio de capital e fluxo financeiros, a internacionalização do mundo dos negócios e seus processos, do diálogo social, da circulação de pessoas e, especialmente de trabalhadoras e trabalhadores[27].

Convém ainda destacar, que a Declaração de 2008 da OIT, reafirma a importância da Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho de 1998, bem como

> [...] Os valores fundamentais de liberdade, dignidade humana, justiça social, seguridade e não discriminação que são essenciais para um desenvolvimento e uma eficácia sustentáveis em matéria econômica e social, onde a importância da relação de trabalho deveria ser reconhecida como meio de oferecer proteção jurídica aos trabalhadores, possibilitando a todos uma participação equitativa em matéria de salários e benefícios, de jornada e outras condições de trabalho, e um salário mínimo vital para todos aqueles que têm um emprego e precisam desse tipo de proteção[28].

Além disso, a própria Constituição da OIT menciona que os níveis de proteção ao trabalho devem ampliar os direitos já conquistados, numa clara progressão social. A própria constituição da OIT, no seu

26 Cf. LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana. **A Economia Social e Civil: Estudos** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 25.

27 Cf. OIT. **Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa de 2008**. Disponível em: http://www.oit.gov.br

28 OIT. **Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa de 2008**. Disponível em: http://www.oit.gov.br

preâmbulo[29], menciona que os níveis de proteção ao trabalho devem ampliar os direitos já conquistados, numa clara progressão social. Atribui-se total relevância interpretativa aos preâmbulos dos tratados internacionais e das Constituições porque revelam o contexto em que os direitos foram declarados. Diversas normas da OIT referem em seus dispositivos legais que devem ser aplicadas se não houver norma mais favorável à proteção estatal, gerando uma rede normativa que dialoga sobre a melhor forma de proteger o trabalhador.

O art. 19, inciso VIII, da Constituição da OIT, faz referência às normas nacionais as quais serão aplicadas sempre que mais favoráveis, o que é mencionado depois, em diversas Convenções específicas.

De fato, com apropriação e síntese refere Reis [30]:

> Os direitos humanos, com lastro nos valores universais da dignidade da pessoa, **liberdade, igualdade e fraternidade** que figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, reclamam tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais, exige-se ainda uma realização sempre progressiva.(Grifou-se)

Quanto às normas da OIT, cabe a lembrança de que as mesmas são de caráter programático, principiológico. As normas da OIT ultrapassaram a noção de tratado bilateral ou multilateral, criando o primeiro bloco ou sistema de proteção dos direitos das mulheres e homens trabalhadores.As Convenções e Recomendações possuem características de normas de Direitos Humanos[31], realçando o seu caráter universal. O caráter flexível das normas internacionais do trabalho decorre da própria constituição da OIT que, com a inclusão da Declaração da Filadélfia, ampliou escopos universais para a proteção ao trabalhador. Portanto, as normas internacionais do trabalho são flexíveis no seu desenho, o que significa que são universais, adaptáveis eviáveis, porque amplamente debatidas. São flexíveis porque admitem diferentes graus de profundidade no tratamento de certas questões, prevendo inicialmente normas mínimas, sujeitas a maior aprofundamento por meio da regulação dos Estados-Membros. A OIT impõenormas como princípios de "soft law", de modo não sancionatório, mas efetivo e cogente do ponto de vista moral. Indica obrigações e padrões jurídicos de comportamento civilizatório mínimo para que as nações integrantes respeitem e promovam melhores condições de trabalho para seus cidadãos.

As normas internacionais do trabalho fixam metas a serem alcançadas por políticas nacionais e estabelecem um marco para a cooperação internacional. Por outro lado, fomentam o tripartismo, protegem os Direitos Humanos Fundamentais e traduzem um consenso internacional sobre como regular e garantir níveis mínimos de proteção aos trabalhadores, aceitáveis para a comunidade internacional. Em conjunto, as normas internacionais do trabalho formam uma unidade coerente que harmoniza fins específicos de ordem técnica, social e econômica.

A expressão da instituição OIT com a formação tripartite indica sua inclinação ao diálogo e a produção normativa que contempla as necessidades do trabalhador, outra demonstração de uma linha que ultrapassa a tendência de solidariedade no trato com os trabalhadores. Isso porque, as características do tripartismo acarretaram uma novidade da OIT para o Direito Internacional, com uma nova visão de produção normativa coletiva.Historicamente o tripartismo significou pacificação social, transação e estabilização do conflito industrial. Para os empregadores a participação no regime sócio-laboral internacional coincidia com a necessidade de expansão do capitalismo e da grande indústria, inclinados a um internacionalismo liberal, inspirado no "New Deal" de Roosevelt e no utopismo surgido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[32].

---

29 Neste sentido a introdução do trabalho de SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**, Minho: Editora Leya, 2014. Igualmente, sobre a importância do caráter declaratório dos tratados: GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2011.

30 REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr: 2010, p. 126.

31 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 20-VALTICOS, Nicolas. Normas InternacionalesdelTrabajo y DerechosHumanos: como estamos em vísperas Del año 2000? **Revista Internacional delTrabajo**, v..117, n. 2, Genebra, 1998, p. 157.

32 Cf. FERNÁNDEZ PARDO, Carlos Alberto. **Régimen Internacional delTrabajo. La OIT enla política mundia**l. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 2001, p. 105.

Ainda que, em alguns momentos, tenham surgido questionamentos, no interior da organização, que colocavam dúvidas sobre o sistema tripartite, o tripartismo prevaleceu buscando equilibrar forças entre empregados empregadores e governos[33],indicando uma forma democrática da criação de normas pela inclusão do diálogo na produção normativa. O tripartismo marca os Direitos Humanos nas relações de trabalho através de política de reconhecimento recíproco de interesses de patrões, empregados e governos, sinalando que cada agente possui contributos para o bem comum e para o desenvolvimento econômico[34]. Esta característica tripartite da OIT fomenta o diálogo e coesão social.

Em síntese, e possível mencionar dimensões de fraternidade, expressadas institucionalmente pela OIT:

1)Tratar os Direitos Fundamentais (Declaração de 1998), como patamares mínimo de civilização para o mundo do trabalho e forma de atualizar sua missão, no sentido de que o trabalho não é uma mercadoria;

2) Reconhecer a importância dos valores fundamentais de liberdade, dignidade humana, justiça social, seguridade e não discriminação por meio da Declaração de 2008;

3)Realizar o diálogo tripartite social envolvendo trabalhadores, empregadores e governos na elaboração das normas internacionais, missão que atualiza anualmente.

4) Redefinir expressões de justiça social constantes na sua Constituição: promover trabalho decentenas cadeias globais de fabricação e fornecimento (lema de 2016) eadotar, juntamente com a ONU a meta de extirpar a pobreza do mundo até 2030 e trabalhar para a paz nas situações de conflito.

Em relação ao Brasil, na atualidade se destacam quatro diálogos, como políticas da OIT que ilustram sua preocupação com o trabalhador nacional[35]: **Diálogo 1**: A Organização do Trabalho e da Produção; **Diálogo 2**: Trabalho e Sociedade - "Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Oportunidades para o Futuro do Trabalho; **Diálogo 3**: Trabalho Decente para Todos; **Diálogo 4**: Novas Formas de Governança para o Futuro do Mundo do Trabalho - desafios e possibilidades para novas regras do jogo.[36]

Os quatro diálogos da OIT com relação ao trabalho envolvem problemas de informalidade, empregos do futuro, trabalho sustentável e opções de gestão do mundo do trabalho, ao que denominou governança no mundo do trabalho.

Um exemplo de planejamento de atuação fraternal pode ser extraído do documento "Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites". Neste documento, estes quatro diálogos, aplicados à realidade brasileira, podem assim ser resumidos, indicando problemas e soluções:

5 INFORMALIDADE

O Brasil apresenta elevados níveis de informalidade que se refletem na falta de proteção desses trabalhadores informais. De acordo com oInstituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os indicadores dos últimostrês mesesdo trimestre de 2016, indicam que 45% da força de trabalho ativa, estimada em 90 milhões, encontra-se na informalidade. Tentando superar a informalidade utilizando-se de tecnologia, o aplicativo da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CPTS) foi baixado 111.803 vezes em 43 dias desde o lançamento, em 21 de novembro de 2017, num esforço do Ministério do Trabalho para documentar os

33 Cf.VALTICOS, Nicolas; VON POTOBSKY, Geraldo. **International Labour Law**. 2. ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995, p.33-38.

34 Cf. LEITÃO, Augusto Rogério. **A Organização Internacional do Trabalho (OIT): quase um século de ação em contextos históricos diversos**. Laboreal vol.12 no.1 Porto, jul. 2016, acesso online em 14/05/2018 http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatoriosegurancasocial_2011.pdf

35 OIT: Futuro do Trabalho no Brasil: **Perspectivas e Diálogos Tripartites**. Escritório da OIT no Brasil, 2018. Disponível em: http://www.ilo.org

36 Interessante trabalho de análise de contexto nacional pode ser visto na coletânea da Academia Nacional de Direito do Trabalho intitulada **Direitos Fundamentais do trabalhador cidadão e transformações do mercado de trabalho: desafios.** Coordenação: Valdir Florindo, Nelson Mannrich, Alexandre de Souza Agra Belmonte e YoneFrediani. Porto Alegre: Lex magister, 2018.

trabalhadores.

6 EMPREGOS NO FUTURO

A OIT deve responder sobre geração dos empregos no futuro. Questiona-se quais investimentos em ciência e tecnologia podem gerar novos setores e atividades econômicas demandantes de trabalho humano decente e se é possível imaginar a economia solidária e a consciência do desenvolvimento sustentável, como fontes de geração de empregos e renda, num futuro com justiça social. Perquire-se qual seria o papel do Estado na era digital, com a automação, robótica e inteligência artificial eliminando trabalho humano de forma rápida em diversos setores. Haverá uma necessária redifinição conceitual para situar o trabalho em plataformas, a fim de redimensionar a proteção[37].

7 TRABALHO SUSTENTÁVEL

A ideia de trabalho sustentável já está presente no artigo 23 da Declaração de Direitos Humanos no qual se observa que: "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, às condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego", o que é expresso pela tese da OIT sobre trabalho decente como sendo o que á realizado em liberdade, igualdade, justamente remunerado e em condições de seguridade. O objetivo de desenvolvimento sustentável é promover o crescimento com emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos[38].

8 GOVERNANÇA NO MUNDO DO TRABALHO

O desafio de definir como deveria ser a governança de um mundo do trabalho onde as novas formas de organização do trabalho concorrem com o modelo tradicional constitui o cerne das discussões do quarto diálogo sobre o futuro do trabalho. "Smartscontracts" laborais (contratos programados digitalmente), ingresso dos robôs no mercado de trabalho, plataformas digitais,espaços "empresariais" de "coworking", são realidades que alteram o meio ambiente do trabalho e as teorias sobre o poder de organização dos empreendimentos bem como a volatilidade econômica alteram as funções clássicas dos empregos e geram novas de formas de trabalho[39].

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise do tema proposto se examinou como os Direitos Humanos dos Trabalhadores se expressam melhor como princípios. Esta visão estácontemplada tanto nas normas da OIT como na rede de proteção social ao trabalhador europeu.

Demonstrou-se que a União Europeia ainda aspira pela implementação dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade presentes na Revolução Francesa, pois os instrumentos jurídicos que lhe são

37 https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/20/economia/1513755526_225314.html. Recentemente a União europeia classificou UBER como serviço de transporte e não como serviço da sociedade da informação, mas sem definir a natureza laboral da prestação.

38 GOSDAL, Thereza Cristina. **Principais Instrumentos de Direitos Humanos e o Trabalho Decente.** In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: Trabalho Decente. São Paulo: LTr, 2017. p. 37-50 e ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente:** Direito Humano e Fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

39 RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**.São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2016, p.145.
SIGNES, AdriánTodoli. **El Impacto de la Uber Economy em las Relaciones Laborales: Los Efectos de las Plataformas Virtuales em el Contrato de Trabajo.**Universidad de Valencia. https://adriantodoli.com/2015/12/22/el-impacto-de-la-uber-economy-en-las-relaciones-laborales-los-efectos-de-las-plataformas-virtuales-en-el-contrato-de-trabajo-2/capturado em13/05/2018.
Veja-se também: AGUIAR, Antonio Carlos. Direito do Trabalho 2.0 – Digital e disruptivo Ltr, 2018.

posteriores tentaramgarantir estes direitos fundamentais por meio de um discurso formal da igualdade perante a lei, com impedimentos materiais para a sua concretização. Em suaa Carta de Direitos Fundamentais a União Europeia optou pela substituição da fraternidade pela solidariedade, optando por ideais liberais e individualistas, colocando em segundo plano o coletivo e o respeito às diferenças, que são fundamentais para a convivência humana e, para o exercício de uma plena cidadania.Dado que o Direito do Trabalho foi pensado a partir do paradigma protetivo do Estado Social, as legislações nacionais e o Direito Comunitário estruturaram-se a partir da ideia de solidariedade. Por outro lado, a OIT funda sua atividade normativa sobre a noção universal de dignidade da pessoa humana e da igual dignidade de todos os seres humanos. Coloca-se, portanto, em uma perspectiva pessoa-pessoa, e não como na União europeia, Estado- pessoa.

A fraternidade é um princípio mais adequado para nortear os Direitos dos Trabalhadores como forma de superar as dificuldades existentes para implementação, dos Direitos Sociais de todos os cidadãos-trabalhadores. Os direitos sociais devem ser reconhecidos e garantidos em respeito à sua dignidade humana, considerando-se a universalidade da proteção e a inclusão do trabalhador numa aldeia global-digital.

Portanto, o reconhecimento social e jurídico da fraternidade serve para renovar os propósitos sociais das instituições internacionais como a OIT e, comunitárias,nos moldes da União Europeia, permitindo-se, assim, a concretização de um novo vínculo relacional entre os cidadãos, como forma de reafirmar o compromisso para com o outro e, para com a totalidade dos membros da comunidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

AGRA BELMONTE, Alexandre de Souza; FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yone; MANNRICH, Nelson. (Coord) Direitos Fundamentais do trabalhador cidadão e transformações do mercado de trabalho: desafios.Porto Alegre: Lex magister, 2018.

AGUIAR, Antonio Carlos. Direito do Trabalho 2.0 – Digital e disruptivo Ltr, 2018.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente:Direito Humano e Fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido. v.1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Conceito de Fraternidade. In: Cordioli, Leandro, et alii (Org.). A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral. Porto Alegre: 1ed.: Editora Fi, 2017.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; BARZOTTO, LuisFernando. Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica.. In: LACERDA, Luana Pereira; GIACÓIA Junior, Oswaldo; SANTOS, Ivanildo; CASTILHO, Ana Flávia de Andrade. (Org.). Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Lafayette Pozzoli. 1ed.Curitiba: CRV, 2018, v. 1, p. 23-31

FERNÁNDEZ PARDO, Carlos Alberto. Régimen Internacional deltrabajo. La OITenla política mundial. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001

GIOFFRÉ, Felice. II rilievoguridico dela franternitánelrinnovamentodelloStatoSociale. In MARZANATI Anna; MATTIONI Angelo. La fraternitá come principiodeldirittopubblico. Roma: Editora CittáNuova, 2007.

GOSDAL, Thereza Cristina. Principais Instrumentos de Direitos Humanos e o Trabalho Decente. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: Trabalho Decente. São Paulo: LTr, 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITÃO, Augusto Rogério. A Organização Internacional do Trabalho (OIT): quase um século de ação em contextos

históricos diversos. Laboreal vol.12 no.1 Porto, jul. 2016, acesso online em 14/05/2018 http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorioseguranca social_2011.pdf

LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana. A Economia Social e Civil: EstudosCoimbra: Universidade de Coimbra, 2017

MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, Tom. Ciudadanía y clase social. Madrid, Alianza, 1998.

MARTINI, Sandra, JABORANDY, Clara Cardoso Machado; RESTA, Elígio. Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

NICKNICH, Mônica. A fraternidade e os direitos sociais. In VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B.Aguiar de Oliveira; FERREIRA Mota, Sergio Ricardo. O direito revestido de fraternidade. Florianópolis: Editora Insular, 2016.

OIT: Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites.

Escritório da OIT no Brasil http://www.ilo.org,

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero - o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho. Ltr: São Paulo, 2010.

RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero.São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2016.

ROSANVALLON, Pierre. A nova questão social: repesando o Estado Providência. Trad. De Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

SIGNES, AdriánTodoli. El Impacto de la Uber Economy em las Relaciones Laborales: Los Efectos de las Plataformas Virtuales em el Contrato de Trabajo. Universidad de Valencia. https://adriantodoli.com/2015/12/22/el-impacto-de-la-uber-economy-en-las-relaciones-laborales-los-efectos-de-las-plataformas-virtuales-en-el-contrato-de-trabajo-2/capturado em 13/05/2018

SILVA, Ildete Regina Vale da. Fundamento para entender a Constituição Brasileira como Projeto Cultural e Condição para a Construção de uma Sociedade Fraterna. Tese - UNILAI, 2014.

SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Minho: Editora Leya, 2014.

SUPIOT, Alain. O espírito de Filadélfia: a Justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000

UNIÃO EUROPEIA. Manual sobre legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 2011

VALTICOS, Nicolas. Normas internacionalesdeltrabajo y derechos humanos: como estamos envísperasdelaño 2000? Revista Internacional delTrabajo, v..117, n. 2, Genebra, 1998.

GT33: POLÍTICAS DE MEMÓRIA, DIREITOS E CIDADANIA

A ATUALIDADE DA LITERATURA DE TESTEMUNHO DE PRIMO LEVI COMO UM AVISO DE INCÊNDIO PERMANENTE NA HISTÓRIA[1]

Bárbara Gaigher Soares Damasceno[2]

RESUMO: O presente artigo versa sobre a importância da Literatura de Testemunho na atualidade, tendo como base a abordagem da obra de Primo Levi, "Os Afogados e os Sobreviventes", concernente com a ideologia de crítica do progresso problematizada por Marcio Seligmann-Silva. Além disso, o artigo tem como interpelação a questão do tratamento dos Direitos Humanos na análise no tema. Ainda assim, trazendo o tema para a época atual, há uma comparação dos movimentos neonazistas acontecido nos Estados Unidos e no Brasil, com a tragédia acontecida na Segunda Guerra Mundial.

Palavras-chave: Filosofia. Literatura de Testemunho. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

No campo do estudo da literatura, a expressão "literatura de testemunho" tem ganhado espaço nos debates que versam sobre temas que envolvem o traumático e os Direitos Humanos. É importante remeter-se a essa literatura, pois só a partir dela torna-se possível lembrar das catástrofes que aconteceram na história e assim nunca chegar perto de repeti-las.

Esse artigo tem como base a obra de Primo Levi, "Os afogados e os sobreviventes", para com a análise crítica de Marcio Seligmann abordar a literatura de testemunho na sociedade atual. Ainda nessa linha de raciocínio, esse texto traz a crítica de vítimas do progresso tratada por Walter Benjamin e aqui interpretada por Marcio Seligmann-Silva, buscando compreender o diálogo existente entre história, narrativa e ficção.

A partir dessas pequenas compreensões, torna-se plausível entender os testemunhos que ganharam espaço a partir da década de 70, pós uma era influente que começou a tratar sobre a temática dos Direitos Humanos em uma ordem internacional.

2 EM QUE CONSISTE A LITERATURA DE TESTEMUNHO?

Falar de testemunho é remeter-se ao passado e significa dar voz aqueles que foram excluídos da história sem ao menos dar a chance de escuta-los. Testemunho no seu sentido literal significa depoimento, declaração feita pela testemunha, pela pessoa que estava presente ou viu algum acontecimento ou crime, assim, remeter-se a literatura de testemunho, é, no entanto, reconhecer o direito de revelar o passado e seus desdobramentos, para que assim, a tragédia não seja esquecida e muito menos repetida. Primo Levi esclarece:

> Ora, eu escrevera aquelas páginas sem pensar num destinatário específico; para mim, tratava-se de coisas que carregava, que me invadiam e que tinha de pôr para fora: dizê-las, ou melhor, gritá-las à luz do dia; mas quem grita à luz do dia se dirige a todos e a ninguém, clama no deserto. (LEVI, 2016, p. 137-138).

Essa literatura ganha espaço para reais discussões, após o acontecimento catastrófico do Holocausto, problematizada fundamentalmente por Primo Levi em "Os afogados e os Sobreviventes". Primo traz em sua obra relatos de tudo o que viveu na *shoa* de forma sincera, com desejo de justiça e vontade de resistência como

1 Artigo científico apresentado ao curso de graduação em direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a aprovação na disciplina de Artigo Científico, orientada pelo Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira.

2 Discente do 4º AM. E-mail: babigsd@hotmail.com

se caracteriza alguns aspectos dessa literatura de testemunho. Para Marcio Seligmann essa literatura traz o censo crítico para que os teóricos do século revejam a relação da literatura com a realidade. (SELIGMANN-SILVA, 2003, p.47.)

Seligmann-Silva ressalta alguns pontos importantes de como interpretar e entender essa literatura que ganhou espaço na coletividade desde a década de 1970. Para ele, entender o teor testemunhal presente nos relatos, ou seja, entender entre o real e a escritura, sendo que o real não deve ser visto a partir da perspectiva da realidade e sim do trauma, é um dos pilares fundamentais para entender essa narrativa. Ainda assim há grandes fronteiras entre o literário, o fictício e o descritivo, uma vez que o testemunho aborda a ética da escritura. (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 01)

Essa literatura possui como uma de suas principais características dois aspectos: primeiro a necessidade de narrar o traumático após o vivido e consequentemente a incapacidade da linguagem em traduzir tudo o que aconteceu. Nesse contexto, Robert Antelme relata:

> ... estávamos todos, eu creio, tomados por um delírio. Nós queríamos falar, finalmente ser ouvidos. Diziam-nos que nossa aparência física era suficientemente eloquente por ela mesma. Mas nós justamente voltávamos, nós trazíamos conosco nossa memória, nossa experiência totalmente viva e nós sentíamos um desejo frenético de a contar tal qual. E desde os primeiros dias, no entanto, parecia-nos impossível preencher a distância que nós descobrimos entre a linguagem de que dispúnhamos e essa experiência que, em sua maior parte, nos ocupávamos em perceber nos nossos corpos. Como nos resignar a não tentar explicar como nós havíamos chegado lá? Nós ainda estávamos lá. E, no entanto, era impossível. Mal começávamos a contar e sufocávamos. A mesmos, aquilo que tínhamos a dizer começava então a parecer inimaginável. (ANTELME, apud SELIGMANN, 2003, p. 45-46)

O autor ainda destaca que o testemunho, principalmente se tratando da tragédia acontecida na shoa, é considerado como um "guardião da memória", ou seja, por meio da memória coletiva construída diante desse acontecimento, se torna possível e plausível construir uma identidade comum para essas pessoas que foram apagadas de sua própria história. (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 03)

Ainda nesse contexto, outra observação importante referente a essa literatura, é a significativa diferença que existe, entre o gênero literatura de testemunho e a face da literatura que deve ter compromisso com o real. Isso porque, não existe um gênero literário que se refere a esse tipo de narrativa, mas existe uma literatura que possui um compromisso com o real e a partir dessa realidade, traz à tona as respectivas atrocidades do pretérito para que não esse não seja esquecido. (SELIGMANN-SILVA, 2003, p. 47)

Portanto, proferir sobre a literatura de testemunho é ter compromisso com os indivíduos que sofreram catástrofes no passado e precisam no presente, construir a sua identidade que foi apagada por genocídios, massacres em nome do progresso da história, dessa história que é contada sempre por seus vencedores.

2.2 MEMÓRIA, DIREITOS HUMANOS E A FORÇA DO TESTEMUNHO DAS VÍTIMAS DO PROGRESSO

Após o acontecimento catastrófico da Segunda Guerra Mundial foi criada no ano de 1945 a Organização das Nações Unidas, que teve como consequência e objetivo central, difundir e encorajar a fundação dos direitos humanos. De acordo com a carta da ONU, entende-se os direitos humanos, como: "direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição."

De acordo com esse conceito relacionado a direitos humanos, Joaquin Herrera Flores (2009, p. 25-27) traz duas visões que versam sobre esse tema, seja ela a hegemônica e tradicional, e em contrapartida, a visão crítica que se extrai dessa hegemônica.

A perspectiva tradicional dessa visão aborda a ideia de que possuímos direitos, esses nos são postos e assim tudo estaria resolvido. A crítica sobre essa visão relaciona-se que não há condições mínimas em determinados povos para que esses exerçam tal direito, ou seja, de nada adianta de que apenas esse direito seja posto em um ordenamento jurídico, sem que esse ordenamento também forneça condições mínimas para que tais direitos sejam exercidos (FLORES, 2009, p. 25-27). Nesse sentido, Flores (2009, p. 27) conclui:

> Queremos sair desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente "simplismo" da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Será porque não há nada "além" dos direitos? Serve muito ter cada vez mais e mais direitos se não sabemos por que surgem e para que são formulados?

Nessa visão, tratar a memória como um direito fundamental dos povos que passaram por esse genocídio ou por extermínios em massa e também por outras tragédias, relaciona-se ao compromisso que a memória tem com o trauma. Para Seligmann, os sobreviventes e as gerações posteriores defrontam-se a cada dia com essa tarefa de rememorar a tragédia e enlutar os mortos, ou seja, a memória tem a dupla função de contar o passado na tentativa de confortar o presente, com a ferida do trauma ainda aberta. (SELIGMANN-SILVA, 2003, p. 52.)

Para o autor, narrar o trauma (a partir da perspectiva freudiana), tem em primeiro lugar o sentido primário de desejo de renascer, ou seja, só a partir dessa narração, após a tragédia - o holocausto, por exemplo - aquele indivíduo estaria nascendo novamente. Ainda assim, o autor aborda: "em situações de genocídios, a memória do trauma é sempre uma busca do compromisso entre o trabalho de memória individual e outro construído pela sociedade." (SELIGMANN-SILVA, 2008, p.67)

Ainda nessa linha de pensamento, Jeanne Marie Gagnebin (2009, p. 97-105) faz considerações pertinentes que se relaciona ao assunto da memória. A autora propõe que para haver na sociedade uma memória, primordialmente precisamos lembrar, consequentemente escrever para só assim, ser possível exigir que o pensamento seja esquecido. Isso porque, a indispensabilidade do esquecimento resulta da impossibilidade de se registrar tudo e assim prejudicar o futuro.

Gagnebin trabalha em consonância com Seligmann com a ética da memória, ou seja, dos usos da memória e a relação que essa tem com a história. Nessa perspectiva, é preciso trabalharmos com essa tarefa ética a ponto de que não sacralizemos a memória, mas que essa possua um sentido no corpo social de que devemos relembrar para assim, consequentemente, entender os fatos do passado. O trabalho de elaboração é fundamental para que o mesmo seja esquecido. Não há como esquecer de algo que não foi lembrado. (GAGNEBIN, 2009, p. 101-102)

Temos atualmente, Auschwitz como símbolo preciso da *shoa*, isso porque, temos o dever de trazermos conosco, a lição de que tudo de trágico que aconteceu nesses campos, jamais devem ser repetidos ou chegarem perto do que aconteceu. Ao citar Adorno, Gagnebin esclarece ainda mais sua ideia central:

> A mim me parece muito mais que o consciente nunca pode trazer consigo tanto desastre como o semi e o pré-consciente. O que, sem dúvida, importa realmente é a maneira pela qual o passado é tornado presente; se se permanece na mera recriminação ou se se resiste ao horror através da força de ainda compreender o incompreensível. (Adorno apud Gagnebin, 2009, p. 102)

Ainda assim, toda essa literatura de testemunho interliga-se diretamente com o que Walter Benjamin, símbolo da literatura de testemunho, traz para as contemporâneas discussões: a história como cat**ástrofe. Benjamin faz uma ponderação** á historiografia tradicional que não tem o viés da concepção de criar uma memória coletiva para aquele indivíduo que sofreu ou dar a ele, a voz do testemunho que é necessária. Sendo assim, Benjamin diz ser imprescindível reinscrever o passado na memória e assim, traz uma nova "historiografia baseada na memória" do indivíduo. (SELLIGMAN-SILVA, 2003, p. 389)

Nessa linha de raciocínio, o modelo benjaminiano passa a demonstrar uma preocupação com a memória; essa história deixa de ser uma narração de sucesso e transmite-se em explosões de fragmentos e estilhaços, apresentando-se como ruínas. (SELLIGMAN-SILVA, 2003, p. 390).

Nessa nova concepção de historiografia trazida por Benjamin, é que surge a ideia de história como catástrofe. Isso porque, ao comparar primeiro o homem barroco para chegar a teologia da história como catástrofe, Seligmann resume a vida como produção do cadáver levando essa frase a uma analogia com as vítimas do progresso. (SELIGMANN-SILVA, 2003, p. 391)

Ao remeter-se a essa crítica das vítimas do progresso, trazida por Walter Benjamin, Seligmann deixa claro a partir de sua interpretação que por trás de toda ideia de progresso, sempre haverá uma civilização que sofreu pela barbárie. Ou seja, tudo se dará em nome do progresso; no caso de Auchwitz, os estudos medicinais, os campos que eram destinados a produção militar, metalúrgica e mineradora tudo estava em nome do progresso, enquanto milhares perdiam sua alma física e psíquica diante de uma realidade que palavras não traduzem.

3 OS DISCURSOS DE INTOLERÂNCIA NEONAZISTAS NO MUNDO DE HOJE

3.1. AS ATROCIDADES DO NAZISMO E OS ESCOMBROS DO HOLOCAUSTO: AS LIÇÕES QUE NÃO PODEM (PODERIAM) SER ESQUECIDAS

Falar de testemunho e memória do trauma tem sua lição no dever fundamental de não esquecer os escombros que foram cometidos com aqueles indivíduos que já foram, uma vez na sua própria história, esquecidos. O século XX, marcado por grandes massacres na história, não deve ser pensado apenas como um século do progresso, mas deve ser visto a partir da crítica de que a história não é linear, e traz consigo retrocesso, como por exemplo, as tragédias acontecidas na *shoa*.

A literatura de autores como Primo Levi e Paul Celan vem para oferecer a real importância para os acontecimentos catastróficos, como os genocídios e massacres. Isso porque, o compromisso que essa literatura tem com essas tragédias, é o de realmente demonstrar através de testemunhos, tudo o que aconteceu no passado para que esse não venha a se repetir em um presente. Essas tragédias servem como exemplo para a realidade atual.

3.2 MOVIMENTOS NEONAZISTAS NO MUNDO HOJE: O NAZISMO NAS ESCOLAS E A MARCHA DA SUPREMACIA BRANCA

Ainda assim, depois de todas as atrocidades que aconteceram durante a Segunda Guerra Mundial, faz-se necessário e importante remeter-se aos movimentos neonazistas na atualidade. Isso porque, acontecimentos como a marcha da "Supremacia Branca" que aconteceu em Charlottesville, no estado da Virgínia nos Estados Unidos, merecem repercussão, assim como, a suástica encontrada desenhada em um dos banheiros destinados a alunos, na Faculdade de Direito de Vitoria, no Espírito Santo.

Esses episódios nos levam a repensar sobre qual o legado que nos foi deixado pós *shoa*, pós criação da ONU, pós uma era influente sobre Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, em universos tão distintos, como, um acontecimento em um país considerado de "primeiro mundo" e um acontecimento do mesmo viés em outro país considerado em desenvolvimento, mentes em pleno século XXI ainda podem reafirmar uma ideologia e um símbolo que geraram uma das maiores catástrofes da história.

É significante pensar que tanto o Brasil como os Estados Unidos fazem parte, perante o Direito Constitucional Internacional de Tratados que versam sobre Direitos Humanos e repudiam totalmente convicções como essas expressas. Indicio disso, é a Convenção Interamericana assinada e ratificada pelos respectivos países supracitados.

Nessa perspectiva, é interessante salientar sobre o conceito de dignidade humana na ordem jurídica, para assim refletir sobre as ideologias que ainda permeiam em certa parcela da população. Para Flávia Piovesan (2000, p. 92):

> *É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana* como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Partindo desse conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Piovesan, torna-se evidente que a ordem jurídica atual não pode ser pautada em ideologias extremistas como essas que foram exteriorizadas e, a partir de acontecimentos como a Segunda Guerra Mundial, podemos perceber a extrema importância da face da literatura que possui o compromisso de mostrar o passado dos que foram apagados.

Nesse cenário, tem-se no Brasil, por parte do artigo 1° da lei 7.716/89, a punição por crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, em contrapartida, a própria constituição dos Estados Unidos permite através da 1 emenda que:

> O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA)

Apesar de os Tratados Internacionais repudiarem convicções extremistas como as expressas nos respectivos países, a constituição norte americana não veda essa liberdade de expressão, permitindo que tais passeatas aconteçam, enquanto que, no Brasil, há pela carta magna uma vedação e criminalização desse tipo de comportamento.

Nesse aspecto, torna-se ainda mais importante falar da literatura de testemunho e coloca-la em pauta para debate, pois só a partir dessa será possível criar uma consciência crítica no corpo social da sociedade para mostrar que atrocidades como a "supremacia de uma raça" não deve passar nem perto de existir novamente.

Essa literatura, se tivesse sua real importância nas escolas e fosse analisada com tal, rigor que merece, atuaria como um caminho para a formação de mentes críticas sobre o assunto e conheceriam ainda mais sobre um tema de extrema relevância que é a Segunda Guerra Mundial.

4 OS AFOGADOS E OS SOBREVIVENTES" E O NECESSÁRIO DEBATE SOBRE AS CATÁSTROFES DO SÉCULO XX NO SÉCULO XXI

4.1 A OBRA DE PRIMO LEVI, O RELATO DOS SOBREVIVENTES DOS ESCOMBROS DA HISTÓRIA E OS ENSINAMENTOS DESSA LITERATURA SOBRE A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A literalidade da palavra escombro significa ruínas, destroços. A partir desse significado podemos perceber o legado que nos foi deixado da Segunda Guerra e todas suas ruínas que ainda permeiam a sociedade atual.

Falar de ruínas vai muito além da herança que nos foi deixada. Ruína atribui-se aqui a todas características existente na literatura de testemunho que confirma e evidência a experiência traumática vivida pelo indivíduo. São características como o desejo de justiça constante, a presença de um trauma, rancor e sentimento, o sentimento de vergonha pela humilhação e animalização sofrida e até mesmo um sentimento de culpa por ter sobrevivido e uma impossibilidade radical de apresentação do vivido.

Uma crítica pertinente que essa ciência realiza, é que não há possibilidade de reduzir o mundo ao verbo, ou seja, não há como narrar tudo que foi presenciado e sofrido na individualidade do ser em apenas palavras. A literatura de testemunho assume esse papel de uma reconstrução de identidade, mas a tradução na sua literalidade torna-se impossível diante dos fatos acontecidos. (SELIGMANN-SILVA, 2008, p.01)

Essa incapacidade de transmitir tudo que foi vivido, representa uma tensão que existe nessa literatura, que é a tensão entre a fragmentação, ou seja, a incapacidade de contar os acontecimentos linearmente e a

literalização, que é a incapacidade de traduzir o vivido em imagens ou metáforas. Esses testemunhos tem o importante papel de fazer uma justiça histórica e apresenta-se também como um documento para essa. Além disso, esses testemunhos atuam como perlaboração do traumático, como aquilo que não deve nunca ser repetido. (SELIGAMANN-SILVA, 2008, p.02)

Em sua obra, "Os afogados e os sobreviventes", Levi busca mostrar de forma clara e com desejo de justiça como era a vida nos campos de concentração e toda política existente nele. É importante lembrar que só um indivíduo que não chegou "fundo do poço" seria possível e teria condições de narrar o inenarrável vivido por ele e que existia uma clara diferença entre os campos de concentração e os campos de extermínio.

Levi foi um desses indivíduos, que ao chegar no Campo de Concentração de Auschiwitz, o mais famoso e temido por todos em 1944, ocupou a função de químico e tinha um pouco de conhecimento sobre a língua alemã. O conhecimento na área da ciência e a dominação da língua alemã fez com que Levi não conhecesse o fundo do poço do Campo de Concentração, mas isso não significar dizer que ele teve uma vida digna naquele campo.

Diante da obra base de Primo Levi e das considerações críticas de Seligmann, é possível perceber a real importância de trazer o tema "literatura de testemunho" para as discussões atuais. Isso porque, no seu dever fundamental de relembrar o passado, a literatura de testemunho nos leva a repensar a que ponto a dignidade do homem foi relativizada em nome do progresso e em nome de uma raça que se diria superior a outra.

5 CONCLUSÃO

Diante todo exposto, pode-se concluir que a importância dos estudos sobre a literatura de testemunho na atualidade é imprescindível. Isso porque, só se torna possível compreender essa narrativa com as obras que possuem o teor testemunhal, como é trazido por Primo Levi em "Os Afogados e os Sobreviventes".

Além disso, ao remeter-se a literatura de testemunho, automaticamente vincula-se um dos temas mais importantes que rege a ordem jurídica constitucional Internacional, que são os Direitos Humanos.

Ao falar de testemunho, é possível dar voz aqueles que já foram apagados da história uma vez. Só a partir dessa forma de expressar tudo o que aconteceu no passado, seria possível, tentar oferecer novamente a dignidade que foi perdida pelos que passaram por massacres, genocídios ou tragédias. Apesar de todo acontecido na segunda guerra mundial, ainda é preciso falar sobre as ideologias neonazistas para que acontecimentos como a "Marcha da Supremacia Branca" fique longe de acontecer novamente.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei nº, 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 07 nov. 2017.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América, 1787. Disponível em: <http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml> Acesso em: 20 out. 2017.

DICIO. Escombros. **Dicionário Online de Português.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/escombros/> Acesso em: 20 out. 2017.

FLORES, Herrera Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar escrever esquecer**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

GASPARETTO JUNIOR**,** Antonio. Campo de concentração de Auschwitz. **Info Escola**, Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/campo-de-concentracao-de-auschwitz/> Acesso em: 20 out. 2017.

LIMA, Lionan. Por que é mais fácil ser neonazista nos EUA do que na Alemanha. **BBC MUNDO,** São Paulo, 17 ago.

2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40958924> Acesso em: 10 out. 2017.

LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes:** Os delitos, os castigos, as penas, as impunidades. 3. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra editora, 2016.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **O que são Direitos Humanos?** 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/ > Acesso em: 07 de nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acesso em: 20 out. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. **História, memória, literatura:** o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

_____. Narrar o trauma: a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. **Psicol. clin.,** Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 65-82, 2008 . Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pc/v20n1/05.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017

_____**.** Testemunho da Shoah e literatura. **Revista Digital de Estudos Judaicos da UFMG**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, out. 2007. Disponível em: <http://diversitas.fflch.usp.br/files/active/0/aula_8.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017

WELLE, Deutsche. Caos em ato supremacista branco nos EUA. **Carta Capital**, São Paulo, 13 ago. 2017. Disponível em:<https://www.cartacapital.com.br/internacional/caos-em-ato-supremacista-branco-nos-eua > Acesso em: 20 out. 2017

GT34: ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA(S): PERSPECTIVAS NAS SOCIEDADES PÓS-COLONIAIS

SISTEMA PENITENCIÁRIO: A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO INCLUSIVO AOS DETENTOS[1]

Camila Taís Menegoto[2]

Thaís Janaina Wenczenovicz[3]

RESUMO: Historicamente, o sistema prisional sempre fora um mecanismo que visava a manutenção da ordem social, buscando-a manter através de meios punitivos para os transgressores de normas. Esse trabalho tem como objetivo não apenas discorrer sobre o sistema prisional, mas acima disso, estudar a educação no sistema penitenciário, levando em consideração o que dispõe as normas jurídicas, buscando compreender a educação nos estabelecimentos prisionais com observância ao direito penal, sendo dever do Estado providenciá-la, visando à prevenção do crime e orientação do indivíduo à convivência social. No Brasil, a educação é garantida pela Constituição Federal/1988, sendo um direito de todos. A Lei de Execução Penal (LEP) determina a obrigatoriedade de o Estado garantir este direito também às pessoas privadas de liberdade. É imprescindível analisar e refletir sobre a história da prisão e sua importância para o Estado. Promovendo o estudo da assistência educacional faz com que se valorize o preso como sujeito histórico e humano, com direitos e perspectivas de mudança de sua condição. Busca-se esclarecer que a educação é fundamental para a mudança do sistema prisional, melhorando o cenário social dos detentos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação prisional. Sistema prisional.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa conduzir a compreensão da educação inserida em um contexto peculiar - a prisão - nesse cenário, há um processo de rejeição social, em configuração ao enfrentamento do Brasil as dificuldades em manter o controle social, interferindo desse modo para a afirmação de práticas educativas. Portanto, a realidade do Sistema Penitenciário é preocupante, assinalada pelo crime, com banalização aos direitos humanos, corrupção, dentre outros enfrentamentos, são elementos que comprometem o Estado Democrático de Direito.

O Brasil, situado na semiperiferia do sistema capitalista ainda não conseguiu encontrar meios para substituir um dos principais objetivos do sistema penal: manter a ordem. A incapacidade do país em oferecer mecanismos e procedimentos de socialização e conhecimento afeta a população nacional, principalmente a parcela social com ausência de recursos econômicos.

Considerando que o Estado é o principal responsável pelos estabelecimentos penais e que a educação é garantia assegurada através do ordenamento jurídico, inclusive para os indivíduos privados de liberdade, é o que dispõe o Plano Nacional de Educação (PNE), Constituição Federal/1988, Resolução nº 3/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Lei de Execução Penal, dentre outras normas e diretrizes, inclusive internacionais, que visam o fortalecimento e a concretização da educação a jovens e adultos na prisão.

1 O estudo compreende um desdobramento de pesquisa realizada em 2017 para o Trabalho de Conclusão de Curso, respectivo ao curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE/PR).

2 Graduada no curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Brasil
Discente no Programa *strictu sensu* em de Educação na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Brasil

3 Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais/UNOESC. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

O entendimento do senso comum sobre a educação nos estabelecimentos prisionais, bem como a compreensão do sistema prisional, é diversa da apresentada nesse trabalho. Se observa diariamente, que grande parcela da sociedade não acredita ou leva em consideração a educação como um direito a ser implementado no cárcere e que esta em pouco reflete na formação do sujeito preso. Contudo, os sentenciados, assim como todos os demais entes sociais, têm o direito à educação, garantida através do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, busca-se analisar a importância da educação para todas as parcelas sociais, e que sua ausência pode acarretar graves prejuízos para uma população, como uma das consequências: a prisão. Ainda, é difícil demonstrar socialmente que, em um país com baixas condições escolares para crianças e jovens, possa estar ofertando ensino para uma parcela discriminada, e por vezes, abandonada pelo Estado.

A opção pelo tema da pesquisa foi feita com a constatação de que, após levantamento bibliográfico poucos são os trabalhados desenvolvidos sobre educação nas prisões. O trabalho se divide em três etapas para maior compreensão do assunto através da metodologia analítica de pesquisa, tendo como pesquisa principal o ordenamento jurídico vigente no Brasil, e secundariamente autores que estudam a educação como forma de contribuição ao sistema carcerário.

Embora haja preocupação por parte do Estado em promover políticas públicas que assegurem direitos aos sentenciados, é evidente que processos serão questionados e que algumas conclusões que serão alcançadas nesse trabalho não são definitivas, pois, a época em que estamos é de grande incerteza.

2 A HISTÓRIA DO SISTEMA PRISIONAL: DISCIPLINA E CONTROLE SOCIAL

A compreensão do mecanismo da pena e da prisão e o desenvolvimento da assistência educacional e sua importância é tarefa árdua, sendo imprescindível fazer um estudo acerca do que é prisão e sua origem histórica na sociedade a fim de alcançarmos a especificidade da educação no sistema prisional.

Embora a prisão passe a existir como consequência de outras penas, por dever preceder a declaração jurídica do delito, não deixa de ter, como demais gêneros de castigos, o caráter de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso empregá-la (BECCARIA, 1764, p. 14).

A prisão significa que "em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações" (FOUCAULT, 1987, p. 163), portanto, sempre existiram no decorrer da história diversas técnicas a fim de manter o controle social.

Em meados do século XVIII, o suplício era uma das principais técnicas de controlar a sociedade. Ocorria a apropriação do corpo do indivíduo condenando, em razão de conduta não aceita na sociedade, com o objetivo de fazê-lo sofrer e destruí-lo. Essa punição era modificada conforme os crimes praticados, podendo chegar à morte (FOUCAULT, 2014, p. 13).

Segundo Foucault (1987, p. 260), "a prisão, peça essencial do conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade".

Nesse sentido:

> A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é "onidisciplinar". Além disso, a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante (FOUCAULT, 1987, p. 264).

Observa-se que no decorrer da trajetória histórica da humanidade, do sistema político/econômico e, incluindo o sistema penal, houve uma similitude entre quem aprisionar e quem eram/foram os sujeitos presos. De acordo com Julião (2010, p. 530), parece certo que o sistema penal fora instituído socialmente com o objetivo de aprisionar as mazelas sociais.

Importante abordar que em diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, estão apresentando taxas elevadas de encarceramento (JULIÃO, 2010, p. 529). Com o aumento de sujeitos no sistema carcerário, o sucateamento desse sistema é a consequência, a qual prejudica as condições mínimas apropriadas para atender a tutela de presos.

Neste contexto, indica Foucault (1987, p. 22), que "as prisões não se destinam a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar a sua periculosidade, a modificar as suas disposições criminosas". No entanto, o que verificamos atualmente são o domínio de crimes, modelos e procedimentos prisionais ineficazes e a estigmatização e vulnerabilidade crescente da sociedade.

A estigmatização se configura como uma das consequências mais dolorosas que as pessoas que cumprem ou cumpriram pena em instituições fechadas enfrentam, quando são reinseridas no convívio social.

O conceito de estigma a que estamos nos referindo é definido por Goffman (1978, p. 7) como "a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena". O estigma compreende desde os sinais corporais, como marcas ou defeitos físicos, até a forma preconceituosa de tratar o desvio.

Diante do processo de perda de identidade do sujeito e do individualismo exacerbado que o sistema de globalização e ultra-liberalismo tem causado, esse processo de estigmatização vivenciado pelos infratores poderá levar à sua autoculpabilização pelo fracasso nos papéis sociais previamente definidos e atribuídos culturalmente. Nesse processo, ela é incapaz de perceber todas as implicações sociais que contribuíram para colocá-la nesta condição.

Segundo Zizek (2014), a apologia pós-moderna da tolerância não passa de uma máscara para ocultar as raízes das desigualdades e desviar a atenção das verdadeiras causas da violência e dos preconceitos em geral. A demagogia ambientalista das elites que lucram com a devastação do meio ambiente é um exemplo da nova conjuntura política, cuja influência permeia boa parte das consciências. O simulacro de um pluralismo cultural e religioso por parte dos defensores do liberalismo econômico não consegue esconder que as raízes das desigualdades encontram-se numa realidade sistêmica e que apenas uma revolução poderá reverter tal ordem de coisa, ou seja, a lógica puramente econômica e mesquinha do capital. Ao contrário dos que defendem arremedos econômicos e soluções conciliatórias com a lógica perversa da globalização, Zizek demonstra que esta ordem mundial que se define pós-ideológica não consegue responder às grandes questões de nossa época, nem tampouco explicar o caos e a violência que recrudesce a cada dia por todo o planeta, gerando a sensação de que estamos vivendo no fim dos tempos.

Neste aspecto, o processo de ressocialização deve abranger, necessariamente, os aspectos que envolvem a construção da imagem do indivíduo, concreto e subjetivo, reconhecendo o papel da educação, da qualificação e do trabalho no cárcere.

Mas, todos os aspectos negativos acerca da prisão, para Bitencourt (2004, p. 168), demonstram que esta é aparelho inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o sentenciado, reforçando a questão que a prisão, como resposta "penalógica", encontra-se em crise.

A obra "Vigiar e Punir" de Foucault, é um estudo importante para a análise do sistema prisional brasileiro, nele se explica que a prisão fora um meio criado para domesticar pessoas, moldando-as de acordo com aquilo que se achava correto pela sociedade e Estado, bem como que a prisão é uma peça importante na história, no conjunto das punições, e em relação à justiça penal, que seria o acesso à "humanidade", assim, explica:

> A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a

> instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência (FOUCAULT, 2014, p. 223).

Até aqui, a observação recai em que não nos enquadramos em um modelo de sociedade disciplinar, mas sim, em um modelo de punição, sem processos concretos para melhorar o sistema prisional. Embora ocorridos avanços, ainda falta muito a construir até alcançarmos um ideal de prisão, que possa fornecer aos presos uma perspectiva de vida melhor, e, ao menos, mais dignidade dentro dos estabelecimentos penais, que, com algumas ressalvas, estão em ruínas, em conjunto com a manutenção da segurança pública.

Para maior compreensão do assunto, também é importante se estudar sobre a origem da pena, diversa da origem da prisão, pois **àquela é relacionada ao sistema carcerário,** de forma a ser aplicada tanto como castigo, bem como reparação.

A conceituação do termo "pena" engloba a construção de ideias, adotando-se aqui, em conformidade com Garrutti e Oliveira (2012, p. 4), que a "pena" significa uma consequência jurídica, imposta aqueles que transgridam as normas jurídicas.

A punição servia como controle social, uma vez que, produzia medo, através do espetáculo da execução penal pública. A pena, para Abbagnano (1998, p. 749), "é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração".

Verificou-se que a pena tinha como objetivo distribuir os indivíduos, partindo de uma visão que em que cada ser tinha um local correto para estar em sociedade, fazendo com que ficassem submissos e amedrontados, com encarceramento para os infratores, que consequentemente resultou na prisão daqueles considerados como vagabundos e miseráveis (FOUCAULT, 1987, p. 168).

No final do século XVIII e início do XIX, a pena imposta a determinado delito, com o passar do tempo, deixou de ser um espetáculo público. Assim, as penas que cominassem em espetáculo começaram a ter cunho negativo. As cerimônias penais realizadas deixaram de ser compreendidas, e o fechamento do crime ficou considerado da seguinte forma:

> Ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a freqüência (*sic*) dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração (FOUCAULT, 2014, p.13-14).

Mesmo a pena adquirindo outra interpretação no século XIX, que não mais o poder sobre o corpo, não deixou de existir. A pena não mais como forma de suplício, mas se concretizou historicamente como a perda de um bem ou de um direito (FOUCAULT, 2014, p. 20-21). Verifica-se que, até hoje o estudo de Foucault se mantém presente, levando em consideração que nosso sistema jurídico aplica para os transgressores de normas, a perda de alguma parte de sua vida, como bens os direitos.

A diferença entre as épocas, é que, atualmente as penas tem cunho mais voltado para a proteção da sociedade, sendo um dos seus objetivos a reeducação e ressocialização do delinquente. Desse modo, a justiça penal deve abranger a técnica processual, conjuntamente com as necessidades da pessoa humana, a fim de um tratamento penal que possibilite condições de alcance do objetivo da pena.

Logo, se adota a noção de que pena é consequência jurídica, imposta ao transgressor das normas. De acordo com Boschi (2013, p. 86), a função retributiva tem por finalidade exclusivamente castigar o delinquente, "ao mal do crime, o mal da pena".

A função preventiva da pena, conforme explica Boschi (2013, p. 111), significa que a punição possui um duplo escopo, que é desestimular a prática de crimes e prevenir o cometimento de novos delitos. Consequentemente, leva a privação de liberdade, em se tratando da perspectiva retributiva, buscando assegurar o retorno do preso à sociedade, com o objetivo de prevenção de novas infrações.

Não obstante de haver diferentes formas de controle social, sendo algumas mais sutis e difíceis

de restringir que o próprio direito penal, o Estado emprega a pena para resguardar eventuais lesões de determinados bens jurídicos. A pena e Estado são conceitos que se relacionam entre si. O desenvolvimento do Estado está unido ao da pena. Logo, o sistema socioeconômico do Estado é que desenvolve o sistema sancionador (BITENCOURT, 2004, p. 103).

Deve-se levar em consideração que é a condição material/econômica que determina o indivíduo, e assim, parcela da sociedade brasileira se vê frente a condições difíceis e trazem resultados prejudiciais para o desenvolvimento do país, e esse sistema econômico trás consequências como a prisão.

É preciso uma reflexão sobre prisão e pena e qual é sua função. Logo, se compreendeu que a prisão, se utilizando da educação como programa de reinserção social, e que, sofre demasiadas críticas pela sociedade, tem como motivos pelas críticas a ausência de lapso temporal para quantificar e qualificar o processo de reinserção social e reincidência em crimes, bem como falta de investimento público em educação de base (antes da prisão), e a educação durante e após o processo de prisionização, estabelecido pelo Estado.

Segundo Fonseca (2006, p. 540), a educação tem como objetivo proporcionar a reabilitação dos indivíduos presos, mas os programas de operação penitenciária tem tentado adaptar os sentenciados às normas, como a organização penitenciária, manutenção da ordem interna e o controle da massa carcerária, e o objetivo principal foi anulado, que seria a autonomia para um aprendizado eficaz.

Dessa forma, o Brasil passa por dificuldades no cenário carcerário, com severas críticas e penalidades em razão do modelo de prisão, levando em consideração a violação aos Direitos Humanos, com a falta de estruturação do sistema e a insuficiência de investimento institucional. Portanto, de acordo com Wacquant:

> Uma última razão, de simples bom senso, milita contra um recurso acrescido ao sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil. É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com *campos de concentração para pobres,* ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção (WACQUANT, 1999, p. 7).

Alcança-se o resultado do modelo prisional atual, a partir do encarceramento, quando verificamos que o sujeito é submetido ao sentimento de rejeição e a indiferença com a qual é tratado pela sociedade e pelo Estado ao ser inserido novamente a sociedade, comprovando que a pena privativa de liberdade não se tornou eficaz para a ressocialização.

Julião (2007, p. 21) afirma que a educação é um direito, o qual a sociedade deve aceitar, mas sem a necessidade de transformá-la em objetivo de ressocialização, pois essa não é uma justificativa para se ter a educação no sistema prisional, sendo que, é papel do sistema penitenciário a ressocialização, conforme prevê a Lei de Execução Penal, dependendo de tratamento penal autorizado para que ocorra.

Com os resultados alcançados através do estudo, a educação é vista como positiva para o desenvolvimento do preso, mas não se pode implementá-la apenas para o fim de reinserção social, deve ser voltada também, como garantia de direitos à todas as pessoas privadas de liberdade. É importante que se compreenda que a educação é relevante para o desenvolvimento humano. Seguindo essa premissa, se pode falar em 'tratamento' penitenciário sem o risco de compará-lo a algum tipo de sistema opressor do detento.

3 SOCIEDADE BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA O SISTEMA PRISIONAL

O sistema penitenciário brasileiro está entre os dez maiores do mundo de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2016). Entende-se como sistema penitenciário o conjunto das unidades de regime aberto, semiaberto e fechado, que podem ser masculinas e/ou femininas, incluindo nesse sistema os estabelecimentos em que o recluso ainda não foi condenado, sendo estas unidades chamadas de estabelecimentos penais.

O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Em dezembro de 2014, era de 622.202. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Cerca de 40% são presos provisórios, ou

seja, ainda não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. (DEPEN, 2016).

De acordo com o relatório DEPEN (2017), 89% da população prisional estão em unidades superlotadas. São 78% dos estabelecimentos penais com mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663. A taxa de ocupação nacional é de 197,4%. Já a maior taxa de ocupação é registrada no Amazonas: 484%

Uma vez dentro dos estabelecimentos penais, o indivíduo condenado se encontra sob a custódia do Estado, e a este incumbe prestar assistência àquele, atendendo as necessidades essenciais, devendo atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, em concordância com a Constituição Federal/1988, em seu art. 1º, inciso III:

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

Para entender o cenário carcerário brasileiro, *é necessário* compreender alguns aspectos sobre as políticas públicas utilizadas pelo país em face do sistema penitenciário: a prática de políticas públicas está relacionada à necessidade de promover o bem comum da sociedade por meio de leis, planos de governo, decisões do corpo político e regulamentações. Compreende-se por política pública "o conjunto de decisões e ações de um governo para solucionar problemas que em um dado momento os cidadãos e o próprio governo de uma comunidade política consideram prioritários ou de interesse público" (CALDAS; CRESTANA, 2005, p. 10).

Em relação ao sistema prisional, as políticas públicas abrangem a de segurança, que constituem um tipo particular de políticas públicas. Como preceitua Neto (2006, p. 189), os objetivos das políticas de segurança no Brasil são: manter a lei e a ordem, preservar a vida, a liberdade e segurança das pessoas.

Logo, para que ocorra o funcionamento do sistema prisional brasileiro, há a necessidade de proporcionar a esse sistema recursos capazes de atender as suas demandas, atendendo os direitos de seus responsáveis, bem como daqueles que estão restritos de liberdade, possibilitando o atendimento aos Direitos Humanos, tão importantes para a manutenção da dignidade de toda pessoa.

O marco para que o Brasil buscasse seguir as regras relacionadas aos Direitos Humanos na área penal, no que se refere ao tratamento da pessoa presa, se deu principalmente a partir da participação do país como membro do Conselho de Defesa Social e Econômica da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em nível nacional, a Constituição Federal/1988, reservou o artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, incluindo nele, à proteção das garantias do homem preso. Há ainda legislações específicas, como a Lei de Execução Penal que dispõem sobre as etapas da pena e da prisão, bem como os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal e o Decreto-Lei nº 7.626/2011, que, de forma específica institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional.

Estudos específicos como o de Onofre (2013, p. 2), a prisão no Brasil é uma instituição fechada tendo como objetivo aplicar técnicas corretivas sobre seus tutelados, buscando recompô-los, segundo os pressupostos básicos da vida que lhes quer incutir, acabando por desestruturá-los física e psiquicamente.

O Conselho Nacional do Ministério Público (2016, p. 17), chegou à conclusão de que "o sistema prisional brasileiro, com suas graves deficiências estruturais, superlotação carcerária e condições desumanas de custódia, tem impingido ao país a nódoa da violação de direitos fundamentais."

O Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, afirma que:

> Os números estampam a necessidade de assegurar, o quanto antes, o cumprimento de pena no país condizente com a dignidade da pessoa humana, assegurada a integridade dos apenados e dos seus familiares, e a possibilidade de verdadeira ressocialização (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016, p. 17).

Consoante aos estudos efetuados por Foucault, a prisão, bem como as penas, apresentaram com o passar dos anos, um aspecto mais humanizado, se comparado aos episódios do suplício, embora, não sendo o ideal. Atualmente, o sistema prisional tem se convertido em dispositivo que, além de punir, deve ter como propósito, tornar-se socialmente mais responsável, com proteção social e exercício de direitos que correspondem à condição humana.

Nesse contexto, atualmente no Brasil se tem as assistências aos presos, mas são poucos os estudos e informações consistentes sobre essas, principalmente a assistência educacional, tomando como base a noção de direitos humanos, definidos como, indivisíveis, universais e interdependentes, destinados a garantir a dignidade humana.

A educação como direito de todos, não deve ser limitada a apresentar as possibilidades da leitura da escrita e do cálculo. Para Maliska (2001, p. 157), deve-se garantir a todos "o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual".

De pronto, qual seria a importância da educação? Qual a sua extensão? Em que consiste o direito à educação? E se ela poderia transformar a função da pena. Com fulcro na Constituição Federal, esta garante, em seu artigo 205:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A assistência educacional dentro dos estabelecimentos penais, não é, conforme preceitua Maeyer (2006, p. 21), uma segunda chance de educação. Bem como não deve ser compreendida como uma primeira ou última oportunidade de se fazer parte da sociedade, ou seja, daqueles que estudaram e têm conhecimento. Ainda, afirma que não é um prêmio de consolação ou um tipo de educação reduzida a ser oferecida àqueles que, por razões sociais, familiares ou políticas, não foram capazes de tê-la durante a infância. Conclui-se, que, não é uma educação pobre para pobres.

A fundamentação do DEPEN-PR (Departamento Penitenciário: departamento de Execução Penal), estabelece que a oferta de educação no sistema penitenciário, é realizada com parceria expressa em Resolução Conjunta, estabelecida entre a Secretaria de Estado da Educação e a Secretaria de Estado da Segurança Pública e Administração Penitenciária que, desde 1982, vem viabilizando as pessoas privadas de liberdade a oferta de educação básica para o processo de ressocialização.

A concepção de educação está intrinsicamente ligada como sendo um direito humano, e que reconhece o indivíduo preso como sujeito de direitos. Segundo Julião e Onofre (2013, p. 56), os fins da educação nas unidades prisionais são distintos dos fins da pena, pois, no sistema penitenciário, ocorre o descarte das práticas sociais que promovam processos educativos. De acordo com os estudiosos, para corrigir que os fins das penas sejam os mesmo que os fins educacionais, com o reconhecimento da educação dentro do espaço prisional deve haver a compreensão de que a educação é para todos:

> Corrigir tal descompasso é uma exigência da educação para todos, por toda a vida, uma vez que o reconhecimento da cidadania dos privados de liberdade é o ponto de partida para a defesa de seus direitos educativos. A liberdade de ir e vir e o afastamento do convívio social por um tempo determinado é a pena a ser cumprida por um crime cometido – todos os demais direitos humanos ficam preservados (JULIÃO; ONOFRE, 2013, p. 56).

Assim, a educação seria uma das maneiras encontradas para que o indivíduo preso, não perca a palavra e a própria identidade. É por meio da educação penitenciária que o detento terá a possibilidade de se reconhecer como protagonista, podendo criar e recriar a própria história.

O direito à educação, também não deve ser considerado como apenas formação profissional, ou usado como ferramenta de reabilitação social. Para Maeyer (2006, p. 22), a educação é ferramenta democrática de progresso, não mercadoria. A educação deve ser aberta, multidisciplinar e contribuir para o desenvolvimento da comunidade. A educação não deve ser usada como ferramenta para lidar com conflitos dentro da prisão

e esse direito não deve ser aplicado e tolerado apenas para os de boa conduta.

Nesse rumo, Maeyer (2006, p. 19) questiona como explicar para a sociedade que deve ocorrer investimento na educação penitenciária, sendo que, o orçamento para as escolas regulares é insuficiente, ficando difícil explicar por que a educação na prisão precisa de dinheiro público.

Além da problemática sobre o investimento em questões orçamentárias, Fonseca (2006, p. 541), explica acerca das dificuldades dentro dos estabelecimentos penais. Uma das principais dificuldades consiste nas atividades na área da reabilitação, educação, recreação, esportes, biblioteca e demais cursos, que assumem uma posição secundária, se comparadas ao sistema de controle da prisão, "cuja prioridade é fazer com que o encarcerado aprenda a ter complacência com as autoridades e com os regulamentos penais" (FONSECA, 2006, p. 541).

Portanto, a assistência educacional, dentro dos estabelecimentos penais, deve ser trabalhada entre todos àqueles que têm sua liberdade restrita, independentemente do regime penal, visando o desenvolvimento da coletividade. É necessário que a assistência educacional valorize o preso, desenvolvendo a capacidade de superar obstáculos.

4 OS PROCESSOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL COMO DIREITO ADQUIRIDO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988

Após estudo sobre a história a prisão e pena, a educação no sistema penitenciário atual, não tem apenas o objetivo de disciplinar indivíduos presos, mas traz uma percepção de melhoramento do cenário carcerário brasileiro, e consequentemente, uma evolução social, e esta evolução é uma das causas da mitigação de recursos para o sistema carcerário nacional.

A importância da educação somente foi reconhecida nos termos de Gorczevski (2009, p. 211), para a formação dos indivíduos e de toda a sociedade, quando do surgimento de segmentos de uma sociedade privilegiada, em que a educação era apenas para as classes dominantes, educadas para governar, dirigir e conquistar o Estado.

A popularização da educação a diferentes camadas sociais se iniciou a partir do século XVI, com grandes transformações na sociedade europeia, que perduraram durante os séculos XVII e XVIII, com a descoberta do Novo Mundo e nova ciência, com diversos métodos de conhecimento. Assim, a transformação social política e o surgimento do Estado, conforme conhecido atualmente, fez com que a educação ocupasse um papel central na preocupação de intelectuais e políticos (GORCZEVSKI, 2009, p. 211-213).

Nos termos de Vasquez *et al.* (2017, s.p.), a instrução escolar no Brasil a partir do século XIX foi ofertada a população carcerária, sendo mencionada nos regulamentos penitenciários da Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, Presídio de Fernando de Noronha, Casa de Correção de Porto Alegre, Colônia Correcional de Dois Reis, Casa de Correção de São Paulo, dentre outras instituições.

Portanto, as ideias educacionais no sistema prisional surgiram antes mesmo da Lei de Execução Penal, criada no ano de 1984. Nesse contexto, Vasquez *et al.* (2017, s.p.), apontam que a oferta da instrução escolar na prisão ocorreu durante o Brasil Império, análoga à organização da instrução pública em nível de ensino primário.

Para Julião, a educação na prisão deve se basear nos Direitos Humanos. Segundo o autor "ela constitui um valor em si mesma, um conjunto de ferramentas e de capacidades que ampliam as possibilidades de implementação de projetos que contribuam para a inclusão social, cultural e econômica das pessoas aprisionadas" (2013, p. 52).

A partir do século XX, nos moldes dos estudos de Vasquez *et al.* (2017, s.p.), ocorreu à implementação do ensino supletivo no país, denominada atualmente de Educação de Jovens e Adultos (EJA), sendo que, algumas instituições passaram a atuar nos sistemas penitenciários nos Estados.

A partir de então, surgiram algumas peculiaridades sobre a educação na prisão, mas ainda não era modalidade de ensino específica, conforme prevê a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), (Lei Federal nº 9.394, de 20/10/1996), que implementou a modalidade de Educação de Jovens e Adultos, na Seção V do Capítulo II.

Deve-se levar em consideração o que preceituam Sauer e Julião:

> O Brasil já ultrapassou a etapa que discute o direito à educação dentro do cárcere. Está agora no estágio em que deve analisar as suas práticas e experiências, procurando instituir programas, consolidar e avaliar propostas e políticas. Precisamos buscar possíveis e novos caminhos para o plano institucional que abriga homens e mulheres em situação de privação de liberdade em prol da implementação de políticas públicas voltadas para oferta educacional de qualidade no Sistema Penitenciário (SAUER; JULIÃO, 2012, p. 4).

Atualmente, os processo de implementação da educação no sistema penitenciário brasileiro, segue o ordenamento jurídico, levando em consideração a Constituição Federal/1988, que, no artigo 208, inciso I, define de que a educação deve ser efetivada, estabelecendo o Ensino Fundamental obrigatório e gratuito para todos, inclusive para "todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria", alcançando a maioria dos presos.

Entretanto, somente no início desse século XXI, produziram-se regras mais específicas a fim de implementar a educação no sistema prisional, com o parecer do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB 11/2000), que esclareceu sobre a educação para jovens e adultos, devendo esta atender aos segmentos historicamente marginalizados, ofertando a estes a educação pública.

O Plano Nacional de Educação (Lei n.º 10.172/2001) dispõe em seu Capítulo III, à modalidade de Educação de Jovens e Adultos, a qual estabelece "implementar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional".

Por fim, além de algumas determinações internacionais sobre os direitos dos presos, no Brasil, somente no ano de 2011 através do Decreto-Lei nº 7.626/2011 ocorreu à implementação do Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, que abarca mais especificadamente a assistência educacional dentro dos estabelecimentos prisionais.

Portanto, há normas regulamentando que a educação é direito de todos, alcançando também os indivíduos presos. Embora haja leis garantindo a assistência educacional, àqueles que devem colocar em prática as mesmas, batem de frente com outro sistema, que é do investimento e estruturação do sistema penitenciário, além de serem necessários estudos mais aprofundados sobre os sujeitos que se encontram presos, pois há pluralismo de culturas e saberes, bem como se precisa estudar quais as consequências da implementação da educação que alcance a todos os sentenciados.

Silveira *et al.* (2007, p. 448) afirmam que "apesar de sucessivas constituições brasileiras proclamarem que a educação é um direito de todos, ainda é notória a diferença entre direitos proclamados e direitos efetivamente desfrutados". Ainda, alegam:

> É bem verdade que, no Brasil, conquanto tenhamos avançado na definição e regulamentação do direito à educação, sua efetividade em termos de garantia de acesso, permanência e qualidade de ensino ainda está por acontecer. É, pois, tarefa de todos os que trabalham em prol da promoção e defesa dos direitos humanos, lutar pela efetividade do direito à educação ao tempo em que também nos compete denunciar sua violação. Em termos de princípios, adjudicamos a idéia (*sic*) de que o direito à educação só será efetivado na medida em que todas as crianças e jovens deste país puderem ter acesso à educação básica. A universalização do ensino representa, assim, o mecanismo mediante o qual é possível garantir a igualdade de acesso à escola. Na educação formal, universalização, obrigatoriedade e gratuidade formam parte de um único processo. A obrigatoriedade e a gratuidade da educação representam, simultaneamente, a garantia da universalidade do acesso à educação, ao tempo em que asseguram o direito do homem à educação (SILVEIRA; DIAS *et al.*, 2007, p. 449).

Portanto, o termo "universalização" da educação abarca inclusive aqueles que se encontram sob a

custódio do Estado, dentro dos estabelecimentos prisionais, e que, da mesma forma merecem ser respeitados e ter o tratamento que a Constituição Federal dentre outros dispositivos legais determinam, com o acesso educacional.

Nota-se, que é necessário levar em consideração as peculiaridades de cada segmento e conduta social, pois não há ausência de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em face da Constituição Federal, no entanto – se observa que ocorre a não efetivação desses direitos - ou seja, embora se tenha direitos, a sociedade de modo geral não os respeita de forma plena. Não falta questionamento de que a educação é um direito de todos, incluindo os indivíduos presos, mas a ausência de questionamentos sobre a adoção de ações de como ocorrer à efetivação do sistema educacional e ações de ajuda aos cidadãos egressos na sociedade.

5 CONCLUSÃO

Insta afirmar que o direito a educação é de pertencimento coletivo, sendo uma garantia enquanto direito fundamental para àqueles que estão sob a responsabilidade do Estado, em especial, aos restritos à liberdade. Compreendeu-se que, embora este direito esteja presente no ordenamento jurídico brasileiro, não é um assunto de fácil resposta. Inúmeras são as dificuldades: acesso, implantação, implementação, estrutura física e amparo pedagógico. Neste diapasão, cumpre a permanência de diálogo em busca da efetivação deste direito fundamental social.

A fase histórica da função da pena como mecanismo de disciplina social, passou por inúmeras mudanças até chegar aos dias atuais como noção de consequência jurídica, imposta ao transgressor das normas. A pena atualmente está direcionada para as consequências sociais, ou seja, como irá ocorrer a reinserção do indivíduo após o cumprimento da pena. Contudo, ainda se verifica resquícios fortes de modelos prisionais apenas de forma a atender o Direito Penal quanto à função de condenação e punição, sem considerar novos mecanismos que viabilizem aos presos condições de vida mais digna e fora da criminalidade.

Destaca-se a educação prisional como maneira de trabalhar conhecimentos de uma forma crítica, bem como a formação dos valores democráticos, os princípios violados pelos sentenciados, com o papel de promover a reflexão sobre a busca de sentido para as suas vidas.

A assistência educacional é um direito de todos, direito este, garantido no Brasil, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases de Educação, Decreto-Lei nº 7.626/2011 e pela Lei de Execução Penal.

A responsabilidade do Estado citado no artigo 5º da Constituição Federal/1988 e no artigo 10 da Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Desse modo, um programa destinado a reinserção social deve ter como base a assistência material, moral e intelectual, afinal, a readaptação social necessitam de intensa ação educativa. Seguindo essa premissa, se poderia falar em "tratamento" penitenciário sem o risco de compará-lo a algum tipo de sistema opressor do detento.

Para ser um elemento transformador, a educação deve envolver relações sociais e familiares, tendo oportunidade para debates sobre a reabilitação de presos e sobre sua volta à sociedade, bem como discutir sobre o direito a educação, permitindo a integração entre a sociedade e as políticas públicas necessárias à melhoria das condições prisionais no estado.

Portanto, é necessário compreender que os indivíduos restritos de liberdade são colocados na prisão como punição e não para punição, ou seja, a Penitenciária é local de consequências, onde o sujeito que cometeu transgressões normativas recebe uma pena. Contudo, os sujeitos presentes nesse local precisam aprender novas possibilidades de viver em sociedade, atendendo as demandas legais, e, uma possibilidade para que a prisão cumpra com o papel estabelecido pelo ordenamento jurídico, os quais: reabilitação e ressocialização é através da oferta de ensino qualificado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** 2. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo, SP: Saraiva, 3ª ed., 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 11, jul., 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

_____. Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 04, nov., 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7626.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/sigepsemiaberto/CNJ_relatorio_parana.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

_____. **Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária**: Departamento Penitenciário – Depen. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

_____. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. In: **Conselho Nacional do Ministério Público**. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff e CRESTANA, Silvério. Políticas Públicas Municipais de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **In: Revista Sebrae.** São Paulo, SP, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

FELBERG, Rodrigo. **A reintegração social dos cidadãos-egressos, uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas**. São Paulo, SP, 2013. Disponível em: < http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Rodrigo_Felberg.pdf >. Acesso em: 25 de maio de 2017.

FONSECA, Karina Prates da. (Re)Pensando o Crime como uma relação de antagonismo entre seus autores e a Sociedade. **In: Psicologia Ciência e Profissão**. v. 26, nº 04, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400002>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

_____, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 27. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GARRUTTI, Selson; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **A prisão e o sistema penitenciário:** uma visão histórica. 2012. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_ppe_2012/trabalhos/co_02/036.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro**. In: Revista Brasileira de Educação**, v. 15, nº 45, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v15n45/10.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

_____, Elionaldo Fernandes. Educação para jovens e adultos privados de liberdade: desafios para a política de reinserção social. In: **EJA e educação prisional.** 2007. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/eja_prisao/saltopfuturo_edprisional.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre, RS: Diagramação e Arte, 2001.

MAEYER, Marc de. Na prisão existe perspectiva da educação ao longo da vida? **Alfabetização e cidadania: revista de educação de jovens e adultos.** Brasília, DF: RAAAB, UNESCO, Governo Japonês, Nº 19. Jul., 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001465/146580por.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MENEGOTO, Camila Taís. **O plano estrat**égico de educação no âmbito do Sistema P**risional brasileiro**: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão – PR. Paraná, PR. 2017.

NETO, Paulo de Mesquita. Fazendo e Medindo Progresso em Segurança Pública. **In: Revista Praia Vermelha** (UFRJ), Rio de Janeiro, v. 14-15, 2006. Disponível em: <http://www.ess.ufrj.br>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano; JULIÃO, Elionaldo Fernandes. A educação na prisão como política pública: entre desafios e tarefas. **In: Educação e Realidade**, Porto Alegre, RS: v. 38, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/edu_realidade>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

SAUER, Adeum Hilario; JULIÃO. Elionaldo Fernandes. A educação para jovens e adultos em situação de restrição e privação de liberdade no Brasil: questões, avanços e perspectivas. In: **Ministério da Educação: Conselho Nacional de Educação - Seminário Educação nas Prisões**, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10586-educacao-nas-prisoesreferencia-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS. Adelaide Alves; FERREIRA. Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA. Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE. Maria de Nazaré Tavares. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa, PB: Universitária, 2007. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2014/07/merged.compressed.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

VASQUEZ, Eliane Leal; NEVES. Edmar Souza das; CARVALHO. Lucidea Portal Melo de; VASQUEZ. Zoar de Oliveira. **Política pública para educação penitenciária**: panorama de debate atual e desafios para sua implantação no Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.aurineybrito.com.br/post/2017/03/22/artigos/politica-publica-para-educacao-penitenciaria-panorama-de-debate-atual-e-desafios-para-sua-implantacao-no-brasil#_ftn6>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1999. Disponível em: <http://files.femadireito102.webnode.com.br/200000039-62f056357d/As%20Prisoes_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf.>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

ZIZEK, Slovaj. **Violência. Seis Reflexões Laterais.** São Paulo: Contexto, 2014.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO: INDICADORES EDUCACIONAIS NO LITORAL NORTE DO RIO GRANDE DO SUL

COSTA, Anderson Alves[1]

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina[2]

RESUMO: A educação é um direito inerente à natureza do homem que precede a própria natureza do Estado, devendo este ser assegurado desde a sua origem, não podendo considerá-lo apenas como um direito social, visto que é um instrumento fundamental para que o homem se realize como tal. O estudo investiga até que ponto a baixa qualidade da educação na escola pública de Ensino Fundamental compromete a cidadania da população vulnerável e contribui para o aprofundamento da pobreza, desigualdade e violência no Brasil. Investigam-se algumas contradições presentes no contexto escolar com base nos baixos indicadores educacionais da microrregião do Litoral Norte do Rio Grande do Sul, obtidos no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Enquanto procedimento metodológico tem-se o bibliográfico-investigativo, com uso de dados e estatísticas do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) e da Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser (FEE), e contributos da historiografia *locus*-regional e de pesquisas acadêmicas, com os quais se propõe demarcar o perfil microrregional ao discorrer sobre aspectos de cunho histórico-geográfico (ocupação, formação), étnico/cultural, educacional, socioeconômico. A escassez de políticas públicas a médio e logo prazos associada ao baixo nível socioeconômico e a um currículo escolar defasado frente às demandas e necessidades contemporâneas são alguns dos aspectos observados que podem estar contribuindo para o déficit das estatísticas na respectiva região, sobretudo nos anos finais do ensino fundamental no Ideb/2015.

Palavras-chave: Educação. Ideb. Direitos Fundamentais. Litoral Norte do RS.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND EDUCATION: EDUCATIONAL INDICATORS IN THE NORTH COAST OF RIO GRANDE DO SUL

ABSTRACT: Education is an inherent right to the nature of man that precedes the own nature of the state, it must be ensured from its origin, and it can not be considered only as a social right, since it is a fundamental instrument for man to perform as such. The study investigates how far is the low quality of education at the Public School, Elementary School compromises the citizenship of the vulnerable population and contributes to the deepening of poverty, inequality and violence in Brazil. It investigates some present contradictions in the school context based in the low educational indicators from North Coast of the Rio Grande do Sul state, found in the National Institute of Educational Studies and Research Anísio Teixiera (INEP). As a methodological procedure it has the bibliographical research, it using data and statistics from Index of Development of Basic Education (IDEB), from Economics and Statistics Fundation Siegfried Emanuel Heuser (FEE) and the contribution from historiography locus-regional and academics researches, with these datas it'll be possible to demarcate the regional profile to show the view about geographical

1 Discente no Mestrado Profissional em Educação na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/ UERGS, Unidade Litoral Norte/Osório. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. E-mail: anderson-costa@uergs.edu.br.

2 Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais/UNOESC. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG)/UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. E-mail: t.wencze@terra.com.br.

history (occupation, academic education), cultural ethic, educational, socioeconomic. The shortage from public policy in the medium and long term associated with the low socioeconomic level and an old school curriculum in compared to contemporary demands and needs, they are some of the observed aspects that may be contributing to the statistics deficit in the respective region, especially in the final elementary school years according Ideb / 2015.

Keywords: Education. Ideb. Fundamental Rights. North Coast of Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÂO

O direito à educação e a dignidade humana permearam debates em diversas áreas do conhecimento nas duas últimas duas décadas na América Latina. Esses debates evoluíram para além do campo acadêmico, incluindo, portanto, a sociedade civil organizada em seus mais amplos segmentos até sua consagração atual. Nessa lógica, a proposta do artigo é realizar um breve percurso histórico do ensino público na microrregião do Litoral Norte do Rio Grande do Sul nos últimos anos, embasado, sobretudo, nos indicadores educacionais dos 21 municípios do Corede Litoral, como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). O recorte de análise será a primeira etapa do ensino básico desses municípios, que nas recentes edições do Ideb não obtiveram bom desempenho.

A Constituição do Brasil proclama abertamente como direito social o direito à educação, no art.6º. Não estabelece, contudo, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ou alcance. Contudo, um conteúdo mínimo pode ser facilmente estabelecido. Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Assim, o conteúdo inicial mínimo do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e a capacitações, as quais devem ser oferecidas de forma organizada e regularmente.

Para além dos aspectos socioculturais, a microrregião norte-litorânea também se diferencia das demais regiões do estado muito por conta da população flutuante, sazonal e temporária, isto é, quando se trata da população que não reside na região; porém, nela permanece "por alguma fração de tempo (embora essa população seja predominantemente de veranistas e turistas, também inclui trabalhadores, pessoas que estejam visitando familiares, entre outras)." (ZUANAZZI e BARTELS, 2016, p. 5-6). De acordo com a Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser (FEE), a população permanente e a população flutuante vem crescendo ano após ano nos municípios e praias do Litoral Norte, conforme relatório feito entre junho de 2008 a dezembro de 2015 (2016, p. 13). Somando população residente e flutuante, entre os meses de dezembro e abril, alcança-se 500 mil habitantes/mês[3] – aumento de mais de 140% em relação à população permanente.

Considerável parcela da população que migra ao Litoral Norte, assim o faz na expectativa de obter uma colocação no mercado de trabalho. Em geral, são atraídos pelo histórico apelo da época, que é o período de veraneio, pela oferta de vagas nos setor da construção civil, que absorve mão de obra antes mesmo da alta temporada, e da gastronomia (hotéis, restaurantes, bares e similares). Além de contribuir para o crescimento populacional desordenado, a vinda sem planejamento dessas pessoas desestrutura os municípios financeiramente, que, embora sem recursos, precisam atendê-las. Referindo-se mais especificamente ao setor educacional, adolescentes e crianças reprovam ou entram na lista dos evadidos por não haver projetos tampouco recursos humanos voltados exclusivamente para acompanhar casos de alunos com defasagem no processo ensino-aprendizagem.

Não raro escolas norte-litorâneas efetuam matrículas de alunos que chegam para estudar um ou dois meses, final do ano letivo, geralmente, época da realização das avaliações do governo (a Prova Brasil, para escolas e municípios, e o Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb), para o País e estados), realizadas a cada dois anos, que somadas com os dados sobre aprovação, obtidos no Censo Escolar, forma o Índice

3 A saber, a migração pode ocorrer antes mesmo de dezembro nas cidades à beira mar (Capão da Canoa, Tramandaí e Torres), onde a oferta de emprego é maior devido ao comércio sazonal.

de Desenvolvimento da Educação Básica – Ideb, criado em 2007 com a finalidade de medir a qualidade do aprendizado no Brasil e estabelecer metas para a melhoria do ensino. Muitos desses alunos reprovam devido às circunstâncias, pois não conseguem acompanhar o currículo da nova escola. Para agravar a situação, é uma constante na região a escassez de políticas públicas a médio e logo prazos e currículos defasados (já que não atendem à contemporaneidade), somados ao baixo nível socioeconômico de parte da população, que ainda convive com seus direitos fundamentais violados quando lhes é negado um currículo que não as representa.

Sabe-se que educação não se faz tão-somente com números, estatísticas. No entanto, os indicadores educacionais contribuem imensamente à criação de políticas públicas voltadas à melhoria da qualidade da educação e dos serviços oferecidos para a sociedade pela escola. Nesse sentido, os indicadores educacionais atribuem valor estatístico para a qualidade do ensino em âmbito federal, estadual e municipal, atendo-se não só ao desempenho dos alunos como também ao contexto econômico e social onde as escolas estão inseridas. Dessa forma, são úteis principalmente ao monitoramento dos sistemas educacionais, considerando o acesso, a permanência e a aprendizagem de todos os alunos.

Assim, ao reunir conceitos para as escolas num só indicador, possibilita-se a cada Estado e aos municípios medirem a qualidade do ensino que oferecem. Para uma melhor compreensão do que propomo-nos, enquanto subsídios a este estudo, também utilizaremos dados estatísticos da FEE e contributos da historiografia *locus*-regional e de pesquisas acadêmicas, com as quais se propõe primeiramente traçar o perfil microrregional, ao analisar aspectos de cunho histórico-geográfico (ocupação, formação), étnico/cultural, educacional, socioeconômico, pois a microrregião norte-litorânea é multiétnica. Essencialmente no que tange ao ensino, o currículo escolar pressupõe assegurar o acesso do estudante ao conhecimento de modo articulado e permanente, rompendo, portanto, com a fragmentação disciplinar e dando sentido aos conteúdos a partir das questões, trajetórias, experiências e relações dos sujeitos envolvidos nos processos educativos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO

O direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social, vem detalhado no Título VIII, Da Ordem Social, especialmente nos artigos 205 a 214, dispositivos nos quais se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, tais como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação constitucional de receitas. Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o Judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação deste direito.

Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes acerca do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n.º 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei n.º 13.005 – 2014/2024), entre outros.

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental e, em virtude disso, a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: posicionamo-nos, aqui, em consonância com Sarlet e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Por direitos humanos, entendem-se aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revelando um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais,

também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano, ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2007, p. 35).

Canotilho, da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Dessa forma, direitos do homem seriam direitos válidos a todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados espaço-temporalmente. Logo, enquanto os direitos do homem arrancam da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os direitos fundamentais são objetivamente os direitos vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2000, p. 387)

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos mostram-se, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais. É sob tal perspectiva que se quer apresentar o direito à educação: como direito fundamental e, portanto, positivado na ordem constitucional, gozando, assim, de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

É possível afirmar, pois, que os direitos humanos e fundamentais são direitos instituídos, cabendo ao Estado implementar as políticas públicas, providenciar e gerir tais ferramentas. Daí, poder-se afirmar, como antes, que o direito à educação, o qual é direito humano e fundamental, além de exigir proteção estatal, vincula Estado e Sociedade a sua implementação, valendo a dicção de Alexy (1999, p. 63), a quem "os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional e com força de concretização suprema, ou seja, vinculam aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário)".

3 LITORAL NORTE DO RS: DAS MARCAS IDENTITÁRIAS DO PASSADO AOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÊNEOS

Atualizar as matrizes teóricas para ler/reler o mundo e problematizar velhas e novas questões para o nosso tempo é imprescindível, tendo em vista a fecundidade contemporânea para tensões de toda ordem – epistemológica, político-educacional, sociocultural, etc. –, por vivermos tempos de ambivalência, de múltiplos sentidos, de indecisões na incerteza, de subversão. Nessa perspectiva, é necessário "construir práticas educativas em que a questão da diferença e do multiculturalismo se façam cada vez mais presentes", e conceber a escola como um "espaço de *cruzamento de culturas,* fluído e complexo, atravessado por tensões e conflitos" (CANDAU, 2013, p. 15). Assim, construir conhecimento com reconhecimento aos contributos dos atravessamentos étnico-culturais e com fatos da história *locus*-regionais preconiza um ideário da educação contemporânea, no sentido de dar à escola pública *status* de espaço político com vistas à construção da cidadania e da não-violência.

É necessário que os envolvidos no processo de ensino compreendam essas diversidades e, neste contexto, vamos nos utilizar do caminho do multiculturalismo[4] (conceito que será mais bem explicado posteriormente) para propor a formação de um currículo escolar que aborde questões ensinando os alunos a não alimentar no individual e socialmente preconceitos e discriminações, a fim de evitar os conflitos sociais, seja se referindo a estudos voltados às diferentes culturas, seja a questões de cunho político, quando grupos como negros, indígenas, mulheres e outros reivindicam perante as autoridades políticas seus direitos e deveres como cidadãos.

Para projetar e implementar políticas públicas na área da educação de forma efetiva, é preciso que gestores, educadores e sociedade civil tenham conhecimento acerca das reais necessidades *locus*-regionais, ao demarcar o perfil microrregional, discorrendo, tão logo, a respeito dos aspectos histórico, étnico, cultural, econômico, demográfico, socioambiental, entre outros. Conforme ressaltado, investir no ensino de qualidade requer estudos e planejamento a médio e longo prazos, bem como de posturas apartidárias. Contributos das

4 O texto constitucional de 1988 não desenvolveu os conceitos de etnia e de pluralismo cultural. No entanto, reconhece que o país se formou através de vários grupos étnicos, o que, segundo D'Adesky (2005, p. 187), deixa claro a existência de uma relação entre os conceitos de etnia e de nação.

pesquisas acadêmicas e da historiografia são subsídios à tessitura do currículo, que, quanto mais adaptado à realidade da escola, do bairro, da cidade, da região; e mais dialogar com o aluno e sua comunidade, mais darão resultados positivos. Como já mencionamos, muitas etnias se estabeleceram no Litoral Norte, e pouco ou nada desse aspecto se percebe no currículo da maioria das escolas localizadas nos 21 municípios pertencentes a essa microrregião.

O Litoral Norte[5] sul-rio-grandense destaca-se pela sua diversidade étnica e cultural. Da encosta da serra à beira mar, protagonistas dessa ocupação e formação histórica foram o indígena (então fixados à beira das águas, doces e salgadas), os representantes do colonialismo, o negro e os imigrantes, cada qual nos deixando de legado contributos nos usos e costumes: na religiosidade, na manifestação artístico-cultural, no aspecto linguístico. Os primórdios da história de colonização são do final século XVII, e nos remete ao deslocamento de paulistas e lagunenses em busca de gado equino ou em missão militar. O processo de colonização inicia no século XVIII, com a chegada de imigrantes provenientes dos Açores (Portugal) e de Laguna, através das concessões de sesmarias e datas de terras[6]. Logo chegaram os negros, trazidos por colonizadores de origem portuguesa, para trabalhar sob o regime de escravidão nos canaviais, alambiques e atafonas. A partir do século XIX, vieram os colonos alemães e italianos, homens livres, recebendo do Governo lotes de terras para povoar a região, seguidos pelas etnias polonesa, russa, libanesa e japonesa.

Formada atualmente por 21 municípios, o Litoral Norte vem atraindo muitos visitantes em virtude do patrimônio natural, pela biodiversidade *locus*-regional. Mas é o setor da construção civil que atrai grande fluxo de pessoas que permanecem de forma sazonal ou optam por residir aqui, principalmente nos municípios com sede à beira mar. Segundo relatório elaborado pelo COREDE Litoral (2016), que reúne importantes dados estatísticos a respeito do Perfil Socioeconômico norte-litorâneo, a região em 2010 tinha 254.373 habitantes (2,77% da população do Estado). Desse montante, 86% nas áreas urbanas (em municípios com sede à beira mar), enquanto ocupavam as áreas rurais 14% (abrangendo os da encosta da serra).

Desde então, elevou-se muito o crescimento populacional, atingindo 334.107 habitantes em 2016. Mesmo que em menor número, os municípios com sede à beira mar (Tramandaí, Capão da Canoa, Tramandaí, Torres, Cidreira, Imbé, Xangri-Lá, Balneário Pinhal, Arroio do Sal) são os que mais apresentaram taxa de crescimento demográfico no período, sendo o fator preponderante a vinda de pessoas de outras regiões do Estado em busca de emprego nos setores gastronômico e da construção civil. Os dez municípios na encosta da serra (Osório, Caraá, Maquiné, Itati, Terra de Areia, Três Cachoeiras, Três Forquilhas, Morrinhos do Sul, Dom Pedro de Alcântara, Mampituba) e os três na planície da Lagoa dos Patos (Palmares do Sul, Capivari do Sul e Mostardas) também cresceram, mas não significativamente.

Com esse considerável crescimento populacional, importantes setores como segurança pública, saúde, saneamento e educação ficaram comprometidos. Isto é, sem maiores investimentos condizentes com a nova realidade, que deveriam vir das esferas federal e estadual para melhorar a infraestrutura, parte desses municípios mostrou-se incapaz de atender a população. Como se pode analisar na tabela 1, dos cinco municípios norte-litorâneos que mais cresceram demograficamente, e somam 20 mil ou mais habitantes, à exceção de Osório (3º mais populoso), quatro mantem relação com o mar: Capão da Canoa, Tramandaí, Torres e Imbé, responsáveis por concentrar a maior parte da população flutuante do Litoral Norte na alta temporada.

5 O território da microrregião do Litoral Norte pertenceu a um só município, Conceição do Arroio. Em 1857, ao emancipar-se político-administrativamente de Santo Antônio da Patrulha, passou Conceição do Arroio, hoje Osório, a administrar extenso território. Das emancipações a partir de 1960 (à exceção de Torres) em sua genealogia, há dezoito desmembramentos, seis advindos da célula mater: Torres, Tramandaí, Capão da Canoa, Palmares do Sul, Terra de Areia e Maquiné.

6 Conforme a historiadora Marina Raymundo da Silva (2014), apenas em 1732 é concedida a primeira sesmaria do Rio Grande do Sul ao português Manoel Gonçalves Ribeiro, a qual recebe o nome de *Paragem das Conchas*.

Tabela 1. Populações dos 21 municípios e total do Litoral Norte do RS entre 2000 e 2016

Municípios da microrregião do Litoral Norte do Rio Grande do Sul*	População			Produto Interno Bruto** (R$)	
	População (2000)	População (2010)	População (2016)	PIB	PIB per capita
Capão da Canoa	30.498	42.040	49.848	1.199.141,15	25.433,55
Tramandaí	31.040	41.585	49.262	876.972,89	18.912,91
Osório	36.131	40.906	45.343	1.253.523,18	28.556,01
Torres	30.880	34.656	38.609	977.767,79	26.349,96
Imbé	12.242	17.670	21.478	417.874,17	20.901,02
Cidreira	8.882	12.668	14.465	241.145,88	16.862,17
Xangri-Lá	8.197	12.434	14.215	425.913,53	30.000,25
Balneário Pinhal	7.452	10.856	12.405	186.497,45	15.156,23
Mostardas	11.658	12.124	12.583	283.361,84	22.276,87
Palmares do Sul	10.854	10.969	11.697	407.130,24	35.672,50
Três Cachoeiras	9.523	10.217	10.953	204.650,53	18.929,84
Terra de Areia	11.453	9.878	10.597	185.521,25	17.446,05
Arroio do Sal	5.273	7.740	9.479	183.899,17	20.933,32
Caraá	6.403	7.312	7.591	89.705,80	11.408,60
Maquiné	7.304	6.905	6.809	108.102,38	15.355,45
Capivari do Sul	3.107	3.890	4.214	201.368,15	47.103,66
Morrinhos do Sul	3.533	3.182	3.300	51.726,18	16.199,87
Mampituba	3.106	3.003	3.043	48.359,32	15.685,80
Três Forquilhas	3.239	2.914	2.855	50.870,87	17.397,70
Itati***	-	2.584	2.728	65.906,31	25.329,10
Dom Pedro de Alcântara	2.636	2.550	2.633	46.723,55	17.840,22
Litoral Norte	243.411	296.083	334.107		

*Ordem conforme **População** dos 21 municípios pertencentes ao COREDE Litoral, em 2016. **Dados referentes a 2015. *** Em 2000, ainda pertencia ao Município de Terra de Areia. Tabela elaborada pelo Autor com dados do INEP.

Fonte: IBGE e FEE

Para Xerxenevsky e Fochezatto (2015, p. 2), "boa parte dessa expansão se deve à alta imigração de populações mais velhas e de trabalhadores temporários, que se deslocam para a região em busca de oportunidades relacionadas aos serviços turísticos.". Todavia, o desenvolvimento da economia microrregional não acompanha às expressivas taxas de crescimento populacional. Apresentando pouca dinamicidade na sua economia, aliada a uma infraestrutura deficitária, tem discreta participação no PIB gaúcho. O estudo de 2015 apontou que, na microrregião, os municípios da encosta do planalto apresentam os piores indicadores sociais, e os atribui à baixa geração de renda, e por estarem os mesmos voltados, principalmente, à produção agrícola, contrastando com os municípios ao sul, os quais apresentam melhor desempenho em função da cultura do arroz. Nos municípios mais populosos – quatro banhados pelo mar – é a construção civil que mais emprega, seguida dos setores que compõem a base turística: hotelaria, restaurante, bares e similares.

Os deslocamentos populacionais dos municípios interioranos aos municípios banhados pelo mar sempre existiram, e incidem culturalmente sobre os locais onde as pessoas passam e, em especial, aonde chegam – seja optando por uma pausa em suas trajetórias, seja ao construir suas moradas. A mobilidade humana é fator de desenvolvimento e de transformação social, cultural e econômico. O modo de viver das pessoas que nasceram no Litoral Norte sofreu profundas mudanças devido aos contemporâneos atravessamentos culturais e, de certa forma, até descaracterizando aspectos identitários *locus*-regionais. Tanto os atravessamentos culturais de outrora quanto os contemporâneos podem servir de laboratório de interação, de integração e também de superação das diferenças, que apesar de suscitar tensões, enriquece-nos, uma vez que o aprendizado na convivência é mútuo.

Conceber o multiculturalismo enquanto perspectiva analítica pode ser um viés muito interessante para compreender essa pluralidade étnico-cultural existente. Heywood (2010, p. 106) entende o multiculturalismo como um modelo de sistemas de ideias, baseado em diversas filiações políticas e que abrange várias vertentes. Assim como a cultura, pode-se observar que o multiculturalismo é um termo que ainda não tem uma conceituação definitiva, haja vista a polissemia de seus significados e entendimentos[7]. Todavia, podemos simplesmente entendê-lo como Heywood (2010, p. 100) ao visualizá-lo como um processo de política identitária, considerando que é através da identidade que as pessoas vão se espelhar em suas culturas e despertarem para o sentimento de pertença.

No contexto brasileiro as ações multiculturais estão, basicamente, centradas na luta dos grupos culturalmente dominados, a exemplo dos nativos e negros, que buscam emergir socialmente com o fim da exclusão proporcionada por discriminação étnica ou racial. As políticas públicas são as principais ferramentas utilizadas no emprego desta ascensão, as quais, ao proporem a satisfazer ou reparar as pessoas, atualmente discriminadas, por injustiças passadas promovem a elevação social destas minorias (SISS, 2003, p. 98-114).

Segundo D'Adesky (2005, p. 187), a Constituição Federal de 1988 aceita tacitamente a pluralidade étnica, com atenção especial à população indígena. Neste mesmo sentido, sinaliza a revelância na existência de sociedades multiculturais, cabendo ao país a obrigação de proteger as variadas manifestações que delas originam, é o que se extrai da leitura do artigo 215 e seus parágrafos 1º e 2º:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
>
> § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
>
> [...] V - valorização da diversidade étnica e regional.

Por estar ligada ao processo inicial de colonização e povoamento do estado, acolhendo pessoas de várias partes do mundo, e, nos últimos cinquenta anos, aos movimentos migratórios, caracteriza-se o nosso Litoral Norte pelos atravessamentos culturais. Embora grupos trabalhem no sentido de resguardar o legado etnocultural *locus*-regional, recentes pesquisas apontam ocorrência de diversas transformações socioeconômica, cultural, educacional e territorial, então ligadas, de algum modo, ao crescimento populacional, que vem ocorrendo, principalmente, por influência dos movimentos migratórios, em virtude da procura pelo turismo de lazer nos meses do verão e por oportunidades de emprego na alta temporada.

Contudo, algumas identidades norte-litorâneas ainda permanecem intactas, como, por exemplo, a cultura Maçambique, os festejos do Terno de Reis e da Festa do Divino, a música afro-açoriana; manifestações essas que deveriam, no âmbito do sistema de ensino, fazer parte do trabalho pedagógico curricular e/ou extracurricular, assim "promovendo a relação das escolas com instituições e movimentos culturais, a fim de garantir a oferta regular de atividades culturais para a livre fruição dos(as) alunos(as) dentro e fora dos espaços escolares, assegurando ainda que as escolas se tornem polos de criação e difusão cultural." (PNE/2014-2024, 2017, p. 52). Face ao exposto, construir um currículo escolar que balize os atravessamentos étnicos e culturais das etnias nativas e das matrizes europeia e africana ao longo da história, bem como as inter-relações de diferentes grupos culturais na contemporaneidade, torna-se preponderante para efetivamente promover essa relação, tema candente no atual cenário educacional.

3 ENSINO PÚBLICO ***NORTE-LITORÂNEO***: INDICADORES E PROPOSIÇÕES

Poderíamos iniciar este capítulo tão-somente apresentando os indicadores educacionais do ensino

7 O termo multiculturalismo tem sido usado para indicar distintas ênfases: (a) uma atitude a ser desenvolvida em relação à pluralidade cultural; (b) uma meta a ser alcançada em um determinado espaço social; (c) estratégias políticas referentes ao reconhecimento da pluralidade cultural; (d) um corpo teórico de conhecimentos que buscam entender a realidade cultural contemporânea; (e) o caráter atual das sociedades ocidentais. (MOREIRA e CANDAU, 2013)

público norte-litorâneo, isto é, sem qualquer juízo de análise e/ou de contextualização, indo, digamos assim, direto ao ponto. Todavia, se assim o fizéssemos, estaríamos desconsiderando o fato de que os números (convertidos em tabelas, gráficos), por mais explicativos que possam parecer em um determinado contexto, devem ser constantemente problematizados, uma vez que as variáveis e a subjetividade não necessariamente são consideradas nos processos de análise de dados. A saber, busca-se, assim, não apenas desvelar estatísticas governamentais, tampouco realizar qualquer juízo de valor acerca do sistema educacional vigente no Litoral Norte do Rio Grande do Sul (tendo o Ideb como baliza ao presente estudo), e, sim, tornar público os indicadores educacionais a fim de ampliar o debate acerca do desempenho dos 21 municípios pertencentes a essa microrregião.

Indicadores do Ideb apontaram que, em 2016, o Rio Grande do Sul teve o pior desempenho desde que a avaliação começou a ser feita em 2005 pelo Ministério da Educação. Com a nota 3,6 – e na 15ª posição na comparação com os demais estados brasileiros – ficou abaixo da média nacional, de 3,7, e da meta de 5,2, ligando o sinal de alerta das autoridades gaúchas, já que o desempenho foi ruim tanto nas escolas públicas quanto nas privadas. Por apresentar baixo desempenho, a microrregião do Litoral Norte não ocupa uma boa posição no Estado, principalmente se analisarmos os dados referentes aos anos finais do ensino fundamental. Como podemos ver na tabela 2, a porcentagem microrregional de alunos de 6 a 14 anos de idade na escola é de 97,1%. Contudo, os indicadores educacionais decaíram consideravelmente em 2013, acentuando-se mais ainda em 2015.

Tabela 2. Indicadores educacionais da rede pública do Litoral Norte entre 2005 e 2015

MUNICÍPIOS DO LITORAL NORTE DO RS*	Alunos de 6 a 14 anos de idade na escola (%)**	IDEB – Anos iniciais ensino fundamental						IDEB – Anos finais ensino fundamental						MATRÍCULAS
		2005	2007	2009	2011	2013	2015	2005	2007	2009	2011	2013	2015	***Ensino fundamental
Morrinhos do Sul	100	-	-	-	-	7,0	-	-	4,4	-	4,2	-	-	294
Cidreira	99	3,8	4,3	4,2	4,6	4,9	4,9	3,1	3,8	3,7	3,1	3,1	3,4	2.033
Arroio do Sal	98,6	5,0	5,0	5,0	5,7	5,8	5,9	3,9	4,5	4,8	4,6	4,5	4,3	1.289
Terra de Areia	98,5	4,0	4,2	4,3	4,9	5,4	5,1	3,3	3,1	3,4	3,7	3,6	3,0	1.512
Torres	98,4	4,6	4,6	5,1	5,6	5,9	6,0	4,2	4,0	4,2	4,2	4,2	4,4	4.745
Balneário Pinhal	97,9	3,9	4,0	4,5	4,3	4,7	4,6	2,1	3,2	3,2	3,5	3,0	3,4	1.793
Itati	97,7	-	-	-	-	5,3	-	3,5	3,3	3,4	3,2	4,3	3,7	360
Tramandaí	97,5	4,2	4,3	4,6	4,9	5,2	5,2	3,3	3,5	3,8	3,9	3,9	4,3	7.103
Três Cachoeiras	97,5	5,1	5,5	5,4	5,9	6,4	6,7	4,0	4,2	5,0	4,5	4,4	4,7	1.233
Dom Pedro de Alcântara	97,4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	218
Xangri-Lá	97,3	4,0	4,1	4,7	5,2	4,8	5,4	3,4	3,8	4,0	3,9	3,8	3,9	2.029
Osório	97,1	4,4	4,5	5,0	5,2	5,7	5,7	3,6	3,6	4,0	4,1	4,0	4,5	5.534
Imbé	96,8	4,1	4,9	4,7	5,0	5,3	5,3	3,3	4,0	3,7	3,9	3,9	4,5	2.916
Mampituba	96,6	-	4,2	-	-	5,6	5,9	4,1	4,4	4,2	3,6	-	-	385
Mostardas	96,6	3,9	4,1	4,4	4,8	5,1	5,4	3,2	3,6	3,4	3,9	4,0	3,1	1.751
Capivari do Sul	96,4	3,6	4,9	5,3	5,4	5,9	5,9	3,6	4,2	4,6	4,7	5,1	4,4	608
Caraá	96,2	-	4,3	3,7	5,4	6,0	5,3	3,6	3,4	3,3	3,9	4,1	4,0	861
Três Forquilhas	96,0	-	5,2	5,2	-	6,4	-	4,1	3,8	4,1	4,0	4,6	-	355
Palmares do Sul	95,6	4,6	4,4	4,8	5,3	5,1	5,3	3,9	3,9	4,4	4,1	3,3	4,0	1.492
Capão da Canoa	95,2	3,6	4,4	4,6	5,1	5,0	5,1	3,6	3,8	3,7	3,9	3,5	4,0	7.643
Maquiné	94,6	4,1	4,9	4,7	4,5	5,8	5,2	4,0	3,2	4,1	3,9	4,3	4,0	895
MÉDIA/TOTAL	97,1						5,4						3,9	45.049

*Ordem conforme desempenho na **Taxa de escolarização de 6 a 14 anos de idade [2010]** dos 21 municípios pertencentes ao COREDE Litoral. **Dados referentes a 2010. ***Referente a 2015. Em destaque, o Ideb igual ou acima da projeção. Tabela elaborada pelo Autor com dados do INEP.

Fonte: MEC/Inep

Elaborado a partir das taxas de aprovação, da evasão e do desempenho dos estudantes em exames do Ministério da Educação, os indicadores do Ideb fornecem importantes subsídios para pensar educação. Nesse sentido, pretende-se estender o alcance das considerações para além dos domínios da universidade, ao aproximar escola e academia para, em articulação e colaboração com as redes e sistemas de ensino estadual e municipal, problematizar o baixo desempenho dos municípios norte-litorâneos no Ideb e as diferenças entre os mesmos quanto aos números e, oportunamente, estimular a implantação de políticas públicas na educação.

O Plano Nacional de Educação (PNE) – cujo objetivo é garantir o aprendizado na idade certa, e definir as metas para cada biênio – também toma como referência as médias nacionais do Ideb. Nesse documento, "fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem" (PNE 2014-2024, 2017, p. 61) é essencial para que estados, Distrito Federal e municípios alcancem as médias nacionais do Ideb nos Anos iniciais e Anos finais do ensino fundamental e no Ensino médio. Das estratégias que compõem a meta 7, a primeira refere-se à diversidade *locus*-regional, assegurando o respeito à "diversidade regional, estadual e local". Projetadas pelo INEP, as metas para cada unidade, rede e escola são diferenciadas, apresentadas bienalmente, "de modo que os estados, municípios e escolas deverão contribuir em conjunto para o Brasil atingir a meta 6,0 em 2022", igual patamar educacional da média de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Os gráficos 1 e 2 a seguir apresentam, respectivamente, dados relativos ao Ideb de 2015 e as projeções referentes aos Anos iniciais e Anos finais do ensino fundamental. Note que a projeção supera a nota do Ideb na maioria dos municípios, o que pode ser excelente oportunidade a municípios e escolas para promoverem debates acerca dos fatores que contribuíram para que atingissem resultado aquém da projeção.

Gráfico 1. Ideb e Projeções de 2015 – Anos Iniciais do Ensino Fundamental no município

*Ordem dos municípios é conforme desempenho na **Taxa de escolarização de 6 a 14 anos de idade [2010]**. Gráfico elaborado pelo Autor com dados do INEP.

Fonte: MEC/Inep

Gráfico 2. IDEB e Projeções de 2015 – Anos Finais do Ensino Fundamental no município

*Ordem dos municípios é conforme desempenho na **Taxa de escolarização de 6 a 14 anos de idade [2010]**. Gráfico elaborado pelo Autor com dados do INEP.

Fonte: MEC/Inep

Embora alguns municípios tenham atingindo o nível 6, meta nacional definida pelo MEC para 2021, como Três Cachoeiras (6,7) e Torres (6,0), seguidos de perto por Arroio do Sal (5,9), Capivari do Sul (5,9), Mampituba (5,9) e Osório (5,7) nos Anos iniciais. Apesar de não alcançarem a projeção, um dado relevante diz respeito ao fato de os demais municípios dessa etapa figurar acima de 4,5, caso de Cidreira, Terra de Areia, Balneário Pinhal, Tramandaí, Xangri-Lá, Imbé, Mostardas, Caraá, Palmares do Sul, Capão da Canoa, Maquiné.

Referente aos dados dos Anos finais do fundamental pode-se afirmar que o desempenho está aquém do patamar mínimo de qualidade. Praticamente todos os municípios ficaram abaixo da projeção nessa etapa, sendo a nota mais alta 4,7. Os melhores são Três Forquilhas com 4,7, e Osório e Imbé, ambos empatados com 4,5. Ademais, figuram nas seguintes faixas: até 3,4: Cidreira, Terra de Areia, Balneário Pinhal e Mostardas; entre 3,5 e 4,4: Arroio do Sal, Torres, Itati, Tramandaí, Xangri-Lá, Capivari do Sul, Caraá, Palmares do Sul, Capão da Canoa e Maquiné. Como se observa na tabela 2 há municípios não participantes de todas as edições do Ideb, o que dificulta ao município e à escola saber o nível da qualidade educacional.

Para melhorar o desempenho no campo educacional – visto que nas últimas edições os indicadores educacionais ficaram aquém das projeções, acentuando-se a queda nos Anos finais do Ensino fundamental –, os municípios norte-litorâneos devem concentrar seus esforços na formação de professores e na construção de um projeto educacional na interface currículo e cultura, tendo em vista que, de acordo com Moreira e Tadeu (2011, p. 8-9), hoje a "ênfase no conhecimento escolar desvia-se para a cultura e, como consequência, o objetivo central nas discussões passa a ser a compreensão das relações entre currículo, cultura e poder.". Logo, promover a reformulação do currículo escolar é sim pensar uma escola que compreenda os contextos culturais de modo a fazer com que jovens estudantes encontrem sentido nos tempos e espaços contemporâneos.

É preciso dialogar com nosso tempo. Todavia, pouco ou, seguramente, nada mudará se *corpus* e posturas docentes e os órgãos governamentais permanecerem inertes às transformações. O modelo de conhecimento a ser trabalhado deve ser aberto e evolutivo, e não mais pronto e acabado. Isto é, não cabe mais o modelo de ensino disciplinar. A contemporaneidade atravessada pelos avanços tecnológicos e suas múltiplas interlocuções com a vida cotidiana se fixou definitivamente na escola e naquilo que a cerca. Assiste-se a uma infinidade de recorrências discursivas sobre educação e escola, advindas das mais diversas áreas e perspectivas. Para Paraíso (2012), nosso tempo vive mudanças significativas na educação, pois:

> (...) mudaram as condições sociais, as relações culturais, as racionalidades. Mudaram os espaços, a política, os movimentos sociais e as desigualdades. Mudaram também as distâncias, as geografias, as identidades e as diferenças. Mudaram as pedagogias e os modos de ensinar e aprender. Mudaram as estratégias de "colonizar", de educar e de governar. Mudaram os pensamentos, os raciocínios, os modos de "descolonizar", os mapas culturais. (PARAÍSO, 2012, p. 26)

Intelectualizar educadores quanto aos aspectos multiculturais é preciso a fim de os mesmos começarem efetivamente a "abordar os modos pelos quais cultura e experiência interagem para formar aspectos poderosamente determinantes de ação humana e de luta", (GIROUX; MCLAREN, 2011, p. 153); isto é, para desinvestir o pensamento convencional, logicamente caracterizado por complexas relações entre as produções econômicas, culturais e ideológicas, faz-se necessário que o educador incorpore os avanços das teorias pós-críticas, de modo a compreender que através da política da voz e da sua representação pode emancipar sujeitos ao incorporar temas (cultura, identidade, subjetividade, raça/étnico, gênero, sexualidade, discurso, linguagem) a até bem pouco tempo preteridos.

4 CONCLUSÃO

Analisar as ações afirmativas e as medidas eficazes no construto do Direito Fundamental Social a educação frente ao combate à ineficiência do Estado tem sido um dos eixos de discussão em inúmeras áreas do conhecimento. Discutem-se novas reconfigurações de escolas contemporâneas (da efetiva possibilidade da escola se reinventar), sendo oportuno, logo, adequar-se às novas problematizações, temáticas e conhecimentos que se acentuam para marcar discursos. Desde 2007, baseia-se o INEP no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica para medir a qualidade do aprendizado no Brasil, o qual é calculado com base no aprendizado dos alunos nas disciplinas de português e matemática (Prova Brasil) e no fluxo escolar (taxa de aprovação).

A partir desses indicadores educacionais, que possibilitam o monitoramento da qualidade da Educação nas instituições brasileiras pela população por meio de dados concretos, busca-se, então, estabelecer metas para a melhoria do ensino. Ampliar o acesso e a qualidade da educação à população brasileira é um desafio constante, porém necessário. Os resultados parciais com dados referentes a alguns indicadores evidenciam fatores que agravam a problemática da aprendizagem e da cidadania na escola pública do Litoral Norte do Rio Grande do Sul, quais sejam: a) as constantes relações de poder presente no contexto da escola pública; b) vários critérios inadequados das políticas de avaliação educacional e das políticas sociais vinculadas à educação; e c) a ampliação da violência, quando a sua própria aprendizagem e cidadania estão sensivelmente comprometidas.

À guisa de conclusão, também se pode apontar que o Estado brasileiro está falhando na oferta

de uma educação de qualidade para a população historicamente vulnerabilizada, ao oferecer uma escola pública que privilegia uma aprendizagem mecânica e impotente em detrimento do pensamento crítico, global e autônomo, com educadores, gestores e coordenadores pedagógicos desestimulados e, por vezes, desqualificados, somado às precárias condições de trabalho, sem apoio institucional e da comunidade e com alunos desmotivados para aprender. Diante dos resultados encontrados, o estudo propõe alternativas para o fortalecimento de uma escola capaz de educar o cidadão global emancipado, com as habilidades do aprender a ser, aprender a aprender, aprender a compreender, aprender a pensar, aprender a se organizar e aprender a mudar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradução de Luís Afonso Heck. In Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação 2014-2024**: Lei nº 13.005, de 25 de julho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. – 2 ed., reimpr. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. 86 p.

CANDAU, Vera Maria. **Multiculturalismo e educação**: desafios para a prática pedagógica. In.: MOREIRA, Antonio Flávio; CANDAU, Vera Maria. Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas. Ed. 10. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 13-37.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra, Almedina, 2000.

D' ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multi-culturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil**. Rio de Janeiro: Pallas, 2005.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas: do feminismo ao multiculturalismo**. Tradução Janaína Marcoantonio, Mariane Janikian. – 1.ed., 1.impr. – São Paulo: Ática, 2010.

GIROUX, Henry A.; MCLAREN, Peter. **Formação do professor como uma contraesfera**: a pedagogia radical como uma forma de política cultural. In.: MOREIRA, Antonio Flávio e SILVA, Tomaz Tadeu da. (Orgs.). Currículo, Cultura e Sociedade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 141-173.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre, RS: Diagramação e Arte, 2001.

MOREIRA, Antonio Flávio; CANDAU, Vera Maria. Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas. Ed. 10. Petrópolis: Vozes, 2013.

MOREIRA, Antonio Flávio; SILVA, Tomaz Tadeu da. (orgs.). **Currículo, cultura e sociedade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Marina Raymundo da. **Navegação Lacustre Osório-Torres**. 3ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Evangraf, 2014.

SISS, Ahyas. **Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas**. Niterói: PENESB, 2003.

PARAÍSO, Marlucy Alves. **Metodologias de pesquisas pós-críticas em educação e currículo**: trajetórias, pressupostos, procedimentos e estratégias analíticas. In.: MEYER, Dagmar Estermann; PARAÍSO, Marlucy Alves (Orgs.). **Metodologias de pesquisas pós-críticas em educação e currículo**. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2012. p. 23-45.

FONTES ELETRÔNICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 04 Mar. 2018.

FUNDAÇÃO de Economia e Estatística. **COREDE Litoral**: Perfil socioeconômico. Disponível em: https://www.fee.rs.gov.br/perfil-socioeconomico/coredes/detalhe/?corede=Litoral. Acesso em: 28 Dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. **Ideb**: apresentação**.** Disponível em: http://portal.mec.gov.br/conheca-o-ideb. Acesso em: 20 Jan. 2018.

BRASIL. INEP/MEC. Metas educacionais: O que são as metas de qualidade educacional. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/metas-educacionais. Acesso em: 20 Jan. 2018.

FUNDAÇÃO de Economia e Estatística. **Estimativas para a população flutuante do Litoral Norte.** Junho 2016. Disponível em: https://www.fee.rs.gov.br/perfil-socioeconomico/coredes/detalhe/?corede=Litoral. Acesso em: 28 Dez. 2017.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Educação e Direitos Fundamentais: reflexões acerca de ações afirmativas no Brasil. In: **Revista Fazer.** Disponível em: Revista Científica Fazer. ISSN: 2318-289X. V.1, N.3.2014. www.faers.com.br/revista_fazer/edicao/3. Acesso em 03 de março de 2018.

XERXENEVSKY, L.L.; FOCHEZATTO, A. Índice relativo de desenvolvimento **socioecônomico dos municípios do Litoral Norte do Rio Grande do Sul**: uma aplicação da análise fatorial. Boletim Geográfico do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 25, p. 31-55, ago. 2015. Disponível em https://revistas.fee.tche.br/index.php/ boletim-geografico-rs/article/view/3559. Acesso em 28 Dez. 20187.

ZUANAZZI, Pedro Tonon; BARTELS, Mariana. **Estimativas para a população flutuante do Litoral Norte do RS**. Porto Alegre: FEE, 2016. Disponível em: https://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/20160711relatorio-populacao-flutuante-do-litoral-norte.pdf. Acesso em: 28 Fev. 2018.

FUTEBOL BRASILEIRO: UMA FERRAMENTA NO PROCESSO DESCOLONIAL

Otávio Nogueira Balzano[1]

João Alberto Steffen Munsberg[2]

RESUMO: Este trabalho se insere na temática da *descolonialidade*, que ganha importância em pesquisas na América Latina. Tem-se como objetivo demonstrar que o futebol, o esporte mais praticado no mundo, apesar da ocorrência de atitudes preconceituosas (racismo, xenofobia, homofobia, sexismo) e de seguir a lógica colonial capitalista, é uma ferramenta importante no processo descolonial, exatamente por ajudar a combater essas atitudes preconceituosas. Em termos metodológicos, trata-se de estudo de cunho bibliográfico exploratório, apresentando a discussão do tema futebol como ferramenta descolonial. Como suporte teórico para esta reflexão, utilizam-se pressupostos de pesquisadores que propõem um *pensamento outro*, um modo outro de pensar. Em um mundo globalizado, raízes do colonialismo ainda permanecem vivas na sociedade. Os resultados da pesquisa apontam na perspectiva de empoderamento e descolonialidade, entendendo-se que o futebol possa ser uma ferramenta metodológica e epistemológica descolonial na Educação Física escolar e no clube, rompendo com o modelo hegemônico de ensino e treinamento e se aproximando de questões relativas à cultural local e à formação cidadã relacionadas com o esporte. Nesse sentido, professores e treinadores podem articular a produção do conhecimento, considerando as vivências concretas e simbólicas dos sujeitos envolvidos na construção do saber e do viver, contribuindo para a descolonialidade epistemológica e a formação futebolística.

Palavras-chave: Futebol. Educação Física. Colonialismo. Descolonialidade. Movimentos descoloniais.

1 AQUECIMENTO PARA O JOGO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o futebol, o esporte mais praticado no mundo, apesar da ocorrência de atitudes preconceituosas (racismo, xenofobia, homofobia, sexismo) e de seguir a lógica colonial capitalista, é uma ferramenta importante no processo descolonial[3], exatamente por ajudar a combater essas atitudes preconceituosas. Além disso, quebra a tradicional divisão periferia-centro do *sistema-mundo moderno*, conceito cunhado por Imannuel Wallerstein em 1974.

Em termos metodológicos, trata-se de estudo de cunho bibliográfico exploratório, apresentando a discussão do tema futebol como ferramenta descolonial. Processos de colonialidade e descolonialidade no futebol brasileiro, o empoderamento de seleções e clubes sul-americanos na perspectiva periferia-centro e exemplos de propostas descoloniais no futebol brasileiro são os assuntos abordados neste texto.

Como suporte teórico para esta reflexão, utilizam-se pressupostos de pesquisadores que propõem um *pensamento outro*, um modo outro de pensar. Em um mundo globalizado, raízes do colonialismo ainda permanecem vivas na sociedade. Isto é, mesmo após o processo de emancipação política, as marcas da colonização persistem e ainda se reproduzem.

Em 1989, o sociólogo peruano Aníbal Quijano lançou o conceito *colonialidade do poder* para referir-se a essa situação. Segundo ele, essa seria uma estrutura de dominação que submeteu a América Latina,

1 Doutorando em Educação da Universidade La Salle; Bolsista CAPES; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação Intercultural; otaviobalzano@yahoo.com.br

2 Doutorando em Educação da Universidade La Salle; Bolsista CAPES; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação Intercultural; prof.jasm@gmail.com

3 No decorrer deste texto, opta-se pelo termo *descolonial* – e não *decolonial* –, pelas seguintes razões: a) maior difusão do prefixo *des* em expressões no campo jurídico; b) maior frequência de uso do termo *descolonial* em traduções de artigos científicos para a língua portuguesa; e c) escolha pessoal dos autores, em que pese a abertura para o aprofundamento de análise do ponto de vista linguístico e epistemológico.

a África e a Ásia, a partir da conquista europeia. O termo faz alusão à invasão do imaginário do outro, ou seja, sua ocidentalização. Dessa forma, segundo o autor, o colonizador destrói o imaginário do outro, invizibilizando-o e subalternizando-o, enquanto reafirma o próprio imaginário. A colonialidade do poder reprime os modos de produção de conhecimento, os saberes, o mundo simbólico, as imagens do colonizado e impõe novos. Essa operação se realizou de várias formas, como a sedução pela cultura colonialista e o fetichismo cultural que o europeu cria em torno de sua cultura, estimulando forte aspiração à cultura europeia por parte dos sujeitos subalternizados (QUIJANO, 2005).

Buscando criticar essa lógica, surgem os estudos descoloniais. Um conceito se destaca nesse processo: *diferença colonial*. Segundo Mignolo (2003), *diferença colonial* é entendida como pensar a partir das ruínas, das experiências e das margens criadas pela colonialidade do poder na estruturação do mundo moderno/colonial, como forma não de restituir conhecimento, mas de reconhecer conhecimentos "outros" em um horizonte epistemológico transmoderno, ou seja, construído a partir de formas de ser, pensar e conhecer diferentes da modernidade europeia, porém em diálogo com esta.

Para Mignolo (2010), o *pensamento decolonial* consiste numa forma de "desobediência e reconstrução epistêmica", um meio de eliminar a tendência provincial para fingir que os modos de pensar da Europa Ocidental são de fato universais, buscando a libertação social em relação a todas as formas de desigualdade, discriminação, exploração e dominação. Nesse sentido, buscam-se mecanismos, dentro da modernidade, que possuam um potencial de contribuir nesse processo de descolonialidade. Conforme Pizarro (2014), o esporte é um desses mecanismos, principalmente o futebol, pois possui esse caráter "democrático", tendo em vista ser praticado em diversos lugares do mundo e assistido por pessoas de todas as "raças e classes sociais". Segundo o autor, o futebol, por si só, já possui, para os sul-americanos, um sentimento descolonial, do "sul global" se tornar "norte global" devido à força de suas seleções e de seus clubes em âmbito mundial.

Isso pode ser considerado um fato de alta relevância no processo de descolonização e, inclusive, na própria autoestima de povos da América Latina, quebrando paradigmas impostos dentro do sistema-mundo moderno. Pizarro (2014) ainda destaca outro aspecto relevante: a Europa e a América do Sul constituem-se nos grandes centros futebolísticos, concentrando grandes clubes e seleções, apesar das diferenças econômicas existentes entre esses continentes, o que implica hegemonia eurocêntrica.

2 PRIMEIRO TEMPO

A chegada do futebol no Brasil, no final do século XIX, foi um exemplo da sedução pela cultura colonialista e do fetichismo cultural que o europeu cria em torno de sua cultura. Naquele momento estavam aparecendo os primeiros "chutes" de *colonialidade* no futebol brasileiro, pois, de acordo com Rodrigues (2004), na virada do século XIX para o XX, o futebol e as modas europeias faziam parte dos ideais civilizatórios.

Segundo esse autor, o futebol surge no Brasil no final do século XIX, quando Charles Miller retorna da Inglaterra, em 1894, trazendo consigo materiais próprios desse esporte: bolas, camisas, calções e chuteiras. O elitismo é uma marca do nascimento do futebol no Brasil. Negros e mulatos eram excluídos dessa "nobre prática esportiva", sendo esta um privilégio dos membros da elite. O futebol aparece como elemento da modernidade, uma novidade moderna e elegante, sendo um produto de importação.

Ainda segundo Rodrigues (2004), o futebol era símbolo de distinção social, um bem restrito à elite econômica e cultural. A fase amadora, geralmente datada de 1905 a 1933, caracteriza-se pelo elitismo na plateia e na composição dos times. O amadorismo vigorou como concepção de prática esportiva preferida pela aristocracia, herança da classe dos lazeres de uma elite inglesa. O futebol era praticado por jogadores originários da elite, ligados às escolas ou às empresas, e por alguns atletas operários de determinadas empresas. Assistir a jogos no estádio, por exemplo, era um evento social. Os negros e brancos pobres estavam nitidamente alijados da prática oficial do esporte e mesmo da torcida. Para tanto, as ligas criaram mecanismos (como a cobrança de altas taxas de filiação) de modo a fazer do futebol um espaço de diferenciação e uma marca da "superioridade" da elite branca e abastada (RODRIGUES FILHO, 2003). O autor relata que, naquela época, o futebol deveria ser praticado apenas pelos elementos "sãos", "puros", cordiais, ricos e de origem letrada. O público também deveria acompanhar com elegância e sofisticação a modernidade do esporte.

Como exemplo um ideal normativo preconizado pelo modelo inglês da época, Soares e Lovisolo (2003, p. 132), trazem uma crítica aos brasileiros em relação à prática do futebol:

> O jornalista Antonio Figueiredo (1918) afirmava que o jogador brasileiro e os espectadores eram ignorantes em relação aos objetivos e ao estilo do jogo inglês. O modo brasileiro de jogar futebol, seu excesso de dribles, piruetas ou qualquer movimentação exótica, significava ignorância e infantilidade por parte dos espectadores que valorizavam o cômico e o estético. Estaríamos mais perto do espetáculo de circo do que do esporte. O modo de jogar indicava que os jogadores não tinham a noção da importância dos passes, da permanência na função pré-estabelecida e da distribuição das funções individuais para alcançar uma disciplina coletiva e eficaz.

Influenciados por esses conceitos de sociedade e futebol, muitos intelectuais daquele momento (Lima Barreto, Graciliano Ramos, Antônio Figueiredo, entre outros) escreveram que, pelas características culturais dos brasileiros, esses teriam dificuldade na prática desse esporte.

Para Lima Barreto, o futebol representava um projeto político-ideológico de uma elite que ansiava por uma prática que demarcasse a sua diferenciação com relação às demais classes sociais. Já para Graciliano Ramos, o futebol era um entusiasmo de "fogo de palha", capaz de durar bem um mês, pois o Brasil não tinha vocação para o esporte, e sim para a rasteira (SOARES; LOVISOLO, 2003).

Para os autores, naquela época, a cultura ou o tipo de civilização a ser construída confundia-se com as narrativas sobre o que é e o que deve ser o futebol, o Brasil e os brasileiros. O futebol tornara-se uma metáfora da sociedade idealizada a partir do mundo civilizado europeu, que deveria modelar a jovem nação, e da cultura singular que aqui havia se instalado e se estava construindo, como corresponde a uma nação original.

Em relação ao tipo de civilização a ser construída no Brasil, com predomínio da cultura europeia adaptando-a a algumas características locais, estabelece-se uma relação com a crítica do filósofo argentino Dussel (2005) sobre o universalismo cartesiano.

> Segundo Dussel, a arrogante e idólatra pretensão de divindade da filosofia cartesiana vem da perspectiva de alguém que se pensa como centro do mundo porque já conquistou o mundo. Quem é esse ser? Segundo Dussel (2005), é o *Ser imperial*. O "eu conquisto", que começou com a expansão colonial em 1492, é a fundação e a condição da possibilidade do "eu penso" idolátrico que seculariza todos os atributos do Deus cristão e substitui Deus como fundamento do conhecimento. Uma vez que os europeus conquistaram o mundo, assim o Deus do cristianismo se fez desejável como fundamento do conhecimento. Depois de conquistar o mundo, os homens europeus alcançaram qualidades "divinas" que lhes davam um privilégio epistemológico sobre os demais (GROSFOGUEL, 2016, p. 31).

O período elitista do futebol brasileiro, que corresponde à fase do *amadorismo* segundo Rodrigues (2004), tinha como uma de suas características o racismo. Para o autor, o racismo predominou por muito tempo, proibindo negros na seleção brasileira e em vários clubes. Porém, segundo Jesus (1998), no Brasil, a classe social abastarda não conseguiu garantir o monopólio do novo esporte. Ainda na primeira década do século XX, o futebol, até pela pouca exigência para a sua prática, alcançou adeptos nas classes mais baixas e menos favorecidas. As fábricas e companhias inglesas, principalmente, foram as principais responsáveis por essa difusão e popularização do esporte.

Nesse sentido, Jesus diz que o futebol

> [...] traz em si processos dramáticos e representativos de problemáticas centrais da sociedade. Inicialmente reduto exclusivo das elites, tal esporte rapidamente rompeu os círculos aristocráticos para ganhar as ruas e tornar-se entretenimento popular de largo alcance (1998, p. 1).

Assim, no final da década de 1920 do século XX, o Brasil dá os primeiros "chutes para a *descolonialidade* no futebol, tendo como primeiro movimento, segundo Rodrigues Filho (2003), a revolução vascaína no Rio de Janeiro, em 1923, que se configura como um acontecimento fundamental no processo de popularização do futebol no Brasil.

3 SEGUNDO TEMPO

A passagem do amadorismo para o profissionalismo é datada, na literatura oficial, segundo Rodrigues (2004), de 1933 a 1950, caracterizando-se pela regulamentação do futebol como profissão através da legislação social e trabalhista do Governo de Getúlio Vargas, de1930 a 1936.

Essa passagem do amadorismo para o futebol profissional é marcada pela entrada em cena de jogadores de origens populares nos grandes clubes. Os jogadores negros e mestiços e brancos pobres são os pioneiros no que viria a ser conhecido como o estilo brasileiro de jogar futebol, o "futebol arte"[4], dando início ao processo de *descolinialidade* no futebol brasileiro.

Segundo Jesus (1998), nesse processo de descolonialidade, a inserção do afro-brasileiro[5] nos grandes clubes e principais campeonatos do futebol brasileiro foi um dos momentos mais tensos:

> O futebol se introduz na vida social brasileira justamente no momento em que a sociedade vivia uma conjuntura de acirramento das tensões raciais. O processo de desescravização nas últimas décadas do século XIX faz aportar nas principais cidades brasileiras, densos contingentes de negros oriundos da zona rural. A substituição do trabalho escravo por imigrantes europeus acarretou não somente um quadro de falta de oportunidades de trabalho para o negro, mas todo um continuísmo do racismo, no âmbito da ideologia do "embranquecimento" da nova nação republicana (1998, p. 2).

Rodrigues Filho (2003) descreve que uma importante atitude descolonial foi realizada pelo Clube de Regatas Vasco da Gama, do Rio de Janeiro, que lutou para acabar com a segregação dos jogadores de origem popular. O Vasco da Gama contribuiu com o processo de democratização e profissionalização no futebol brasileiro, quando venceu o campeonato carioca de 1932 com uma equipe formada basicamente por jogadores negros, mulatos ou brancos pobres.

A partir dos anos de 1930, segundo Soares (1998), o futebol legitima-se como pura expressão da nacionalidade nas narrativas de Mário Filho, José Lins do Rego, Gilberto Freyre e outros jornalistas e literatos. Para o autor, o estilo marcado pela virtuose individual começou a ser louvado como autêntico e singular, um processo de recriação do modelo anglo-saxão. A corrente de valorização da singularidade de nosso futebol torna-se hegemônica, talvez pela qualidade empírica de nosso futebol, ou ainda pela maximização do imaginário culturalista e nacionalista nos anos de 1930. Como referência desse estilo diferenciado da prática do futebol, aparecem como destaques, na época, os jogadores Domingos da Guia e Leônidas da Silva.

Segundo Da Matta (1989, p. 66):

> O estilo de futebol do brasileiro, individualizado, cheio de dribles, estilização e improvisação seriam ferramentas com as quais o indivíduo oriundo das massas pode obter notoriedade e mobilidade social, isto é, pode tornar-se uma estrela de um time de futebol e tornar-se uma super pessoa e centro das atenções, uma personalidade notável que não pode ser substituída".

Esse estilo único de jogar, do futebolista afro-brasileiro, segundo o sociólogo, foi influenciado pelo samba, pela capoeira e pela malandragem, estando diretamente ligado à *criatividade*[6], que por sua vez está

4 "... uma característica inerente aos brasileiros 'jogar bola' de uma determinada maneira, a qual constituiria uma marca cultural carregada por nós desde o nascimento. Essa auto-representação que nos impusemos criou uma forma particular de praticar tal esporte, pensá-lo e vivenciá-lo em nosso cotidiano. É a esse futebol, construído basicamente nos anos que vão de 1930 a 1974, que designamos 'Futebol-Arte'." (GIL 1974, p. 100). O futebol-arte é caracterizado, entre outros fatores, pelo jogador que de forma individual desequilibra a partida com lances de rara habilidade técnica, possuidor de uma inteligência apurada de jogo (PAOLI, 2007).

5 Utilizar-se-á o termo "afro-brasileiro" quando se estiver referindo a jogador de futebol de origem negra no Brasil, com amparado na Lei Federal n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que utiliza essa termologia. Reserva-se o termo afrodescendente como referência a indivíduos da população negra para além do futebol no Brasil e no mundo.

6 Significado e conceito de criatividade: 1) Do Latim INNOVARE, "renovar, mudar", de IN-, "em", mais NOVUS, "novo, recente". 2) De "criar", que vem do Latim CREARE, "erguer, produzir", relacionado a CRESCERE, "aumentar, crescer", do Indo-Europeu KER-, "crescer". **Criatividade** é a atitude de fazer algo sobre alguma coisa ou alguém que já existe. **Criatividade** é o substantivo feminino que indica a **capacidade de criar, produzir ou inventar coisas novas. Disponível em:** <http://

relacionada integralmente com o *drible*[7].

Para ilustrar essa criatividade, traz-se uma passagem de Rodrigues Filho (2003, p. 49-50), no livro "O negro no futebol brasileiro", de 2003, quando relata:

> [...] os "pretinhos", filhos da cozinheira, sabiam fazer bolas de meia, redondinhas, que saltavam. Segundo o autor, boas bolas, aquelas de meia, feitas pelos moleques. Podia-se fazer com elas o que se quisesse. Até quebrar vidraças. Melhor do que as bolas de pelica dos meninos de boas famílias, muito leves, como balões de papel de seda, subindo com qualquer "chutinho". As bolas de meia ficavam mais no chão. Quase presas ao pé, aperfeiçoando, nos moleques, o que se chamaria mais tarde, o domínio da bola.

Esta descrição de Rodrigues Filho pode identificar essa transferência motora cultural que o afro-brasileiro adquiriu ao jogar na rua e que o diferenciou dos jogadores de futebol da elite branca. Nesse contexto também podem estar inseridos a malandragem, a capoeira e o samba, pois em todos estes segmentos está enraizada a agilidade, a criatividade, a velocidade e a inteligência motora, características fundamentas para um jogador de futebol.

Já Daolio (2006) considera a "malandragem" um modo de defesa autenticamente brasileiro. Quando começaram a jogar futebol por aqui, os negros não podiam derrubar, empurrar, ou mesmo esbarrar nos adversários brancos, sob pena de severa punição; os outros jogadores e até os policiais podiam bater no infrator. Os brancos, no máximo, eram expulsos de campo. Esta redução dos espaços dentro das "quatro linhas", subproduto de uma situação social, obrigou os negros a jogarem com mais ginga, com mais habilidade, evitando o contato físico e reinventando os espaços. O drible, para o autor, não é outra coisa que a criação de espaço, onde este não exista. Decisivamente, foi o jogador afro-brasileiro (aqui caracterizando os jogadores de classes populares) que imprimiu no futebol do Brasil um estilo próprio de magia e arte, diferente das formas arcaicas do jogo de bola, bem como da sua descendência inglesa imediata.

Segundo Daolio (2005), o futebol brasileiro constitui-se numa das principais manifestações culturais brasileiras, constantemente atualizada e ressignificada pelos seus atores.

O ápice do reconhecimento, do empoderamento do afro-brasileiro, da invenção cultural futebolística nacional e do processo de descolonilialidade do futebol brasileiro aconteceu nas Copas de 1958, 1962 e 1970, quando o Brasil se tornou tricampeão e referência mundial nesse esporte, mesmo sendo o futebol uma criação eurocêntrica. Esses campeonatos mostraram para o mundo o estilo de jogar do homem popular brasileiro. Um estilo dançado, gingado e improvisado, que foi revelado através dos pés de Pelé, Garrincha e Didi, estilo esse já referido como "futebol arte". Levine descreve-o assim:

> [...] promovido pelos intelectuais, pela imprensa e televisão, e pela classe dominante, como um símbolo de brasilidade, o futebol atingiu o ápice de sua influência quando os negros, como Pelé, Didi e Garrincha, foram reconhecidos dentro do sistema. O apogeu do orgulho e da afirmação nacionais, que acompanhou as vitórias das três Copas do Mundo, não poderia sequer ter sido imaginado em outras circunstâncias (1982, p. 42-43).

Esse esporte, que no primeiro momento foi praticado pelas elites, com o passar do tempo e com as

origemdapalavra.com.br/site/palavras/criatividade/ >.

7 A defesa aqui impetrada não recusa que o drible existisse fora do Brasil; mas reivindica que a invenção do drible no Brasil inaugura um modo distinto de driblar, o que pode ser entendido como a efetiva "invenção do drible", e que isso se deve à regra informal dentro de campo que retratava as restrições étnico-raciais da sociedade brasileira. A hipótese é de que o drible rateado, a mudança de ritmos com que a bola é conduzida "presa" e volta a ser colocada em movimento, foi uma invenção de jogadores negros brasileiros. É interessante notar que existem duas perspectivas acerca da etimologia da palavra "drible". Por um lado, *dribble,* que em inglês significa babar e por extensão gotejar ou pingar, já aparecia no futebol em 1863. Ao mesmo tempo, existe a palavra *dibo* que na língua kikongo significa tanto o nome de uma planta quanto um tipo de dança, ou ainda, radical da palavra "dibotar", que significa discursar, palavrear. A minha interpretação é que o drible derivado de dibo tem vários sentidos, tanto dançar quanto palavrear. Sendo assim, podemos interpretar que o sentido de discursar em Kikongo remete a dançar com as palavras, rodopiar com as letras ou ter molejo com o que se diz para conduzir quem ouve para onde se deseja. Disponível em: <http://revistazcultural.pacc.ufrj.br/o-conceito-de-drible-e-o-drible-do-conceito-analogias-entre-a-historia-do-negro-no-futebol-brasileiro-e-do-epistemicidio-na-filosofia/>. Acesso em: 5 jul. 2017.

conquistas dos títulos mundiais, foi reconhecido pela sociedade como uma instituição e orgulho nacional (DA MATTA, 1989). O futebol brasileiro, com ingresso da ginga, da malícia, da habilidade com a bola, da capoeira e de outros fatores trazidos pelo afro-brasileiro, foi o estilo de jogo que chegaria ao final do século XX como o que mais contribuiu para o encanto desse esporte. Quando o afro-brasileiro se apropriou desse bem cultural realizou um ato de recriação, em verdade de criação, e o futebol ganhou contornos da cultura brasileira, isto é, passou a ser jogado com a ginga do samba e da capoeira. Em outras palavras, as expressões culturais identificadas com a cultura afrodescendente foram traduzidas e transformadas em técnicas no campo de futebol. O futebol, assim, tornou-se "negro" e, então, brasileiro.

No sentido de o futebol ser uma ferramenta de descolonialidade, estabelece-se uma analogia do que foi relatado anteriormente com o processo de transmordenidade de Dussel (2005). Nessa linha de descolonialidade, Dussel (2008) coloca que para mover-se para além da modernidade eurocêntrica, é importante construir um projeto de descolonização que utiliza continuamente o pensamento crítico das tradições epistêmicas do Sul. É a partir dessas tradições diversas que podemos construir processos que vão trazer ideias diferentes e instituições apropriadas pela modernidade eurocêntrica para descolonizá-las, em diferentes direções. Dussel (2005) vai trazer a transmodernidade como um convite para que se produza, a partir de diferentes projetos epistêmicos políticos que existem no mundo hoje, uma redefinição dos muitos elementos apropriados pela modernidade eurocêntrica e tratados como inerentes à Europa, rumo a um projeto descolonial de liberação para além das estruturas capitalistas, patriarcais, eurocêntricas, cristãs, modernas e coloniais. Nesse sentido, através da análise de transmodernidade de Dussel, fica claro que o futebol brasileiro chegou ao patamar de melhor do mundo quando descolonizou o pensamento imposto pela elite da época, mudando aquela lógica e quebrando paradigmas ainda intrínsecos.

Conforme Pizarro (2014), observa-se o futebol como um ponto de referência para que se entendam problemas que ocorrem cotidianamente no mundo inteiro, e desta forma busca-se, através dele, iniciar um processo de descolonização. Percebe-se que o futebol possui um grande potencial socializador, e já hoje quebra paradigmas impostos dentro do sistema-mundo moderno[8]. Segundo o autor, o futebol, por si só, já possui para os sul-americanos um sentimento descolonial, do "sul global" se tornar "norte global" devido à força de suas seleções e de seus clubes em âmbito mundial, fato de alta relevância no processo de descolonização e, inclusive, na própria autoestima de povos da América Latina. Apesar de o esporte ainda manter uma visão eurocentrista, o futebol quebra essas barreiras.

Ainda conforme Pizarro (2014), o futebol mundial é dividido em duas grandes potências: a Europa e a América do Sul. E apesar de gigantescas diferenças econômicas entre os continentes, as grandes seleções continuam se concentrando na Europa Ocidental e na América do Sul. Mesmo com a desigualdade econômica, a mercantilização de atletas para países do norte global, a América do Sul é, juntamente com a Europa, o centro do futebol no mundo. Tanto as seleções nacionais como os clubes sul-americanos são campeões do mundo, disputando sempre com europeus a hegemonia do futebol mundial. Isso é mostrado nas conquistas dos títulos mundiais de futebol pelas seleções de países desses dois continentes. Num total de 20 torneios disputados, a América do Sul conquistou nove títulos (Brasil - 5, Uruguai - 2 e Argentina - 2) e a Europa, 11 títulos (Itália - 4, Alemanha - 4, França -1, Inglaterra - 1 e Espanha -1). No que diz respeito aos clubes de futebol de países desses dois continentes e os títulos conquistados em nível mundial (Mundial Interclubes), segundo a FIFA (2018), foram disputadas 57 edições, sendo que clubes da América do Sul conquistaram 26 vezes contra 31 dos "riquíssimos" clubes europeus.

Além disso, segundo Pizarro (2014, p. 16) o futebol brasileiro possui em seus quadros

8 Según el sociólogo estadounidense Immanuel Wallerstein en El moderno sistema mundial, las relaciones económicas mundiales forman un sistema global en el seno del cual las naciones más desarrolladas explotan tanto la mano de obra como los recursos naturales de aquellas naciones en vías de desarrollo. Este sistema mundial, o «sistema-mundo», dificulta el desarrollo de los países pobres y garantiza que los ricos sigan siendo los principales beneficiarios de las cadenas globales de materias primas y de los productos y la riqueza creados por el capitalismo industrial. En opinión de Wallerstein, en el sistema-mundo existe una división similar a la de las clases entre grupos de países a los que denominó «centrales», «semiperiféricos» y «periféricos». Las naciones centrales son aquellas sociedades desarrolladas que elaboran productos complejos gracias a métodos de producción de alta tecnología y dependen de las periféricas para obtener materias primas, productos agrícolas y mano de obra barata (WALLERSTEIN, 2005).

> [...] Edson Arantes do Nascimento, conhecido mundialmente como Pelé, autor de mais de mil gols em sua carreira, tricampeão mundial de futebol pela seleção brasileira e bicampeão mundial de clubes pelo Santos, foi o vencedor de diversos prêmios, incluindo o de Atleta do Século pelo jornal francês L'Equipe no dia 12 de julho de 1980. Em 2014, aos 73 anos de idade, recebeu o prêmio Bola de Ouro honorário da FIFA, tendo em vista que durante sua carreira (de 1956 a 1977) o prêmio era dado apenas para jogadores que jogavam na Europa, com a clara visão eurocentrista do esporte.

O Brasil também é o único país do mundo que possui cinco jogadores de futebol escolhidos como melhores do mundo, segundo a FIFA (entidade europeia). São eles: Romário (1994), Ronaldo Nazário (1996, 1997 e 2002), Rivaldo (1999), Ronaldinho (2004 e 2005) e Kaká (2007).

Tudo isso mostra, pois, que o futebol é um instrumento que quebra as barreiras da hegemonia eurocêntrica, ou pelo menos as torna competitivas, na perspectiva do sistema-mundo moderno de Immanuel Wallerstein.

3 PRORROGAÇÃO

Mas, a partir do final dos anos 1980, os europeus, numa espécie de *recolonialidade* da América Latina e do continente africano, conseguiram recolonizar mais esse aspecto da nossa cultura popular, o futebol. E o fizeram comprando os melhores jogadores do mundo, sobretudo, da América do Sul e da África, ruindo o futebol nesses dois continentes, como, aliás, já arrasaram outras formas dessas culturas no tempo da colonização predatória e escravista.

Esse processo de transferência de jogadores brasileiros, e de outros sul-americanos, para Europa acontece desde a década de 1930. Mas naquela época, os brasileiros eram contratados pelas suas qualidades e seu diferente estilo de jogar futebol, com intuito de qualificar o modelo de jogo das equipes europeias. Com a recolonialidade do futebol brasileiro no final do século XX, entretanto, os centros de treinamento de formação de atletas começaram a "produzir"[9] jogadores no modelo europeu de praticar futebol, no estilo "futebol força"[10].

Segundo Rodrigues (2004), esse período de recolonialidade é chamado de "modernização do futebol", desde o final dos anos 1980, caracterizando-se pelo crescimento de recursos financeiros no futebol, televisionamento das partidas ao vivo, crescimento no nível salarial dos jogadores e êxodo de jogadores brasileiros para o futebol europeu. Para o autor, a modernização do futebol possibilitou a comercialização do espetáculo futebolístico, a introdução da publicidade ao redor do gramado, nas camisas dos times e o televisionamento ao vivo de partidas de futebol. A mudança no estilo brasileiro de jogar tornou-se mais evidente nesse período, especialmente quando os clubes e a seleção nacional adotaram novos métodos de treinamento, dando ênfase à preparação física e à armação tática da equipe em campo.

Observa-se que entre essas duas escolas, futebol arte e futebol força, acabou prevalecendo o padrão europeu, pois o futebol, no mundo todo, hoje é praticado segundo um único modelo tático, com a prevalência da força e do preparo físico, portanto, sem a arte e sem a criatividade dos sul-americanos – prevalecendo o chamado futebol pragmático. Nesse sentido, basta observar os jogos transmitidos pelos canais de tv ao redor do planeta – as equipes passaram a jogar de modo idêntico: um jogo padronizado e burocrático. As equipes ficaram previsíveis e os treinadores com as suas táticas ficaram todos iguais, os jogadores e as jogadas agora permanecem durante quase toda a partida concentrados no meio do campo, como se o objetivo

9 Com a criação da Lei Pelé e o caso Bosman na Europa instituem novas regras para as transações comerciais dos jogadores. O novo mapa cria facilidades e benefícios para todos os atores envolvidos nas transações. Em outras palavras ocorrem ganhos financeiros para todas as partes envolvidas a cada negociação: jogadores, empresários, times, patrocinadores, entre outros. É uma situação que todos ganham (Souza et al, 2008).

10 O futebol brasileiro é intuitivo, artístico, espetáculo, natureza, individual, dom, agilidade, habilidade, malandro, improvisado, jogo, dionisíaco, barroco, *futebol-arte*. Por outro lado, o futebol europeu é racional, eficiência, competitivo, cultura, coletivo, aprendizado, rigidez, força, apolíneo, clássico, escola, *futebol-força* (DAMO, 2002, p. 125). No Futebol-Força, o preparo físico dos jogadores é exaltado como a principal qualidade, porém muitas vezes as equipes que praticam esse tipo de futebol, também chamado de futebol de resultados, não empolgam seus torcedores. Jogadas de efeito, dribles e tabelas tornam-se raras (GIGLIO, 2003, p. 33).

não fosse o gol. A correria dos jogadores, mais bem preparados fisicamente, fez desaparecer os espaços do campo onde eram construídas as jogadas que faziam do futebol uma verdadeira arte. E tudo isso pode ter ocorrido pelo fato de haver preponderado o instinto colonizador dos europeus, que impuseram ao mundo um futebol truncado, mecânico, baseado na força e na tática, sem arte nenhuma e sem criatividade.

No sentido do predomínio do futebol força, ou futebol científico segundo Rodrigues (2004), faz-se uma alusão ao pensamento abissal de Boaventura Sousa Santos (2007, p. 73):

> O pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal. Consiste num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que estas últimas fundamentam as primeiras. As distinções invisíveis são estabelecidas por meio de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos :o "deste lado da linha" e o "do outro lado da linha". A divisão é tal que "o outro lado da linha" desaparece como realidade, torna-se inexistente e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer modo de ser relevante ou compreensível. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção de inclusão considera como o "outro".

Esse retorno à colonialidade futebolística também pode ser identificado no discurso de Maldonado-Torres (2008), sobre colonização do ser imposta pelos europeus desde o século XV. Segundo o autor, todos os sujeitos considerados inferiores não pensam e não desfrutam de uma existência inteira, pois sua humanidade é questionada. Eles pertencem à zona que Fanon denomina "zona do não ser" e que Dussel chama de "exterioridade". Relacionado a isso, tem-se o conceito de "complexo de vira-latas". A expressão foi definida pelo dramaturgo e jornalista Nélson Rodrigues, em uma famosa crônica publicada em 1958, que acreditava que, até então, os brasileiros viviam o chamado "complexo de vira-latas". Por "complexo de vira-latas" o jornalista entendia ser a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo. Isso em todos os setores e, sobretudo, no futebol.

Esse preconceito foi difundido e absorvido pela classe média brasileira, gerando uma inferiorização da nação, estigmatizando que: "Tudo o que é de fora é melhor" e "aqui nada pode dar certo". O brasileiro acredita que tudo que é estrangeiro é melhor, inclusive a língua estrangeira, os produtos, a cultura. Os ídolos dos brasileiros são de poucos brasileiros e de muitos estrangeiros, inclusive no futebol. O brasileiro copia e imita tudo do estrangeiro, principalmente se vem dos Estados Unidos da América ou da Europa Ocidental. No futebol, o Brasil é pentacampeão do mundo, cada vez mais revela jogadores que estão espalhados por todo o mundo, mas por incrível que pareça "nós consideramos os outros melhores".

Outro fator importante para esse processo de *recolonialidade* na prática do futebol, de acordo com Guerra e Souza (2008), é a influência externa dos veículos de comunicação de massa, o *marketing* esportivo, a publicidade e todo esse apelo popular desse esporte no país, despertando nos adolescentes brasileiros, motivados por ilusões de sentidos, a vontade de se tornarem astros nos gramados europeus, acreditando que a realidade apresentada pelos meios de comunicação seja acessível a eles. Segundo Anjos et al (2012), o fato de um jogador do Brasil conseguir espaço no cenário mundial motiva ainda mais os jovens brasileiros a se profissionalizarem, já que jogar na Europa se torna referência e seus históricos sociais são semelhantes aos dos jogadores que eles admiram: a realidade social faz tornar sonho jogar na Europa.

Mas não é só os futuros jogadores de futebol brasileiros que pretendem trocar o futebol no Brasil pelo europeu: a população que consome o futebol também está sendo recolonizada. Como exemplo, traz-se a pesquisa realizada pelo Ibope em 2016, que revelou que 69% dos brasileiros entre 16 e 29 anos torcem para algum time europeu. O primeiro deles é o Barcelona, com 25% dos entrevistados, seguido pelo Real Madrid, com 12%.

Também nessa linha, em levantamento noticiado pelo jornal "O Povo", do Ceará, o site de venda de artigos esportivos *Netshoes* mostra que, em 2015, o Real Madrid era o 14º time que mais vendia camisas no Brasil. Em 2016, passou a ser o 11º e em 2017, o 10º, à frente de clubes como Fluminense, Grêmio, Botafogo, Atlético-MG e Bahia. O Barcelona é o 7º, à frente ainda de Vasco e Internacional. Isso se refletirá nas crianças, que ainda não se apaixonaram pelos clubes nacionais e irão usar as camisas do Barcelona, Chelsea e Real Madrid, entre outros, do que as dos brasileiros. Outro exemplo são os clubes dessas crianças nos videogames: esses são formados com a maioria, se não todos, de jogadores que atuam

na Europa.

Essa situação de apropriação e transformação do futebol brasileiro remete, mais uma vez, ao pensamento abissal de Santos (2007), quando o autor argumenta que as linhas cartográficas "abissais", que demarcavam o Velho e o Novo Mundo na era colonial, subsistem estruturalmente no pensamento moderno ocidental e permanecem constitutivas das relações políticas e culturais excludentes mantidas no sistema mundial contemporâneo. Para Santos (2007, p. 73): "[...] do outro lado (sul) não há conhecimento real; existem crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjetivos, que na melhor das hipóteses podem se tornar objeto ou matéria-prima de investigações científicas." O autor relata que o lado norte (europeu moderno) se apropria do conhecimento do lado sul (dos sul-americanos subdesenvolvido), transforma em "ciência" e depois comercializa esse conhecimento em forma de "produto" com o lado sul.

Essa relação exposta por Santos também acontece com o futebol brasileiro. Os europeus apropriaram-se dos conhecimentos futebolísticos brasileiros – o futebol arte –, transformaram esses conhecimentos para sua realidade e agora os disponibilizam aos brasileiros para o consumo, através da mídia e do mercado esportivo, como se fossem a referência futebolística mundial.

4 DECISÃO POR PÊNALTIS

Para uma "*nova descolonialidade do futebol*", o brasileiro precisa se convencer de que não é um "vira-latas" e que tem futebol e cultura para dar e vender. Como referido anteriormente, já houve um tempo em que se dizia existirem duas escolas bem distintas no futebol: a escola sul-americana, certamente liderada pelo Brasil, que praticava um futebol cheio de graça e de ginga, caracterizado pelo improviso e pela criatividade, em oposição à escola europeia, que tinha na disciplina tática, no preparo físico e na força suas maiores virtudes.

Nesse tempo, o Brasil tinha uma seleção artística e brilhante, como a que foi a da Copa de 1982. Uma seleção que, apesar de não ganhar a Copa, ficou na recordação da maioria dos brasileiros que gostam de futebol. Uma seleção que tinha craques como Zico, Sócrates, Falcão, Cerezzo, Júnior, Leandro, entre outros. O Brasil de 1982 refletiu como nunca a arte e a aura do futebol brasileiro em campo, com alegria, sutileza, golaços e emoção. Aquela seleção transpirava futebol, esbanjava talento e trazia prazer e emoção para a população. A seleção de 1982 jamais será esquecida pelos amantes do futebol, tanto é que segue viva mesmo depois de 35 anos. Ela tem, mesmo sem um título, a imortalidade, pela exuberância artística que realizou.

Esses encantos sem precedentes que o futebol carrega, contribuem para a autoestima de povos colonizados e escravizados por séculos.

Nesssa perspectiva de empoderamento e descolonialidade, entende-se que o futebol possa ser uma ferramenta metodológica e epistemológica descolonial na Educação Física escolar e no clube, quando do processo de formação de jogadores, para romper com o modelo hegemônico de ensino e de treinamento. Pensa-se ser na escola e no clube que o professor de Educação Física e os profissionais do futebol (treinador, preparador físico, entre outros) aproximam-se de questões relativas à cultura local e à formação cidadã, relacionando-as com o esporte para que, dessa forma, os alunos e os atletas conheçam, transformem, compreendam e valorizem o esporte (futebol) na perspectiva de uma visão mais ampla e descolonial.

No sentido da construção descolonial do conhecimento e da prática do futebol, apresentam-se alguns exemplos de movimentos descoloniais realizados por "pessoas do futebol"[11] que podem ser referências nas aulas de Educação Física e nos treinamentos de clubes. Movimentos que os professores e treinadores podem articular como forma de produção do conhecimento, considerando as vivências concretas e simbólicas, dos sujeitos envolvidos na construção do saber e do viver, na busca da descolonialidade epistemológica e da formação futebolística.

Para essa transformação descolonial e epistemológica na escola e no clube, busca-se apoio no conceito de *interculturalidade* da linguista Catherine Walsh. A pesquisadora entende interculturalidade

11 São jogadores, jornalistas, torcedores, árbitros e amantes do futebol – sem distinção de raça, gênero ou orientação sexual –, que tenham o interesse de construir um novo time, onde todos possam ser escalados como jogadores, não apenas onze.

como a possibilidade de diálogo entre as culturas, pensada na perspectiva crítica "[...] como proyecto político-social-epistémico-ético y como pedagogia decolonial [...]" (WALSH, 2010, p. 76). Trata-se, pois, de um projeto voltado à transformação estrutural e sócio-histórica, promovendo a descolonização por meio da transformação das relações em todas as instâncias e do enfrentamento de processos discriminatórios que reproduzem a colonialidade. Essa perspectiva é pensada a partir da ideia de uma prática política contraposta à geopolítica hegemônica monocultural e monorracional do conhecimento, pois se trata de visibilizar, enfrentar e transformar as estruturas e instituições ainda impregnadas de colonialidade.

Apesar de o esporte ainda manter uma visão eurocentrista, o futebol quebra barreiras. E na América do Sul, mais especificamente no Brasil, têm-se exemplos de processos descoloniais e de empoderamento das classes populares, que condenam e combatem as atitudes preconceituosas como o racismo, a xenofobia, a homofobia, o sexismo e o modelo periferia-centro, que seguem a lógica colonial eurocêntrica capitalista.

Perebe-se a dificuldade de se desvincular da lógica eurocêntrica instituída, e nesse sentido concorda-se com Yedaide (2016, p. 6), quando relata que

> [...] não podemos nos emancipar de nossa instituição universitária, seus rituais, tradições ou o tipo de práticas de saber (Porta e Yedaide, 2014) que promove e legitima. Nem é possível livrar-se das categorias com as quais pensamos e produzimos esses relatos acadêmicos contestatórios do estabelecido, muito menos de nossa linguagem. (tradução nossa).

Todavia, a autora aponta um caminho: (2016, p. 6) quando descreve que "[...] mesmo sem a possibilidade de uma ruptura radical, é possível, no entanto, desgastar gradualmente, com ataques metódicos e sistemáticos, a propensão para a singularidade do pensamento [...]" (YEDAIDE, 2016, p. 6 - tradução nossa).

Nesse sentido, abordam-se alguns movimentos descolonias, realizados pelas "pessoas do futebol", que podem servir de conteúdo nas escolas e nos clubes para o processo de descolonização do futebol e principalmente das consciências de alunos e atletas. São eles:

1 - O movimento do jogador Afonsinho, que iniciou uma batalha jurídica e política, acabando por obter, em 1971, em plena ditadura militar, a propriedade de seu próprio passe, ou seja, conseguiu o passe livre, tornando-se o primeiro jogador de futebol "alforriado" do Brasil. Acabou virando um símbolo do futebol ao se tornar o primeiro jogador a conseguir passe livre, ou seja, o direito de ir para outro clube ao final do contrato (SOUZA, 1998).

2 - A "Democracia Corintiana", em plena ditadura militar nos anos 80 do século passado, foi um movimento relevante para um pensamento "outro" no futebol, dando voz a todos no clube. O movimento também teve grande influência no processo de retomada da democracia no Brasil, através da campanha das "DIRETAS JÁ!" (SÓCRATES, 2012).

3 - Outra ação importante e inédita em estádios de futebol foi a criação da torcida Coligay, formada por homossexuais e vinculada ao Grêmio FBPA, contribuindo para o combate à homofobia. Segundo Gerchmann (2014), essa torcida criada em 1977, durante o governo do ditador gaúcho Ernesto Geisel, desafiando a cultura machista instalada no "mundo do futebol".

4 - O "Respeito Futebol Clube" é um movimento criado por jornalistas, em 2016, com o intuito de tornar o estádio de futebol o "lugar mais democrático do mundo" e combater atos de racismo, machismo e homofobia no futebol brasileiro. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/esportes/2016/03/respeito-fc-movimento-discute-racismo-machismo-e-homofobia-no-futebol>. Acesso em: 27 set. 2017.

5 - A campanha "Somos todos iguais" foi lançada pela CBF (Confederação Brasileira de Futebol), em 2014, com a intenção de combater o racismo no esporte, principalmente no futebol. A ação foi projetada após as últimas atitudes que acabaram afetando os atletas Tinga, do Cruzeiro, Arouca, do Santos, e o árbitro Márcio Chagas da Silva, da Federação Gaúcha de Futebol. Disponível em: < https://odia.ig.com.br/_conteudo/esporte/2014-04-21/cbf-lanca-campanha-vai-criar-aplicativo-contra-o-racismo.html >. Acesso em: 10 abr. 2018.

6 - Campanha "Lance Limpo". O Globo Esporte, de São Paulo, lançou em 2017, a campanha Lance

Limpo, para promover, incentivar e premiar o jogo limpo, independentemente da modalidade. Qualquer atleta de qualquer esporte está participando. Pretendem mostrar que os atletas que jogam limpo podem fazer a diferença no esporte e na sociedade. Atitudes nobres valem mais do que o resultado. O *fair play* é mais importante do que três pontos numa partida de futebol. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/programas/globoesporte/noticia/ 2017/03/globo-esporte-lanca-campanha-lance-limpo-para-promover-o-fair-play.html>. Acesso em: 15 abr. 2018.

7 - Outra ação importante de combate ao machismo no futebol brasileiro é o Movimento *"#Deixa Ela Trabalhar"*, criado por jornalistas em 2018, com o intuito de protestar contra o assédio que as profissionais vêm sofrendo nos estádios pelo Brasil. Disponível em: <http://www.purepeople.com.br/noticia/-deixa-ela-trabalhar-campanha-contra-assedio-reune-jornalistas-saiba-mais_a221454/1>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Tais movimentos descoloniais do futebol brasileiro se enquadram no que Santos (2007) designa como pensamento pós-abissal, isto é, como um aprender com o Sul, usando uma epistemologia do Sul. O autor confronta a monocultura da ciência moderna com uma *ecologia de saberes*[12], na medida em que se funda no reconhecimento da pluralidade de conhecimentos heterogêneos (sendo um deles a ciência moderna) e em interações sustentáveis e dinâmicas entre eles, sem comprometer sua autonomia.

Nessas ações descoloniais também merece destaque o pensamento de Dussel (1973), quando este propõe um viés para se pensar a filosofia na América Latina, partindo de sua própria realidade, sobretudo, do pobre, do excluído, do outro – o outro como aquele que está fora das totalizações do sistema. Assim é possível pensar numa filosofia com a identidade latino-americana. Segundo Dussel (1973, p. 147), "[...] para criar algo de novo, há de se ter uma palavra nova que irrompa a partir da exterioridade. Esta exterioridade é o próprio povo que, embora oprimido pelo sistema, é o mais distante em relação a este". Nesse sentido, o filósofo propõe a "ética da libertação" para uma nova visão do sistema-mundo, que não se submete ao seu centro (Atlântico Norte – Europa Ocidental e Estados Unidos), mas que, por se situar desde a periferia do sistema, busca dialogar com o centro a partir de outra situação originária, a situação sócio-histórica, econômica e política da periferia. Tudo isso, demonstrando criticamente as contradições da gestão feita pelo centro do sistema-mundo e considerando novas possibilidades teóricas, e sobretudo práticas, que equilibrem a disparidade social e econômica entre o centro (os ricos) e a periferia (os pobres).

5 FINAL DO JOGO

No século XXI, o mundo ficou órfão do show brasileiro e viu nosso futebol inverter os papeis para equipes mais competitivas e aguerridas.

Percebe-se que o futebol brasileiro está gradativamente perdendo sua criatividade, ingrediente fundamental desse esporte no país. Isso não quer dizer que não estejam nascendo mais crianças talentosas com esse potencial, como antes.

O que observa-se atualmente no futebol brasileiro, é um aculturamento do futebol europeu: na forma de jogar, de treinar, de formar jogadores e principalmente do consumo de seus produtos esportivos.

Aonde foi parar aquele futebol bonito, vistoso, criativo e cheio de improvisação, o tal futebol-arte, praticado por aquelas seleções consideradas como o melhor futebol do mundo.

Quem sabe se um dia o futebol brasileiro, quando resolver revolucionar o futebol mundial novamente, sirva também de inspiração para uma força contra colonizadora que nos redima de tantas outras formas de submissão.

Mas para isso o profissional de Educação Física brasileiro, deve inserir-se novamente no nosso

12 Na ecologia de saberes, a busca de credibilidade para os conhecimentos não-científicos não implica o descrédito do conhecimento científico. Implica simplesmente a sua utilização contra-hegemônica. Trata-se, por um lado, de explorar a pluralidade interna da ciência, isto é, as práticas científicas alternativas que têm se tornado visíveis por meio das epistemologias feministas e pós-coloniais, e, por outro lado, de promover a interação e a interdependência entre os saberes científicos e outros saberes, não-científicos (SANTOS, 2007).

contexto cultural, que é extremamente criativo, possibilita improvisar, buscar alternativas diante das dificuldades, e desta forma encontrar soluções inovadoras, que nos fizeram por muito tempo ser referência para os "outros" no futebol.

O processo de descolonização é interno, muitas vezes intersubjetivo. Contudo, o futebol surge como uma maneira de ajudar nesse processo, servindo de ferramenta para que se possibilite "quebrar" as barreiras da hegemonia eurocêntrica. Mesmo com a desigualdade econômica, a mercantilização de atletas para países do norte global, a América do Sul, juntamente com a Europa, continua sendo o centro do futebol no mundo.

Os exemplos apresentados neste capítulo atestam a potencialidade do futebol como ferramenta e estratégia para a descolonialidade. Entretanto, acontecimentos registrados nos estádios (gestos e palavras) e nas redes sociais alertam para a necessidade de se aprofundar as reflexões e as pesquisas sobre a temática, perseguindo a perspectiva descolonial com o propósito de libertação das consciências.

Entendo que o futebol brasileiro necessite de uma pedagogia descolonial, traduzida para as escolas e os clubes, que ao trabalhar com o processo de formação de alunos/atletas na busca da formação cidadã "[... perfure os textos fixos e acabados, dissolva a história das narrativas parciais que as compõem, expanda o repertório de histórias contraditórias, justapostas, irredutíveis e intraduzíveis]" (YEDAIDE, 2015, p. 6). (tradução minha).

REFERÊNCIAS

ANJOS, J. L. dos; SANETO, J. G.; OLIVEIRA, A. A. Futebol, imagens e profissionalização: a bola rola nos sonhos dos adolescentes. **Revista Movimento**, Porto Alegre, v. 18, n. 01, p. 125-147, jan./mar. 2012.

DA MATTA, R. Esporte na sociedade: futebol como drama nacional. **Revista Concilium: sociologia da religiã**o. Petrópolis, RJ: Vozes, n. 225, 1989.

DAMO, A. **Futebol e identidade social***:* uma leitura antropológica das rivalidades entre torcedores e clubes. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

DAOLIO, J. (Org.). **Cultura***:* educação física e futebol**.** Campinas, SP: UNICAMP, 2006.

DUSSEL, E. **Para una ética de la liberación latinoamericana I**. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 1973.

_____ . **Filosofia da libertação:** crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 2005.

_____ . Anti-meditaciones cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la modernidad. **Revista Tabula Rasa,** v. 9, p. 153-197, 2008.

FIFA, (2018) **Ranking mundial da FIFA.** Zurique. Disponível em: <http://pt.fifa.com/worldranking/rankingtable>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GERCHMANN, L. **Coligay, Tricolor e de Todas As Cores**. Porto Alegre: Editora Libretos, 2014.

GIGLIO, S. S. **FUTEBOL-ARTE ou FUTEBOL-FORÇA?** O estilo brasileiro em jogo.

Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação Física, Fapesp, 2003.

GIL, G. O drama do Futebol-Arte: o debate sobre a seleção nos anos 70. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** n. 25, p. 100-109, 1994.

GROSFOGUEL. R. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI **Revista Soc. Estado.** v. 31, **n.1**, jan./abr. 2016.

GUERRA R.A.P.; SOUZA M.J. Fatores que influenciam a não profissionalização de jovens talentos no futebol**. Rev Bras Futebol**, 01(2), p. 30-37, jul./dez. 2008.

JESUS, G. M. de**.** Futbol y Modernidad em Brasil: la geografia histórica de uma novedad. **Revista Lecturas: Educación** Física y Deportes. núm.10, año III, mayo/1998, Buenos Aires. Disponivel em:<http://www.efdeportes.com/efd10/geoe.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

LEVINE, R. **O caso do futebol brasileiro.** In: WITTER, José S. (org.). São Paulo: Convênio Imesp/Daesp, 1982.

MALDONADO-TORRES, N. Religion, conquête et race dans la fondation du monde moderne/colonial. In: Mestiri, Mohamed; Grosfoguel, Ramon; Soum, El Yamine (Eds.). Islamophobie dans le monde moderne. Paris: IIIT, 2008.

MIGNOLO, W. **Histórias Globais/projetos Locais.** Colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____ . **Desobediencia epistémica:** retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**.** Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

PAOLI, P.B. **Os estilos de futebol e os processos de seleção e detecção de talentos.** (Tese de Doutorado). Rio de Janeiro: PPGEF/UGF. 2007.

PIZARRO, J. O. **DECOLONIALIDADE E FUTEBOL:** a quebra da lógica periferia-centro. Trabajo presentado en el Quinto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "¿Qué ciencia política para qué democracia?", Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 7-10 de octubre de 2014.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo *e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RODRIGUES, F. X. F. Modernidade, disciplina e futebol: uma análise sociológica da produção social do jogador de futebol no Brasil. **Revista Sociologias**. Porto Alegre, a. 6, n. 11, jan./jun. 2004, p. 260-299.

RODRIGUES FILHO, M. **O negro no futebol brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

SANTOS, B. de S. Para além do pensamento abissal. Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **NOVOS ESTUDOS**, CEBRAP, n.79, nov. 2007. p. 71-94. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>. Acesso em: 20 mar.2018.

SOARES, A. J. **Futebol, raça e nacionalidade no Brasil***:* releitura da história oficial. Rio de Janeiro, UFG, PPGEF - tese de doutorado, 1998.

SOARES, A. J.; LOVISOLO, H. Futebol: a construção histórica do estilo nacional. **Rev. Bras. Cienc. Esporte**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 129-143, set. 2003.

SÓCRATES; G. R. **Democracia Corintiana***:* a utopia em jogo. São Paulo: Editora Boitempo, 2012.

SOUZA, C.; ARAÚJO M. de; VAZ A. F.; BARTHOLO T. L.; SOARES A. J. G. Difícil reconversão: futebol, projeto e destino em meninos brasileiros. **Revista Horiz. antropol.** Porto Alegre, v.14, **n**.30, jul./dez. 2008.

SOUZA, K. M. de. **Prezado amigo Afonsinho**. Método Editora, 1998.

WALLERSTEIN, I. **Análisis de sistemas-mundo:** una introducción. México: Siglo XXI Editores, 2005.

WALSH, C. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIANA, J.; TAPIA, L.; WALSH, C. **Construyendo interculturalidad crítica.** La Paz: III – CAB, 2010. P. 75-96.

YEDAIDE, M. Experiencias pedagógicas: debates y perspectivas desde enfoques descoloniales. **VIII Jornadas Nacionales y 1º Congreso Internacional sobre la Formación de Profesorado**. Universidad Mar del Plata/Argentina, nov./2015. Disponível em: <http://www.mdp.edu.ar/humanidades/pedagogia/jornadas/jprof2015/simposios/Yedaide.pdf>

IDENTIDADE E MEMÓRIA INDÍGENA: UMA PERSPECTIVA DE RESGATE HISTÓRICO-SOCIAL NO ALTO URUGUAI (COREDE NORTE)[1]

SILVA, Ismael, Pereira da[2]

RIGON, Chirley Fátima[3]

RESUMO: Este artigo é fruto de pesquisa realizada por meio do projeto "Identidade e Memória Indígena: uma perspectiva de resgate histórico-social no Alto Uruguai (Corede Norte)" pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) com mulheres das comunidades indígenas dos municípios de Constantina (RS), Charrua (RS), Benjamin Constant do Sul (RS) e Ronda Alta. O Artigo se debruça sobre as questões de gênero e etnia das mulheres Kaingangs do Alto Uruguai, suas perspectivas e reflexões de vida por meio do resgate histórico de sua memória e identidade. Utiliza-se o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, com aporte da metodologia de história oral temática.

Palavra-chaves: Identidade. Memória. Mulheres Kaingangs. Perspectivas Decoloniais.

1 INTRODUÇÃO

Ao pensar nas pressões sociais hegemônicas contra as diversidades, pluralidades e as interculturalidades das múltiplas minorias raro se traz em foco o gênero feminino representado nas mulheres nativas. Suas lutas e histórias frentes as mazelas e dificuldades passam invisíveis e inaudíveis dificultando inserir-se e legitimar seus espaços bem como seus direitos.

O presente artigo debruça-se e dispõe dos fragmentos dos depoimentos e reflexões das mulheres das comunidades nativas do norte do Estado do Rio Grande do Sul obtidos durante o período de pesquisa. Dentro do contexto apresentado objetiva-se analisar a questão sobre as perspectivas de gênero/etnia, refletindo a importância da memória, das práticas e saberes das mulheres nativas, tanto quanto sua opinião e participação nos movimentos político-culturais para a validação de seu espaço, reconhecimento e identidade frente aos processos de descaracterização étnica/cultural.

Durante o artigo buscar-se-á mostrar por meio da pesquisa os fatores ligados à desintegração identitária e diversas formas de violência que atinge e subjuga as mulheres kaingangs como também a importância do gênero feminino nas estruturas das relações sociais contemporâneas e na preservação e construção cultural de suas práticas e saberes. Busca-se compreender as questões de gêneros nas citadas comunidades e com isso o difícil vínculo com o processo de mudança para a conquista da voz feminina indígena contemporânea.

Diante disso, se faz imprescindível para o entendimento da temática abordada, compreender o contexto social que a mulheres indígenas se inserem e as barreiras e questões a elas impostas e vividas, considerando as varias interferências coloniais e mudanças ocorridas na sociedade desses povos em todo período histórico. Procura-se entender quais situações ainda fomentam o processo de violação de direitos, exclusão e violência para essas mulheres. Cada parte desse trabalho corresponde à análise dos dados coletados durante a pesquisa e como eles se projetam nas questões atreladas ao patriarcado e colonialismo sobre suas identidades e o *ser* feminino. Examinar-se-á por meio de seus depoimentos como preservações culturais ligadas as suas subjetividades se alinham frente às mudanças econômicas e politicas-sociais.

---

1 O artigo faz parte do projeto intitulado "Identidade e Memória Indígena: Uma Perspectiva De Resgate Histórico-Social No Alto Uruguai (Corede Norte)" assentado no CNPq

2 Discente do Curso Superior de Bacharelado em Gestão Ambiental - Bolsista de pesquisa vinculado ao CNPq - Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. E-mail: ismaelmatarazzo@gmail.com

3 Bacharel em Direto pela Universidade Regional Integrada – URI Campus Erechim; Especializanda em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio. E-mail: adm@belaarte.srv.br

A linha cronológica desse estudo será dividida em três etapas, inicialmente buscaremos refletir as questões ligadas à construção e entendimento do gênero feminino de um modo geral para que posteriormente possa se compreender sua formação nas comunidades (aldeias), na sequencia a importância de sua representatividade e seus saberes a fim de instigar o pensamento sobre os aspectos mais comuns, posteriormente será analisada a importância das mulheres indígenas nas lutas pela preservação de sua cultura e memória frente à liquidez das relações sociais e de consumo.

Buscar-se-á elencar questões como a importância do direito a terras como signo para a manutenção de sua identidade e cultura pautado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o qual promove à garantia a proteção da questão referida, logo após na perspectiva da pesquisa com aporte da metodologia de história oral temática serão abordados os dados coletados no norte do Estado do Rio Grande do Sul com as mulheres kaingangs.

Importante referir a preservação de sua identidade e memória, representados nos fragmentos dos depoimentos orais coletados. Para construção dos produtos a partir do projeto, foi elaborado e preenchido questionário respondido por mulheres nativas da região citada, como também coletados depoimentos por meio da metodologia de história oral temática.

2 REFLEXÕES SOBRE A CONSTRUÇÃO DO GÊNERO FEMININO E AS MULHERES KAINGANGS

Fez-se importante para pesquisa sobre o objeto em estudo às observações antropológicas para entender o conceito de gênero nos seus múltiplos aspectos, e para que possa ser entendido literalmente sem pré-conceitos ou dogmas caracterizados e estabelecidos perpetuam-te em todo período histórico.

Para desconstrução de conceitos pautados nas ideologias morais se vê a necessidade de compreender o gênero além dos aspectos físicos e biológicos, mas também possuí uma configuração das relações e construções sociais como: seus valores, compreensões, pulsações e visões representativas de seu interior e/ou exterior para com tudo que se relaciona ao seu entorno.

De acordo com Meyer (2003), Michel Foucault e Jaques Derrida se reconhece os gêneros como uma formação e transformação do indivíduo pautado nas diversas abordagens estabelecidas entre a produção das relações e a pessoa, essas por fim moldam e formulam aspectos culturais e subjetivos transitórios entre corpo, sujeito, conhecimento e poder.

Segundo Meyer (2003, p. 16) todas essas formas de construção social são responsáveis pela constituição e entendimento da construção do gênero frente aos seus processos diferenciados, também ligados aos seus corpos físicos, ente o sexo, a reprodução e a compreensão per si da sexualidade individual ou coletiva.

Ao contrario disso a sociedade ao longo da história buscou formas de diferenciar ou classificar por aspectos biológicos, psíquicos e identitário sociais que fossem iguais reforçando essa padronização sem exigir muito sobre um entendimento detalhado e complexo em sua própria alienação fundamentando-se na reprodução biológica ou caráter físico.

Desta forma para pensar ou compreender o conceito gênero como também conceituar um entendimento será necessário observar o vivenciar do gênero em estudo considerando tudo aquilo que se constrói dentro de si e em seu exterior, outra compreensão a se somar a isso é que o ser feminino distingue-se em todas as culturas das mais diversas formas de influência e participação social dentro do tempo e espaço cultural, educacional, religioso, étnico, sexual e laboral.

Porém, em muitas dessas culturas o gênero feminino ou o ser mulher sempre esteve subjugado à identidade do *ser* masculino que subjugou ao seu domínio e a direção de suas escolhas sejam elas individuais ou vivenciado em grupos, decidindo e intervindo sobre o gerenciamento educacional, politico, social, entre outros.

Ao observar esses aspectos questiona-se quanto ao pensar em políticas públicas que venham legitimar e igualar os direitos do gênero feminino: se considera os múltiplos fatores culturais ou subjetivos dentro dos

aspectos citados? Com isso também se questiona a narrativa sobre as mulheres nativas (indígenas) e suas necessidades. Paralelo a esses fatores as questões de colonialismos estão atreladas nas formas de construção da identidade do gênero, para entender colonialidade Quijano dispõe:

> Colonialidade é um conceito diferente de, ainda que vinculado a, Colonialismo. Este último refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, noutra jurisdição territorial. Mas nem sempre, nem necessariamente, implica relações racistas de poder. O colonialismo é obviamente, mais antigo, enquanto a Colonialidade tem vindo a provar, nos últimos 500 anos, ser mais profunda e duradoura que o colonialismo. Mas, foi, sem dúvida, engendrada dentro daquele e, mais ainda, sem ele não poderia ser imposta na intersubjetividade do mundo tão enraizado e prolongado. (Quijano, Santos, p. 73, 2009)

Esses aspectos sobre a colonialidade transcendem tempo e espaço, inclusive perpassa o colonialismo histórico permanecendo após qualquer compreensão de independência ou de descolonização. Para melhor compreensão desses fatores deve-se entender a diferença entre descolonialidade e decolonialidade.

Sobre esse assunto Ballestrin acentua suas diferenças:

> Por sua vez, a expressão "decolonial" não pode ser confundida com "descolonização". Em termos históricos e temporais, esta última indica uma superação do colonialismo; por seu turno, a ideia de decolonialidade indica exatamente o contrário e procura transcender a colonialidade, a face obscura da modernidade, que permanece operando ainda nos dias de hoje em um padrão mundial de poder. Trata-se de uma elaboração cunhada pelo grupo Modernidade/Colonialidade nos anos 2000 e que pretende inserir a América Latina de uma forma mais radical e posicionada no debate pós-colonial, muitas vezes criticado por um excesso de culturalismo e mesmo eurocentrismo devido à influência pós-estrutural e pós-moderna. (Ballestrin, 2012 on-line)

Portanto, a expressão "decolonial" não pode ser interpretada ou assimilada como "descolonização", haja vista que pensando em termos históricos e temporais refere-se à superação do colonialismo; que ainda é tão presente em outras formas de indução e subversão da cultura dos povos nativos.

Durante o estudo fez se importante o observar e o considerar dos aspectos relevantes que constitui a construção do gênero feminino indígena e as suas diversas constatações e lógicas possíveis frente as mais diferentes reproduções culturais existentes.

Segundo De Lucas (1998, p. 22) se apresenta um contexto amplo na sociedade multicultural à presença dos multivariados códigos culturais da qual se atribuem características linguísticas, comportamentais, religiosas, e ético-morais.

Para ainda obter-se uma melhor compreensão não se pode olhar a identidade do gênero como algo engessado as lógicas conceituais ou padronizada pelo patriarcado, pois são também indivíduos singulares constituídos de múltiplos campos subjetivos ao mesmo tempo em que é único e diferenciado, então somente ao se entender essa essência é possível para com o pesquisado compreender sua história e de seus espaços ocupados frente à construção de seus saberes, costumes e papéis na sociedade em que se inserem, considerando de maneira cuidadosa as especificidades que cada grupo carrega de forma coletiva e individual:

> [...] grupos de mulheres indígenas e grupos de mulheres negras, por exemplo, possuem demandas específicas que, essencialmente, não podem ser tratadas, exclusivamente, sob a rubrica da questão de gênero se esta não levar em conta as especificidades que definem o ser mulher neste e naquele caso. Essas óticas particulares vêm exigindo, paulatinamente, práticas igualmente diversas que ampliem a concepção e o protagonismo feminista na sociedade brasileira, salvaguardando as especificidades. (Carneiro, 2003, p. 119)

Compreender que a figura das mulheres indígenas sem a participação nas maneiras organizacionais de sua comunidade é insuficiente e necessário reconhecer a importância e acompanhar a evolução de seus múltiplos processos entre os mais vastos conhecimentos e práticas até a conquista de novos espaços como também sua participação como signo guardião de determinados valores ancestrais. As mulheres

contemporâneas sejam elas ocidentais ou orientais vem paulatinamente buscando a validação de sua dignidade humana em meio a movimentos feministas ou pró-direitos iguais.

O combate à violência também vem se construindo como pauta pelas mulheres indígenas em seu cotidiano, procurando resistir a aspectos de violência, objetificação e a subjugação social-econômica realidade referentes ao machismo, que transcende as fronteiras de espaço/tempo como em suas próprias culturas advindos de um "patriarcado ancestral" que já as subjugavam sobre a objetificação de seus corpos e identidades (GARGALLO, 2014, p. 82, 83).

Frente à subjugação político-social e o machismo a depoente Kaingang *D.P* de Benjamin Constant do Sul discorre: *[...] As dificuldades nas nossas comunidades? : Creio que a inserção da mulher dentro do conjunto da liderança que, elas não são muito vistas junto com os homens, dando a sua opinião e falando sobre o que é bom pra aldeia. Como você vê essa questão do machismo nas aldeias? : Acho que, ela é muito forte por que dentro da aldeia não a uma participação das mulheres, na liderança da comunidade e por muitas vezes os homens veem suas mulheres como objetos, que eles apenas têm para a sua vontade, e usar quando é preciso [...]*

A pauta sobre o chamado "empoderamento feminino" pode se tornar classista quando de forma excludente não se busca reconhecer a existência de luta dessas mulheres e de sua identidade como algo a ser protegido e valorizado fortalecendo ou criando a importância da sororidade para se tornar mais uma estratégia de mercado ou resposta apenas para determinado grupo, tais fatos ignorados invisibilizam a questão transitória entre as duas sociedades e que por esse fatores estão à mercê de ambos os fenômenos patriarcais, machistas ou sexistas que podem provir de uma sociedade urbanizada como contribuintes para a perda da identidade nativa sobre fatores de aculturação e deculturação dos povos originários.

Diante do exposto se sabe que as mulheres indígenas possuem desvantagem ao transitar entre dois sistemas diferentes sociais, dificuldades quanto à garantia de seus direitos violados pelas violências ambas as realidades societárias.

Sendo assim esses fatores patriarcais e/ou machistas ultrapassam as linhas fronteiriças da cultura nativa e de seu aspecto identitário criando fatores e vínculos que façam as condições sociais hegemônicas atingir também as mulheres indígenas considerando as varias relações entre as classes sociais e culturais frente às necessidades sejam elas econômicas, educacionais ou de acesso a direitos básicos como saúde e proteção da integridade física entre outras.

Segundo Nogueira (2001) as compressões de mundo e de seus aspectos de *ser* e *ter* se alinham ao tempo histórico e cultural, partindo disso a teoria do construcionismo social se dará por tempo e espaço e como as relações se produzem e reproduzem na formação do individuo; sendo assim a compreensão de masculino/feminino como também suas obrigações e fazeres entre a ética e a moral se moldam a partir de conceitos e compreensões que as inserem de formas diferentes a cada tempo histórico.

É necessário também inquirir a reflexão que essas compreensões juntos as formações societárias para a subjugação do gênero partem também de um interesse maior de domínio e controle, instaurado por ideários patriarcais, sexistas ou machistas que delimitam o que é gênero e o que deve representar o gênero, muitas das mazelas e violências atuais qual o gênero feminino está exposto advém como resultado da história e onde ela se inicia e como se insere ainda na contemporaneidade social.

Ao pensar que tais questões estão ligadas a uma estrutura vigente que delimita e as fazem dependentes percebemos que existe um interesse em subjugar seja ela em esferas econômicas ou sócio-políticas. Assim o gênero parte de uma elaboração das relações sociais de quem detêm os interesses de domínio, moldam-se como resultados de escolhas, mas não são diretamente próprias, ou seja, não parte de uma escolha ou um reconhecimento livre em si na construção do individuo.

Logo as questões de gênero não se devem tratar a partir de compressões totalitárias ou reduzidas a um único entendimento, pois não se pode haver uma compressão exclusiva frente às diversas realidades que suas características se inserem, reproduzem ou se forjam.

Diante disso vem reconhecendo-se por movimentos sejam esses feministas ou de lideranças femininas, novas pautas e condições que ampliem a concepção do gênero e tudo que ele representa em meio

de suas particularidades e especificidades.

Concomitante a isso as questões de gênero nas comunidades nativas também se darão por meio dos aspectos históricos e/ou nas construções de suas relações sociais, religiosas, econômicas e hierárquicas sejam de forma livre ou interferida ao passo que devido às diversas maneiras de colonização já impostas sobre esses povos resultarão na formação do entendimento e da materialização física e expressiva do gênero aculturados ou deculturados, mas sempre de alguma forma colonizados.

Isso aplica em exemplo na percepção do gênero e de suas identidades afetivas e racionais quanto a espaços geográficos territoriais, uma vez que ocupados por fazendeiros ou latifundiários na referida luta de terras (que as comunidades nativas vêm paulatinamente enfrentando), as mulheres indígenas perdem contato importante daquilo que para elas é parte de sua formação identitária, a terra representa para essas mulheres a força feminina em seus costumes e rituais que são intrínsecos e ligados a todo seu entorno natural, esse exemplo serve para mostrar como a perda dessa identidade será responsável pela formação de outra compreensão de suas práticas e do pertencimento que corresponde a esse gênero de modo não natural, porém forçado e é exatamente essa interferência na autonomia de escolha e de seus direitos que as adaptações ao espaço/tempo se constroem sobre as perspectivas das relações de violência mantidas pelo poder de quem incessantemente as colonizam.

3 A IMPORTÂNCIA DAS MULHERES INDÍGENAS NAS LUTAS PELA PRESERVAÇÃO DE SUA IDENTIDADE E CULTURA

O protagonismo feminista que surge sobre a valorização e igualdade do *ser* feminino vem se despertando também entre as comunidades nativas novas óticas que ampliem sua visibilidade e efetividade de proteção seja nos aspectos físicos e/ou nos âmbitos jurídicos de seus direitos fundamentais.

Em muitas comunidades nativas distribuídas em território brasileiro já se vem construindo paulatinamente lideranças feministas e encontros de mulheres indígenas para preservação de suas práticas igualmente diversas como também para promoção conjunta de seus direitos, luta que se amplia na concepção de acessos a novos espaços e igualdades de fala, bem como salvaguardando sua representatividade legitimada por suas características culturais particulares.

As mulheres kaingangs dos municípios de Constantina (RS), Charrua (RS), Benjamin Constant do Sul (RS) e Ronda Alta (RS) ainda não possuem liderança feminina político-social, mas em sua maioria acham importante o surgimento em suas comunidades: *[...] A liderança feminina seria algo muito importante né, só que no momento não temos, é só os homens que lideram nossas comunidades. Em nossa história nós estamos lutando por aquela terra no passado é uma mulher (anciã) que tem histórico daquela região (das terras) é por causa dela, do nome dela e do sobrenome que a gente está reivindicando aquelas terras o nome dela é Martina Lopez, sua mãe morou naquele lugar e ela cresceu lá então ela conhece todos que moravam lá e ele tem todo o histórico [...] (depoente S. L).*

As lideranças femininas têm papéis importantes para luta contra a violência e para denúncia dessas situações. Ao questionar uma das depoentes relatou: [...] "*Sim, eu já sofri todas as formas de violência, e conheço outras mulheres que já sofreram também. Acho que é um pouco do machismo*" [...]

A depoente *L.V* relata haver violência e questões atreladas ao machismo e explica como funciona nas comunidades indígenas quando há casos de agressão e a oportunização de uma segunda chance à figura masculina antes de buscar as leis que as protejam: [...] *Sim, antes no passado a gente via muito, mas maioria não sabia né, o direito das mulheres indígenas, hoje ela está sendo protegida pela da Lei da Maria da Penha e agora as lideranças estão dentro dessa lei conversando com os indígenas que não pode mais acontecer isso então eles também estão obedecendo a essa lei para que não aconteça o que acontecia atrás e que não quer que aconteça mais e se acontecer vai direto para lei de fora, agora as mulheres estão mais seguras quando acontecem essas violências eles conversar ali na reserva (e tem o castigo do homem) a primeira vez eles perdoam, mas se houver uma segunda vez eles já vão para a lei de fora* [...] *(depoimento L.V).*

Sobre discriminação em espaços urbanos relata: [...] *Existe o preconceito em vários lugares, e por onde a gente anda temos procurado vencer esse tipo preconceito, tentando se igualar a todos* [...]. Quando questionada sobre o que significava ser mulher indígena a depoente *S.L* em seus olhos demonstrava emoção em dizer: [...] *Ser mulher indígena é uma honra para mim, eu tenho honra de ser indígena, por isso eu honro a minha identidade aonde eu vou. Eu posso me vestir como qualquer pessoa branca como a gente diz, não indígena, mas minha identidade eu preservo.* [...].

Para a depoente *P.B* o ser mulher indígena é um grande desafio: [...] *Hoje é um desafio muito grande e que a gente tem que esperar, em vários aspectos, por que a mulher Kaingang principalmente aos olhos do homem era só ficar em casa cuidando dos filhos. A questão do machismo nas aldeias ainda tem bastante, muito, tipo as nossas comunidades tem líder o cacique e (outros homens) não aceitam a opinião das mulheres e isso que é bem difícil isso ainda hoje, muitos não aceitam, a uma resistência muito grande frente a isso, mesmo os homens querendo ser machistas dizendo que a opinião das mulheres não conta, há muitas mulheres que tem uma visão mais ampla e uma grande inteligência* [...] *(depoimento P.B)* Segundo a depoente *S.L* em sua visão as mulheres indígenas [...] *se tornam independentes quando a gente vê que também somos capazes de fazer as mesmas coisas que homens fazem, ou que qualquer outra pessoa faz né porque a gente tem as mesmas capacidades* [...].

Para a depoente *L.V* a independência da mulher se constrói com dificuldades: [...] *As dificuldades foram brigar com os pais para entra em uma escola e dar continuidade nos estudos porque a gente vem de família tradicional onde o pai queria que a gente estuda-se até um ponto e depois ficasse cuidando da família e tivesse uma família e que fosse ficar ali, somente ali, mas hoje a gente se levantou e está à frente, na luta* [...]

A subjugação de suas escolhas surge também na esfera matrimonial, que limita a algumas delas o direito de escolha, a depoente *L.F* relata que: *A minha mãe escolheu para mim o meu esposo por que ela achou que o marido que ela estava escolhendo para mim era o ideal, porque ele era mais velho e ia saber como seria uma família depois de casado,* [...] *aos 16 anos e ainda estou com ele* [...]

A depoente indígena *D.P* discente do 4° período do curso de Administração fala sobre o machismo nas comunidades: [...]"*acho que é muito forte porque dentro da aldeia não há uma participação das mulheres na liderança da comunidade e por muitas vezes os homens veem suas mulheres como objetos, que eles apenas tem para sua vontade de uso quando é preciso*"[...]

Para se entender e formular novas ideias no que se refere à mulher indígena atual dentro de sua própria cultura ou imersa em outras se torna necessário nos desfazermos de quaisquer gatilhos ideológicos comuns já construídos sobre as compreensões e vínculos de interesse.

3.1 CULTURA LABORAL CONTEMPORÂNEA

Poucas entre as mulheres indígenas entrevistadas tinham algum conhecimento sobre os próprios direitos indígenas. Elas têm consciência da existência, mas não o suficiente para dizer quais, em exemplo durante alguns períodos comemorativos como a Páscoa, a cidade de Erechim/RS recebe muitas famílias Kaingangs que vem para produzir e vender seu artesanato, prática intrínseca e comum da cultura dos povos kaingangs.

Em nível de compreensão sobre os processos colonizadores históricos e ainda os presentes (em novas formas), as perdas territoriais dos povos Kaingang forjaram a necessidade de novos métodos para sobrevivência dessas mulheres, já que a perda de territorialização resultava nas diversas espoliações dos recursos ambientais e que impede naturalmente sua subsistência que viria a partir, por exemplo, da produção agrícola, surgindo então à necessidade que a produção artesanal passe-se a ser também uma alternativa econômica ao mesmo passo que se firmava como prática cultural.

A comercialização de artesanatos das comunidades citadas surge como parte indissociável de pertencimento e dos conjuntos socioculturais, uma vez que sua vivência e compreensão de cultura transcendem interesses mercantilistas e econômicos de ascensão, mas se atrela as práticas de vivências e identidades dessas mulheres.

Outro fator a se pensar é a mobilidade, a qual se fundamenta a prática de venda de artesanato como também a manutenção cultural e trocas interétnicas culturais que se promovem.

O desrespeito por essas práticas pertencentes à identidade cultural das mulheres Kaingangs, foi observado em relatos das depoentes qual versavam enfrentar hostilização e dificuldades por parte da sociedade local (Erechim/RS) junto à pressão por meio de órgãos municipais e, demonstravam insegurança sobre a situação que vivenciavam, sem perspectivas positivas de comercialização e produção de seus artesanatos: a depoente *R.D* relata: [...] *Nós estamos aqui provisoriamente, vendendo nossos artesanatos, enaltecendo a nossa cultura indígena [...] e que a prefeitura quer expulsar nós daqui. Nós não concordamos porque nós estamos trabalhando, e queri*amos ajuda da prefeitura [...].

Outra depoente *N. M* relata sentir preconceito *[...] Aqui sim da parte da prefeitura, é aqui ao redor os vizinhos também eles, eles reclamam né [...]* ao serem inquiridas pelo conhecimento de leis que legitimam e protege o curso livre da comercialização de seus artesanatos relataram não conhecer nada sobre leis ou seus direito nem o que os favoreça somente o órgão governamental *[...] tem a FUNAI, que é o responsável pelos indígenas* [...] sobre seus direitos: *Não*.

Concomitante a isso abrimos espaço para a reflexão a falta de conhecimento desses povos aos amparos que lei oferece as comunidades nativas de preservação de suas práticas culturais que ajudaria a legitimar a garantia de seus direitos frente a situações como acima expostas. Entende-se que não se pode tratar o artesanato somente como uma perspectiva econômica, mas também uma maneira de expressão e manutenção cultural das mulheres Kaingangs, e que romper na inserção da diversidade e pluralidade com essas práticas as marginalizam rompendo com sua identidade e subjetividade cultural.

3.2 AS MULHERES KAINGANGS E A TERRA

A terra para os povos nativos não possui somente valores de subsistência, habitabilidade e/ou alimentação, mas também um valor sagrado que representa a força da mãe natureza e seu período gestacional que origina todo nascimento e forma de vida e de suas culturas.

Sem o direito a elas os povos nativos não conseguem exercer nem sua sobrevivência muito menos suas práticas culturais e preservar seus saberes ancestrais, a depoente *P.B* cita a importância simbólica e cultural da Terra para os Kaingangs [...] *A terra tem uma ligação muito forte com nós, tem uma (crença) prática que quando uma criança nasce e o umbigo cai à mãe enterra o umbigo dessa criança e quando a gente morre tem que ser enterrado no mesmo local que o umbigo foi enterrado, então essas expulsão das comunidades não permite você ser enterrado no mesmo local. Então você ser enterrado longe do seu umbigo para nós é uma vergonha* [...]

Percebe-se que a perda territorial afeta diretamente os conceitos éticos e culturais desses povos por representar grande importância de consideração, respeito e dignidade para com sua ancestralidade, relacionada também aos sentimentos familiares de pertencimento que em sua ausência por forças maiores de impedimento pode somatizar a problemas como patologias psiquiátricas, sendo assim é imprescindível à preservação cultural e física na proteção a terra e dos recursos naturais ligados intrinsicamente aos seus costumes e tradições.

As perdas de terra advêm pelos avanços exploratórios dos recursos naturais como: desmatamento e apropriação de terra para bovinocultura ou produções ligadas ao agronegócio, em alguns casos a especulação imobiliária também tem sido um fator determinante para a perda de terras.

Sobre o assunto Wenczenovicz acentua:

> Debido a la explotación colonial, los indios perdieron sus referencias materiales/estructural-tierras, fuente de su supervivencia e inmateriales - aspectos artísticos, lingüísticos y religiosos. La suma de estos elementos indica la llegada de la pobreza y llevó al deterioro de su condición de vida, colocándolos en una condición de exclusión y marginación social. En algunos países, como Brasil, el Estado demarco las tierras indígenas en todo el territorio nacional, en un intento de garantizar

> la subsistencia. Sin embargo, en muchos casos, el tamaño de la reserva (tierras indí- genas) no es suficiente para albergar a todas las comunidades nativas con dignidad. Además, hay Estados que encontraron dificultades estructurales y financieras para llevar a cabo las demandas con precisión (Wenczenovicz, p.26/27. 2017)

Nessas regiões é comum encontrar áreas pequenas e fragmentadas destinadas e/ou ocupadas pelos povos nativos e não demarcadas, o que abre caminho para tensões entre ruralistas. No município de Constantina (RS) se verifica em depoimento situação similar: *[...] No momento nos estamos no acampamento, nós estamos em luta, para conseguir de volta a terra que foi dos nossos antepassados. Essa luta teve inicio conforme nosso cacique teve inicio no ano de 2004 desde então nós estamos lutando. Tivemos muitos prejuízos com perdas de bens materiais, muitas famílias tiveram que deixar os lugares onde eles moravam, casa e bens materiais, eles estão lutando pela demarcação dessas terras, nós estamos em luta [...] (depoimento S.L)*

Em outro trecho dos depoimentos percebe-se que sem a garantia de terra e sua demarcação fragilizam-se aspectos básicos de subsistência. A depoente *S.L* quando questionada sobre a forma de renda atual relata que devido às lutas por territórios ficam a mercê de ações assistencialistas como intervenções e doações dos órgãos competentes a temática, logo se põe em riscos direitos fundamentais e básicos para as condições de dignidade humana: *[...] Nesse momento como estamos em luta para demarcação de nossas terras, ficamos dependendo de ajuda de algumas entidades que nos ajude, a gente é ajudado pela FUNAI e alguns órgãos do município ou do Estado [...] (depoimento S.L)*

A Constituição Federal em 1988 inseriu entre do Estado e os povos nativos um novo capítulo em suas relações, modificando a compreensão assimilacionista que permeava anteriormente a legislação brasileira sobre os direitos fundamentais da sobrevivência física e cultural a fim de assegurar seus usos e costumes, independente do espaço/tempo em que se encontram.

Ao passo que os povos nativos fossem legitimados em seus direitos e respeitados sob a ótica da diversidade cultural e sua pluralidade étnica, a luta pela preservação da cultura dos povos nativos estaria atrelada a garantia de suas Terras e construção organizacional social. Para entender o direito a terra e a preservação de sua cultura por meio da territorialização aborda-se a conceituação, proteção da terra e a sua ocupação como direito vigente na proteção constitucional.

Sendo assim na Constituição Federal (1988) descreve no parágrafo 1º do artigo 231:

> "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições." (BRASIL, 1988)

Ainda prevê a partir de requisitos técnicos e legais que as Terras Indígenas:

> (...) incluem-se dentre os bens da União (art. 20, XI); (...) são destinadas à posse permanente por parte dos índios (art. 231, § 2); (...) são nulos e extintos todos os atos jurídicos que afetem essa posse, salvo relevante interesse público da União (art. 231, § 6); (...) apenas os índios podem usufruir das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2); (...) o aproveitamento dos seus recursos hídricos, aí incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, só pode ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra (art. 231, § 3, art. 49, XVI);
> (...) é necessária lei ordinária que fixe as condições específicas para exploração mineral e de recursos hídricos nas Terras Indígenas (art. 176, § 1); (...) as Terras Indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas é imprescritível (art. 231, § 4); (...) é vedado remover os índios de suas terras, salvo casos excepcionais e temporários (art. 231, § 5). (BRASIL, 1988)

Entre os preceitos constitucionais se assegurou aos povos nativos permanecerem e serem reconhecidos como uma importante organização social a serem preservados seus costumes, línguas, tradições entre outras questões cabíveis somente à sociedade nativa e a União como reza o caput do artigo 231 da Constituição:

> "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-

las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." (BRASIL, 1988)

Para a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) as terras indígenas são assim descritas: "é uma porção do território nacional, de propriedades da União, habitado por um ou mais povos indígenas, utilizada para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação de recursos naturais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos costumes e tradições."

O fato é que a terra faz parte intrínseca do *ser* indígena como bem sagrado e se configura em parte fundamental para reprodução física e cultural de questões ligada as suas tradições bem como citados na produção de artesanato pelas mulheres kaingangs. A Organização das Nações Unidas mostra mecanismos de proteção que possuem reconhecimento e aplicação da preservação aos povos nativos frente aos seus direitos.

Sobre isso, Anaya dispõe:

> El sistema internacional contemporáneo reconoce abiertamente ahora que es un imperativo de derechos humanos el dar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas. [...]. Sea como sea, lo cierto es que puede hablarse ahora de un régimen de derechos indígenas dentro del derecho internacional de los derechos humanos; un régimen todavía en desarrollo y que, en cierta medida, beneficia a los pueblos indígenas. (ANAYA, 2004, p. 30).

A terra também configura a manifestação e desenvolvimento cultural tendo em vista a preservação frente aos possíveis processos de aculturação e deculturação que a perda da terra os submete e que viola a dimensão dos seus direitos humanos.

Segundo Baez e Cassel (2011) os direitos humanos são universais e representam o limite das ações mínimas no que se refere à valorização e proteção básica da dignidade humana, ou seja, está morfologicamente ligada à proteção básica da dimensão da dignidade humana, não se reduzem a aspectos legais ou morais, é causa necessária para proteção da dignidade humana. Portanto, compreendem-se as terras para habitabilidade e manutenção de sua cultura como direitos fundamentais desses povos que figura a produção de subsistência laboral e cultural.

4 MULHERES KAINGANGS: AÇÃO DE PESQUISA

A pesquisa centra-se no regaste cultural, identitário e memória do gênero feminino indígena, "*in loco*" as comunidades kaingangs.

Os novos processos das relações sociais desenvolvidos aos avanços globalizados e tecnológicos como: comunicação, consumo e *status quo* que se alinham à liquidez de todas essas narrativas vem contribuindo de modo cônscio e/ou inconsciente sobre os aspectos memória-culturais e subjetivos das comunidades nativas, a expansão dessas novas afirmativas e formas de colonização por meio da indução do pensamento e dos desejos *ser* e *ter* as subjetividades ligadas às práticas e saberes culturais e a memória local advindos da ancestralidade dessas relações vem perdendo espaço e adotando uma nova imagem e aspectos subjugados a essas novas relações e compreensões de história e espaço sem pautar os interesses de quem e a que se relacionam tais mudanças.

Manifestações culturais e saberes populares vão se padronizando e perdendo uma referência importante e signo da trajetória evolucionista do ser humano. Concomitantes a essas diversas situações, a mulher indígena e seu papel na sociedade se constituem entre a invisibilidade e permanecem vulneráveis a diversas situações que transitam entre suas realidades comunidade nativas e sociedade ocidentais, e que em ambas se repercute sinais de violências diversas que vão à contra mão da Dignidade Humana e a luta pela efetividade de seus direitos.

A pesquisa realizou por meio de coletas de dados e informações de mulheres das comunidades indígenas dos municípios Constantina (RS), Charrua (RS), Ronda Alta (RS) e Benjamim Constant do Sul (RS) estabelecendo na cidade de Erechim (RS) ponte para as entrevistas, depoimentos e os municípios que

fazem parte do Corede Norte (Conselho Regional de Desenvolvimento) junto aos outros 23 Conselhos Regionais de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul.

Para a coleta dos depoimentos foi utilizado o procedimento metodológico de História Oral temática introduzido no Brasil na década de 1970 criando o Programa de História Oral do CPDOC. Por volta de 1990 essa metodologia ganhou força expandindo-se com a criação de algumas associações: a Associação Brasileira de História Oral (1994) e Associação Internacional de História Oral (1996).

Os depoimentos são coletados por meio de gravações de áudio, o que oportuniza o resgate da memória e aspectos identitário de pensamentos em diferentes épocas e sociedades culturais por meio dos relatos pessoais que oportunizam não somente voz a esses indivíduos qual a pesquisa se debruça, mas também um momento de escuta a essas vozes.

A oportunidade de fala e de serem ouvidas proporciona ao estudo por parte das depoentes confiança para que de maneira livre possam se expressar frente aos seus variados anseios e traçar relato de seus *modus operandi* para resgate de suas vivências, memórias e subjetividades registrando-as para que essas se façam presentes no contexto de modo atemporal.

Em nossos registros: dados dos depoentes e gráficos do questionário[4]

Tabela 1:

NOME	ETNIA	GÊNERO	LÍNGUA OFICIAL	MUNICÍPIO	ESCOLARIDADE	IDADE	ESTADO CIVIL	POSSUI FILHOS
Daniele Pinto	Kaingang	FEM.	Kaingang	Benjamin Constant do Sul	E. S. I	18 a 28	SOLTEIRA	Não -
Adilse Aires de Paula	Kaingang	FEM.	Kaingang	Benjamin Constant do Sul	E. F. C	43 a 60	CASADA	Sim -
Rosimari Dias	Kaingang	FEM.	Kaingang	Ronda Alta	E. F. C	43 a 60	CASADA	Sim -
Carmen Claudina	Kaingang	FEM.	Kaingang	Ronda Alta	E. F. C	43 a 60	CASADA	Sim -
Lídia Farina	Kaingang	FEM	Kaingang	Ronda Alta	E.S. I	28 a 38	CASADA	Sim - 02
Lucimara Vaz	Kaingang	FEM	Kaingang	Ronda Alta	E.S. I	18 a 28	SOLTEIRA	Sim - 02
Neusa Matias	Kaingang	FEM.	Kaingang	Ronda Alta	E.S. I	28 a 38	CASADA	Sim -
Keila Lopes	Kaingang	FEM	Kaingang	Constantina	E.S. I	28 a 38	SOLTEIRA	Não -
Silmeia Lopes	Kaingang	FEM	Kaingang	Constantina	E.S. I	28 a 38	CASADA	Sim -
Priscila Braga	Kaingang	FEM.	Kaingang	Charrua	E.S. I	28 a 38	SOLTEIRA	Sim - 02

5 CONCLUSÕES

Com aporte na análise durante o processo de pesquisa com mulheres nativas (indígenas) se possibilitou olhares investigativos e observatórios sobre a temática e a convivência exercida para melhor compreensão do que se refere ao gênero e o papel da mulher indígena em suas comunidades e/ou para a sociedade como partícipe de um todo. Fez-se perceptível durante os diálogos à significância da ocasião, que a elas lhe conferia voz e atenção de suas falas e causas.

A pesquisa centrou-se no resgate e na valorização dos saberes e da identidade das mulheres nativas kaingangs por meio de suas próprias narrativas e memórias a fim de que tais experiências não se percam entre as mudanças e transformações decorrentes de avanços histórico-capitais.

Em seus cotidianos as mulheres indígenas possuem seus próprios valores, subjetividades, receios

4 Fonte: Nossa pesquisa. 10 entrevistados

e sentimentos que transcendem o estado físico-corporal e que difere de uma para outra, o que demanda compreensão e análise de cada indivíduo de forma que valorize e respeite suas próprias percepções dos contextos que as cercam indicando não somente o olhar de quem pesquisa, mas a busca por suas próprias compreensões e vozes.No processo de transformação interna de organização social destes grupos, assim como em sua cultura, em suas relações, estruturas de poder, questões de gênero, há pontos que se assemelham e que divergem entre si, provavelmente relacionados a uma multiplicidade de fatores, os quais podemos supor, como a questão do grau e qualidade do contato que cada etnia possui com a sociedade não indígena, o grau de preservação cultural, a questão da posse da terra, entre outros.

Com essa compreensão a pesquisa também possibilitou a difusão da temática em outros espaços sociais e culturais para fomento e reconhecimento de sua diversidade e pluralidade de ideias, saberes e práticas ligadas as suas relações sociais ou individuais que expressam em si forma e folego de vida.

É mais do que imprescindível considerar a mulher indígena como parte importante da sociedade e membro ativo e participante da construção histórico-social. Oportunizar espaços e lugares que as reconheçam não só enquanto gênero, mas como uma ideia, um signo de emancipação e resistência frente às desigualdades de classe que as subjugam, em sistemas patriarcais e ultraliberais propagadores de uma ótica individualista e mercantilista que segregam por não ver valor e/ou lucro no gênero ou população étnica a não ser por meio da exploração.

Consideramos - frente às limitações - que a pesquisa alcançou dentro das propostas de reflexão do universo feminino do *ser* indígena por meio dos multiversos e fluxos transitórios, os quais os permeiam e também como se relacionam em meio a tantos processos de violência e subjugação por movimentos machistas, sexistas e desiguais.

Não possuímos a pretensão de acreditar que elucidamos o entendimento sobre o gênero feminino nas mulheres indígenas do Brasil, nem as suas questões de pertencimento e reconhecimento como tal, mas acreditamos que mais um ponto de luz foi possibilitado por meio dos depoimentos, esses doados ao Centro de Estudos e Acervo Histórico do município de Erechim (RS) para que outras pesquisas possam continuar, e que muitas outras vozes sejam representadas para um caminho de resistência das culturas e tradições das mulheres indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, C. **Teoria pós-colonial, uma abordagem sintética**. Revista de Comunicação e Linguagens – Tendências da Cultura Contemporânea, Lisboa: Relógio d'Água, 2000.

ANAYA, S. J. **Los pueblos indígenas em el derecho internacional**. Traducción Luis Rodrigues-Piñero Royo, Pablo Gutierrez Veja y Bartolomé Clavero. New York: Trota, 2005.

BAEZ, N. L. X, CASSEL, D. (ORG) **A realização e a proteção Internacional dos direitos humanos fundamentais - Desafios do século XXI**. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.

BERNADES, A. G.; HOENISCH, J. C. D. **Subjetividades e identidades: possibilidades de interlocução da Psicologia com os estudos culturais**. In: GUARESCHI, N. M.

DUSSEL, E. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. _____. **Filosofía de la Liberación desde la praxis de los oprimidos**. In: _____ (Org.). Libertação Liberación. Revista de Filosofía, Campo Grande: Cefil, ano 2, n. 1, p. 33-49, 1991. Série Direitos Fundamentais Civis 21 Pueblos indígenas: reflexiones contemporáneas desde Brasil. _____. **1492: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidad**. Madrid: Nueva Utopia, 1992. Conferências de Frankfurt e Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão. Traducción George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** Org. e trad. de Roberto Rocha. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Grall. 1998.

GARGALLO, F. **Feminismos desde Abya Yala: ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos em nuestra América**. Cidade do México: Editorial Corde y Confección. 2014. 271p.

MEYER, D.E. (2003). **Gênero e Educação: teoria e política**. Em LOURO, G. L.,

NECKEL, J. F, GOELLENER, S.V. (Org.). **Corpo Gênero e Sexualidade**. (pp. 09-27). Petrópolis: Editora: Vozes, 2003.

NOGUEIRA, C. (2001). **Feminismo e Discurso do Gênero na Psicologia Social**. In: Psicologia & Sociedade. Vol. 13, n.1: 107-128; jan./jun. São Paulo: ABRAPSO.

QUIJANO, A. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, E. (ORG.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

_____. **Colonialidade do Poder e Classificação Social**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa, MENESES, Maria de Paula (Orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2009

SANTOS, B. S. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Introdução: para ampliar o cânone

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BALLESTRIN, L. O Giro Decolonial e a América Latina. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 36. 2012. Águas de Lindóia. Anais... Águas de Lindóia, 2012. Disponível em: <http://portal. anpocs.org/portal> Acesso em: 20/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 48. Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15261 Acesso em 20/03/2018

Dalmolin, A. F. Silva. I. P. Wenczenovicz T. J. - **Identidade E Gênero: A Tutela dos Direitos Humanos/Fundamentais Da Mulher e o Discurso da Igualdade**. Disponível em:http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Livro_2_Spring_2017.pdf Acesso em: 18 de abril de 2018

ONU. ASSEMBLEIA GERAL DAS NACOES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1 Acessado em 20/03/2018.

Wenczenovicz T. J, **Pueblos indígenas: reflexiones contemporáneas desde Brasil**. Série Direitos Fundamentais Civis 27 Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/pueblos_indigenas.pdf> Acesso em: 22 de abril de 2018.

PERSPECTIVAS DECOLONIAIS SOBRE A EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS[1]

MOREIRA, Messias Da Silva[2]

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina[3]

RESUMO: O presente trabalho tem o escopo proporcionar um ambiente dialógico sobre educação e dos Direitos Humanos a partir de um prisma decolonizador, com o apoio teórico das Epistemologias do Sul, colocando em prática a Ecologia de Saberes existentes nestes *locus de enunciação*. O estudo buscou o amparo da legislação voltada para a educação em Direitos Humanos, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, para corroborar com uma educação orientada por uma pedagogia decolonial, ou seja, uma pedagogia polissêmica que utilize da riqueza cultural da sociedade brasileira, como apoio direto ao ensino e a aprendizagem, dando sentido aos conteúdos do currículo escolar, ensejando aos professores/as e alunos/as vivenciarem o cotidiano da comunidade onde estão inseridos a partir do âmbito escolar. Dessa forma, valorizando os saberes construídos nessas comunidades, empoderando os atores sociais que tem significados históricos e culturais para o seu povo, possibilitando a autoidentificação e, consequentemente, criando a autodeterminação como sujeitos participantes da construção da sociedade a qual está inserida, isto é, uma resistência a partir da educação, que rompe com o sistema educacional estabelecido em referências construídas no hemisfério norte. Esta reflexão teórica é uma proposta de ruptura com a reprodução epistêmica do poder hegemônico que mantém o povo subalterno sob a égide do saber eurocêntrico, cristão, branco, patriarcal, masculino e heterossexual, concebido, portanto, como superior na relação com o seu dito oposto, a realidade do hemisfério sul, reconhecida latina, mestiça, atrasada e inferior. Conclui-se que é necessária a prática de uma educação mais humanizadora, que valorize as diferenças e ensine a conviver com elas de forma harmoniosa, empoderando o mais fraco e sensibilizando o mais forte da relação social. A pesquisa utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo.

Palavras-chave: Decolonialismo. Educação. Epistemologias do Sul. Ecologia de Saberes. *locus* de enunciação

1 INTRODUÇÃO

No tocante a questão de legislação voltada para educação e para os Direitos Humanos, o Brasil figura para muitos países como exemplo, o que é inegável, entretanto, o panorama atual dos Direitos Fundamentais Humanos no Brasil, com base nos fatos contemporâneos e nas notícias vinculadas nas mídias, demonstra uma expressiva lacuna entre a previsão legislativa e a execução, entre a teoria e prática, demonstrando ineficiência ou má-fé por parte daqueles que seriam os responsáveis pela aplicação ou observação desses direitos. Neste mesmo sentido, na introdução no PNEDH é possível identificar a seguinte afirmação: "apesar desses avanços no plano normativo, o contexto nacional tem-se caracterizado por desigualdades e pela exclusão econômica, social, étnico-racial, cultural e ambiental, decorrente de um modelo de Estado." (PNEDH, 2007, p. 23)

Assim sendo, é de suma importância educar em e para Direitos Humanos - são direitos relacionados à vida, à liberdade e à dignidade humana que compreende diversos direitos fundamentais individuais

1 O devido estudo afilia-se ao Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS intitulado Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

2 Mestrando em Educação na UNIOESTE (campus Francisco Beltrão-PR); Bacharel em Direito pela Universidade da Cidade do Rio de Janeiro; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil com Extensão em Docência do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes-RJ; especialista em Análise do Comportamento na Educação pela UNIOESTE-PR. Email: messias.moreira@unioeste.br

3 Profª Drª Thaís Janaina Wenczenovicz, Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE, pesquisadora sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Email: <t.wencze@terra.com.br>

e coletivos, previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988 -, objetivando a promoção da defesa, o respeito, o incentivo e a valorização desses direitos. A dialética sobre os Direitos Humanos e a formação para a cidadania desde o início dos anos 1980 conquistou espaço e relevância no Brasil, a partir de estudiosos das ciências humanas e sociais, por meio de proposições da sociedade civil organizada e de ações governamentais no campo das políticas públicas, visando ao fortalecimento da democracia. O ápice da promoção aos Direitos Humanos no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada a Constituição cidadã, devido a previsão de diversas garantias e direitos fundamentais à dignidade humana, inclusive, no tocante a educação[4].

A Educação corresponde a essência de toda sociedade estabelecida em uma relação de reciprocidade junto a estrutura do Estado. É, portanto, responsável pelo esclarecimento, formação e intelectualização da sociedade, bem como, pela orientação que visa atingir os objetivos da classe política dominante, que podem ser desde a manutenção ou transformação do *status quo* social. Esse entendimento é consenso entre aqueles que possuem interesses na organização social ou na desestruturação da sociedade.

Educar é uma tarefa que não se limita a oportunizar a construção de saberes, aliar a Educação aos Direitos Humanos é atribuir, ainda mais, significação aos atos de ensino e aprendizagem. Porém, Educar em e para Direitos Humanos de forma decolonizadora é uma necessidade premente, principalmente, no que se refere a uma sociedade que sofreu um processo colonizador por séculos, que usurpou e corrompeu todo tipo de liberdade e dignidade humana, através de práticas etnocidas e epistemicidas que marcaram de forma incisiva a vida e a cultura dos povos originários das terras do hemisfério sul.

Práticas etnocidas foram sistemáticas durante as diversas colonizações, essas consistiam no extermínio de culturas e subjugação e imposição da cultura do colonizador[5]. Tal prática é largamente utilizada atualmente via colonialidade do poder no campo do saber[6] (QUIJANO, 2005). Quanto ao epistemicídio, o professor Boaventura explica que, foram praticados [...] diferentes formas de epistemicídio – desde a evangelização e a escolarização ao genocídio ou à devastação ambiental (MENESES; SANTOS, 2009, p. 235).

Neste momento de crise que a sociedade brasileira atravessa, é premente colocar em prática uma educação libertadora transmitida por pedagogias e didáticas decolonizadoras, como um movimento de resistência em face do poder político hegemônico. A realidade dos fatos é que a sociedade, há algum tempo, está sofrendo com crises que tiveram sua gênese na matriz econômica, contudo, na atualidade a crise está em toda estrutura da ordem social. Inclusive TONET ressalta,

> "[…] achamos que a educação não poderia deixar de ser profundamente afetada por essa crise estrutural. De modo que a atividade educativa se vê diante de uma encruzilhada: contribuir para a reprodução ou para a superação desta ordem social?" (2016, p. 27).

O capitalismo, pela faceta do neoliberalismo, interfere nas diversas relações sociais, mas, as que afetam de forma direta são as relações no âmbito do trabalho, e este tem uma relação intrínseca com a educação, pois através desta, a classe política dominante prepara tecnologicamente e cientificamente a mão de obra para o mercado de trabalho e mantém sob controle a classe trabalhadora (idem, p. 3), bem como, as "minorias[7]" historicamente oprimidas.

---

4 Constituição Federal do Brasil, art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, [...], visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

5 Na contemporaneidade, de forma velada e subliminar, via mídias e plataformas da web (internet), se tornando "fetiches" culturais, isto é, em uma visão marxiana, culturas como mercadorias que possuem valor atribuído e não valor real.

6 A transformação do saber e do conhecimento em algo que pode ser objeto de apropriação privada, separando dos que produzem, transportado, comprado e vendido, sujeito a formas de direito de propriedade estranhas ao contexto em que esse saber ou conhecimento foi produzido e apropriado coletivamente corresponde, de fato, a uma operação de eliminação obscurantista de saberes e de experiências, em nome da sua racionalização e da subordinação aos cânones epistemológicos associados à ciência moderna. Esse resultado pode ser obtido, assim, através de dois caminhos: o da destruição física, material, cultural e humana, e o da incorporação, cooptação ou assimilação (MENESES; SANTOS, 2009, p. 235).

7 O termo minoria é questionável, principalmente, se levar em conta o resultado da pesquisa realizada pelo Instituto da Mulher Negra –Geledés- com o amparo da pesquisa do IBGE de 2016, informa que a população parda e negra no Brasil está em 54,9% e mulheres 51,5% do total na população, o que enseja dizer que os historicamente oprimidos são maioria no Brasil. Disponível em <https://www.geledes.org.br/populacao-que-se-declara-preta-cresce-no-brasil-em-4-anos-aponta-ibge/> Acesso em 01 dez. 17.

Com o escopo de contrapor as diversas práticas da colonialidade do poder sobre o ser e o saber, faz se necessário uma educação libertária, com vistas a construção de uma sociedade igualitária e justa. Para isso, necessário se faz uma educação voltada para o empoderamento de direitos e deveres, para autoestima a partir da valorização identitária, orientada por pedagogias decoloniais, onde a/o educanda/o orientada/o pela/o professor/a, construa seu conhecimento pela dialética e *práxis*[8] dos seus direito e deveres, respeitando o direito alheio e fazendo respeitar seus direitos, transformando-se num futuro cidadão sem estigmas e preconceitos. Essa solução já está prevista, basta começar a pô-la em prática, seguindo Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e as diversas diretrizes do Conselho Nacional de Educação, que dentre outras iniciativas e objetivos preparatórios visa construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática.

2 EDUCAÇÃO SOB O PRISMA DECOLONIAL

Educar a partir de uma pedagogia decolonial como indica Walsh, que o saber pedagógico aborde e redimensione as práticas educativas na confluência a um conjunto de práticas, de estratégias e metodologias com as quais se fortalece a construção das resistências e das insurgências. Essas práticas se colocam a serviço de lutas sociais, políticas, ontológicas e epistêmicas de libertação (2013, p. 20). Assim sendo, necessário se faz quebrar alguns paradigmas, tal qual, o de que as teorias-metodológicas fundamentais que devem orientam o processo pedagógico educacional possuir origem no hemisfério norte[9]. Pois, parte da lógica que a educação decolonial tem a sua gênese na sociedade a qual ela se destina.

Para exemplificar a prática decolonial na educação, pode-se citar as questões históricas, culturais, étnico-raciais e gênero a partir do *locus* de enunciação - este último é o local onde ocorre o embricamento, a mescla de diferentes tipos de conhecimento e expressões individuais e coletivas, expressão utilizada originariamente pela escritora mexicana Gloria Anzaldúa. A epistemologia decolonial[10] é muito utilizada por diversos teóricos latinos americanos pós-colonialista/pós-ocidentalista, os decolonialistas. Para uma abordagem do currículo como narrativa étnica e racial, Silva (1999) ressalta que é necessária uma superação do pensamento curricular crítico, que aponta a dinâmica de classe como única no processo de reprodução das desigualdades sociais, buscando ampliar o debate. O autor ainda alerta para questões sobre etnia, raça e gênero, configura um novo repertório educacional significativo. Afirma que, tais questões apenas recentemente estão sendo problematizadas dentro do currículo, a partir de análises pós-estruturalistas e dos estudos culturais: "é através do vínculo entre conhecimento, identidade e poder, que os temas da raça e da etnia ganham seu lugar no território curricular" (p. 101), sendo preciso mudanças substanciais no currículo existente[11].

Neste estudo a pedagogia intercultural é apontada como decolonial, tendo como referência Catherine Walsh (2009), que denomina Interculturalidade Crítica, pois do seu ponto de vista, tendo como apoio teórico o filósofo peruano Fidel Tubino, há dois tipos de interculturalidade, a crítica e a funcional, esta última reuni

8 É práxis, que implica na ação e na reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo. (FREIRE, 2004, p.21)

9 Como bem explica Candau (2010, p. 23), a questão central num projeto de emancipação epistêmica é a coexistência de diferentes epistemes ou formas de produção de conhecimento entre intelectuais, tanto na academia, quanto nos movimentos sociais, colocando em evidência a questão da geopolítica do conhecimento. [...] entende-se geopolítica do conhecimento como a estratégia da modernidade europeia que afirmou suas teorias, seus conhecimentos e seus paradigmas como verdades universais e invisibilizou e silenciou os sujeitos que produzem conhecimentos "outros". Foi esse o processo que constituiu a modernidade que não pode ser entendida sem se tomar em conta os nexos com a herança colonial e as diferenças étnicas que o poder moderno/colonial produziu.

10 Diante da realidade subalterna dos países do hemisfério sul e da necessidade de se posicionar frente aos impositivos econômicos, científico-tecnológicos e epistêmicos, nasce um movimento contra-hegemônico, que o sociólogo Boaventura de Souza Santos intitula Epistemologias do sul, que compara a uma demanda de processos de produção e avaliação de conhecimentos científicos e empíricos validados, tão quanto à relação entre os diversos tipos de conhecimento, tais como das práticas oriundas das classes e grupos da sociedade que, historicamente foram tratados de forma discriminadora e desigual pelo colonialismo e pelo capital (SANTOS, 2011a, p. 35).

11 O repensar e reelaborar o currículo escolar não significa abandonar os conteúdos que compõem as Diretrizes Curriculares Estaduais da Educação Básica, mas sim, entrecruzar esses conteúdos com os saberes cotidianos dos/as educandos/as, aproximar a escola de suas vidas, explicar e teorizar sobre sua realidade e história para que eles/as possam questionar, compreender e refletir sobre seu mundo. (SOARES, 2010, p. 44)

diversas características da primeira, as quais serão discorridas à frente, porém o ponto de intersecção está em que a funcional não se opõe ao poder hegemônico, pois não dialoga sobre as causas da assimetria, da desigualdade social e cultural, tão pouco questiona as regras impostas, sendo assim, compatível aos interesses do modelo político neoliberal (p. 2). Já a interculturalidade crítica para Walsh, é uma ferramenta dentro de um processo ou projeto que se constrói a partir das pessoas, como um clamor da subalternidade, desta forma se contrapõe à funcional, que é determinada. Apoiar a interculturalidade crítica requer a transformação das estruturas, instituições e relações sociais, e de fornecer condições de estar, ser, pensar, conhecer, aprender, sentir e viver diferente (p. 4).

> A interculturalidade entendida criticamente ainda não existe, é algo por construir. Por isso, se entende como uma estratégia, ação e processo permanente de relação e negociação *entre,* em condições de respeito, legitimidade, simetria, equidade e igualdade. Mas ainda mais importante é seu entendimento, construção e posicionamento como projeto político, social, ético e epistêmico -saberes e conhecimentos-, que afirma a necessidade de mudança não só nas relações, mas também nas estruturas, condições e dispositivos de poder que mantém a desigualdade, inferiorização, racialização e discriminação. (Idem, ibidem)

A abordagem intercultural visa proporcionar o reconhecimento da diversidade étnico-cultural que existe na sociedade e o entendimento desta como parte do processo de construção democrática, objetiva implementar uma situação de unidade na diversidade. Para isto, expõe que além de existir uma diversidade cultural que se interrelaciona em um mesmo ambiente, como também evidencia as relações complexas de conflito, discriminação e subordinação, que tem origem na falta ou no desconhecimento da identidade étnica e cultural, materializadas na sociedade através das diferenças socioeconômicas e nas relações de poder.

A inserção desta abordagem na educação de forma pedagógica, propicia uma educação mais humanizada, pois desenvolve uma criticidade em relação ao outro/a na posição dele/a, isto é, desenvolve a alteridade, coadunando a proposta de educação em e para Direitos Humanos.

Para exemplificar o que se pretende em termos de ensino e aprendizagem, segue abaixo um planejamento de aula disponibilizado pela *Defesoria del Pueblo del Ecuador(DPE)*[12], através de um manual de implementação de educação em Direitos Humanos, intitulado "Viva meus direitos![13]"(DPE, 2016):

> Ex.: 1) **Processo de Ensino e Aprendizagem da Unidade**: Reconhecer elementos que constituem o enfoque de Direitos Humanos e sua Importância na prevenção da discriminação.
>
> a) **Oficina**: Enfoque de Direitos Humanos, Interculturalidade, mobilidade humana (processos migratórios) e incapacidades (deficiências motoras e cognitivas).
>
> **Atividades:**
>
> a.1) Desfile da Humanidade – reconhecer a diversidade que nos rodeia e as desigualdades - Reflexão sobre um conto latino americano sobre as diferenças, que supõe uma igualdade (material e imaterial) plena da humanidade;
>
> a.2) Conto africano "Ubuntu" - […] - reconhecer a importância da diversidade intercultural e das capacidades diversas;
>
> a.3) Por que migram as pessoas? - […] - reconhecer a importância das capacidades diversas e do direito de mobilidade humana, como parte integrante do enfoque dos Direitos Humanos;
>
> a.4) Ponte em meu lugar – dinâmica de grupo que visa o reconhecimento das capacidades diversas e das incapacidades. Usar materiais que simulem incapacidades como cegueira (uso de tapa olho) ou imobilidade de membros (uso cadeira de rodas); uso de vídeos sensibilizadores; (idem, p. 114-122)

12 La Defensoria del Pueblo es la Institución Nacional de Derechos Humanos en Ecuador y su función, por mandato constitucional, es la protección, tutela y defensa de los derechos de todas y todos los habitantes de Ecuador y de las y los ecuatorianos fuera del país, como Institución Nacional alineada a los Principios de París tiene también la promoción de derechos como fundamental atribución.

13 ¡Vivo mis derechos! Manual de implementación para facilitadores y facilitadoras. Disponível em <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1303/6/GM-DPE-001-2016.pdf> acesso em 23mar.18;

A prática de ensino e aprendizagem realizada no Equador é exemplificação que interculturalidade ou multiculturalidade, são consequência direta da miscigenação criada pelo processo colonizador e pelas diversas migrações.

Neste contexto, destaca-se que todo povo tem uma cultura, que é um processo histórico-social rico em conhecimento, informações e tecnologias, com origem nas mais diversas atividades ligadas ao trabalho, à espiritualidade, às artes, à alimentação e outros, que de forma empírica tiveram seus métodos validados nas experiências da vida, e estas são a base de diversos conhecimentos científicos e tecnológicos atuais, como exemplo, na agricultura o plantio de determinadas culturas está relacionado diretamente à fase lunar ou às estações climáticas. "O fundamento da ecologia dos saberes é que não há ignorância ou conhecimento universal; toda ignorância é ignorante de um certo conhecimento, e todo conhecimento é um triunfo de uma ignorância em particular" (SANTOS, 2011a, p. 35-36) *tradução dos autores*

Outro trabalho a ser citado é o realizado na Escola Estadual Marechal Rondon, situada na área da Tríplice Fronteira Internacional de Brasil, Colômbia e Peru, no município de Tabatinga/AM em que pressupõe o entrelaçamento de diferentes culturas.[14] A população que vive em área de fronteira tem a oportunidade de conviver com uma diversidade cultural de grande significado enquanto troca humana. Isso significa que crianças, jovens e adultos têm acesso a expressões artísticas, linguísticas, lúdicas, dentre outras diferentes do seu cotidiano doméstico. É a oportunidade de se aprender a conviver com costumes e modos de ser e de pensar diferentes, haja vista cada sociedade ter sua forma singular de se expressar, e que a faz da forma e do modo que melhor haja identidade.

Em uma área de fronteira, como essa área, é grande o número de "estrangeiros" nas escolas brasileiras, por isso torna-se necessário reconhecer a diversidade dos universos culturais deste coletivo educativo no âmbito das práticas cognitivas. Quando não existe tal reconhecimento, o risco do fracasso escolar e exclusão pode ser uma consequência desastrosa. Principalmente porque não são trabalhados e levados em consideração a diversidade como idioma, etnia, cor, raça, entre outros, e até mesmo, dificuldades de aprendizagem causadas por currículos diferenciados.

3 PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (PNEDH): APROXIMAÇÕES DECOLONIALISTA

O Brasil como signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos principais documentos internacionais voltados para defesa e efetivação dos Direitos Humanos, neste intento elaborou um Programa Nacional de Direitos Humanos e com o apoio da sociedade civil organizada e chancela de organizações governamentais e não governamentais, instituiu o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) oriundo do engajamento do Estado com a concretização dos Direitos Humanos, que é um movimento histórico de lutas antigas da sociedade que se mantém até o presente momento, pela efetivação da democracia, do desenvolvimento responsável e sustentável, da justiça social reparadora, inclusiva e isonômica, na busca prática cultural da paz.

Contudo, atualmente o que se depreende é uma expressiva lacuna entre a previsão legislativa e a execução, entre a teoria e prática, demonstrando ineficiência por parte dos órgãos executores, tal situação se dá pela falta de preparo, falta de recursos, preconceitos, acomodação e má vontade, resultando em omissão e/ou ações ineficazes. Neste mesmo sentido na introdução no PNEDH se destaca este trecho [...] apesar desses avanços no plano normativo, o contexto nacional tem-se caracterizado por desigualdades e pela exclusão econômica, social, étnico-racial, cultural e ambiental, decorrente de um modelo de Estado (PNEDH, 2007, p. 23)

Em uma observação mais atenta sobre o *status quo* da sociedade brasileira, fica latente uma desumanização perigosa, pois ela atinge a todas as camadas da sociedade e como discorrido ao longo deste

14 Para Candau (2006), pensar o ensino sob a ótica intercultural é pensar a respeito da diversidade e das identidades culturais de seus sujeitos. Uma ação educativa multicultural caminha em defesa de práticas pedagógicas que levem em conta a heterogeneidade e a diversidade cultural de seus alunos, trazendo as vozes dos sujeitos e suas identidades culturais para o centro do processo de ensino e aprendizagem.

texto, essa situação tem origem na lógica do capital[15] e na secular colonialidade do poder exercida sobre os países subalternos, e que apesar de ter finalidades econômicas, as consequências são em todo âmbito social. Como aduz Tonet (2016),

> Mas, as consequências não se fazem sentir apenas na área mais diretamente econômica. Elas afetam, também e poderosamente, o mundo das ideias, dos valores e das relações sociais. Diante dessa lógica perversa e poderosa do capital, o indivíduo humano se sente perdido, nulificado e completamente impotente. Exacerba-se, com isto, o individualismo, a "guerra de todos contra todos", levando a um empobrecimento e a uma brutalização crescente da vida humana. (p. 31)

O PNEDH na primeira abordagem sobre a educação básica, explica que a educação em Direitos Humanos não pode se deter-se unicamente a aprendizagem cognitiva, mas também, buscar desenvolver o social e o emocional daqueles/as que estiverem envolvidos/as no processo de ensino e aprendizagem. Para isto, a educação deve ser planejada e executada por todos/as atores da educação em interação com a comunidade onde a escola estiver inserida. (2007, p. 31)

> Nesse sentido, Edimara Santos demonstra como ocorreu na prática o que está previsto no PNEDH, como segue "A comunidade quilombola pode suscitar muitas práticas de ensino/aprendizagem, entretanto, essas práticas só serão viabilizadas a partir do olhar atento e da vivência de cada docente na relação cotidiana com a comunidade atuante. [...] A produção do material pedagógico resultante do trabalho de campo foi extremante significativa, sendo socializada e discutida com os demais participantes." (2010, p. 62)

A educação transmitida de forma decolonizadora voltada para os Direitos Humanos tem o poder de humanizar, nessa tônica a Professora Adelaide A. Dias afirma:

> As novas gerações necessitam ser educadas em e para Direitos Humanos como uma das mais eficazes medidas estruturantes de combate e erradicação a todas as formas de intolerância, de desrespeito, de discriminação contra as pessoas e de violação à condição de dignidade humana. (DIAS, 2010, p.17)

Outra demanda pautada nos debates no quesito educação e decolonialidade se refere ao conteúdo a ser abordado na escola, neste sentido Silva lembra que, a teoria do currículo enfrenta questões tais como: qual conhecimento deve ser ensinado? O que eles/as alunas/os devem ser, ou melhor, que identidades construir? Com base em quais relações de poder serão essas perguntas respondidas? (1999, p. 14) Principalmente, no que tange a quantidade e quais as áreas do conhecimento humano deverão ser contempladas pelo currículo escolar. E ainda, numa perspectiva decolonizadora, como e qual devem ser os saberes a serem transmitidos? A escola não é um objeto a par da comunidade, ela está alicerçada diretamente no seu contexto social, tem uma relação intrínseca e necessária com a mesma, ela não tem razão de existir, se não for para servir a comunidade a qual ela está inserida. Para exemplificar, Edimara Soares discorre sobre a Escola Estadual Quilombola Diogo Ramos e a comunidade quilombola João Surá, Adrianópolis, PR, Brasil. Como segue:

> […] os desafios e possibilidades apontados pelos/as docentes para construção de uma prática pedagógica que estabeleça o diálogo e a conexão entre os conhecimentos escolares e os conhecimentos da comunidade quilombola. […] o estabelecimento de uma política curricular que albergue o processo de significação da realidade concreta da comunidade Quilombola suas tecnologias e práticas cotidianas na construção do conhecimento escolar. (SOARES, 2010, p. 43)

15 Segundo a explicação de Tonet, A lógica do capital - o capital é uma relação social e não uma coisa.[...]tem sua origem na compra-e-venda da força de trabalho do produtor pelo capitalista. […] esta compra-e-venda pode assumir as mais variadas formas, implicando sempre a dominação do capital sobre o trabalho e a apropriação privada (ainda que de forma indireta) da maior parte da riqueza produzida. […] esta relação implica, necessariamente, uma relação de exploração e de dominação do capitalista sobre o trabalhador. […] a produção da desigualdade social não é um defeito, mas algo que faz parte da natureza mais essencial desta matriz geradora do capitalismo. [...] significa que é impossível construir, a partir dela, uma autêntica comunidade humana, vale dizer, humanizar o capital. [...] esta lógica, uma vez posta em movimento, adquire uma vida própria, um envolver que é sempre resultado dos atos humanos singulares e que pode assumir as mais variadas formas, mas que nenhum poder é capaz de controlar. […] significa assim, e precisamente, que é impossível impor ao capital uma outra lógica que não seja a da sua própria reprodução. […] dessa lógica do capital faz parte o fato de que há, necessariamente, uma disputa, tanto entre os próprios capitalistas, quanto entre estes e os trabalhadores. É a já velha e ainda insuperada luta de classes. (2016, p. 28-30)

Os atores internos da escola participam efetivamente na vida cultural, política e socioeconômica da comunidade a qual está integrada, entretanto, nem sempre os saberes a serem compartilhados estão destinados a essa relação social[16], ou melhor, na maioria das vezes são transmitidos conhecimentos e saberes dissociados de todo esse contexto social. Sobre esta concepção Ione Ribeiro Vale se apoia em Moreira e aponta que

> [...] a necessidade de estreitar a relação entre o "conhecimento para pensar a educação" e o "conhecimento para fazer educação", e reconhece a importância do estímulo ao diálogo entre pesquisadores da universidade e os da escola, pois é inadiável a discussão, a revisão dos conteúdos e dos métodos empregados [...]. (VALE, 2011, p. 85)

Não obstante a tudo isso, no tocante a disponibilização dos conhecimentos através do currículo, há uma inquietude constante em relação aos conteúdos acadêmicos e conteúdos não acadêmicos, estes últimos são oriundos dos saberes do magistério, que associam formação e experiência docente, "os educadores/as utilizam teorias, concepções e técnicas, de acordo com as necessidades de trabalho" (VALE, 2011, p. 77). No entanto, comumente, os conteúdos que possuem origem nas pesquisas acadêmicas são ideológicos, tem amplitudes macrossociais, em consequência devem ser adaptadas ao contexto da microssociedade (comunidade rural, urbana, de periferia, de minoria étnica e outras) a ser aplicada. Toda essa discussão não é essencialmente negativa, pois cria a possibilidade de reflexão do que realmente é importante a ser ensinado, bem como, aprendizado que se quer adquirir e objetivo que se quer alcançar com o saber transmitido. Nesse diapasão Vale explica:

> Algumas concepções estrangeiras foram utilizadas como modelo para a implementação de um sistema educacional, desigual e tecnocrático, de outra parte elas tem fundamentado um conjunto de críticas severas as políticas educacionais, estimulando a organização da resistência às investidas neoliberais e orientando a elaboração de projetos políticos e pedagógicos comprometido com a emancipação, a cidadania, a democratização, a transformação social. (idem, ibidem)

Quando se fala em educação com vistas a uma melhor condição social, A professora Marisa Vorraber Costa traz para discussão no campo do conhecimento os Estudos Culturais – este é resultante de uma movimentação teórica e política que se articulou contra as concepções elitistas e hierárquicas de cultura. (2002, p. 137), afirmando que devem fazer parte do contexto escolar, pois discutindo e examinando os pontos controversos da sociedade em geral, faz com que haja participação direta do povo nas lutas políticas, sempre com a finalidade de uma formação menos discriminadora e excludente. "Os Estudo Culturais podem participar efetivamente de uma educação mais consentânea com os problemas e dilemas do mundo em que precisamos viver e conviver." (idem, p. 136). Contudo, o que se compreende sobre essa temática é o questionamento da relação de poder e domínio impregnado no discurso que define o que é cultural, erudito ou popular, tradicional ou moderno, rural ou urbano, político social ou ideológico.

> A colonialidade do saber, através das instituições do Estado, dita as regras no campo da educação. Dessa forma, considerando o afastamento ou mesmo a ruptura com as noções elitistas, imutáveis e universalista de cultura, ou seja, com o "imperialismo do universal" torna-se possível construir pontes pedagógicas entre a cultura vivida pelas/os educandas/os e o currículo escolar. (SOARES, 2010, p. 46)

Respondendo as questões anteriores, no que se refere aos conteúdos a serem transmitidos, o Estado brasileiro promulgou o Plano Nacional de Educação (PNE) e o PNEDH que orientam quais objetivos a serem alcançados pela educação, com preocupação especial com a formação básica do educando, futuro cidadão brasileiro. Pois bem, se os objetivos a serem alcançados visam libertar, emancipar, promover a cidadania plena para culminar em uma sociedade mais democrática, a alternativa disponível no Brasil é o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos com as suas versões estaduais proclamados pelas Unidades Federativas, ou seja, há opção clara e objetiva, o que está faltando, são os atores internos da Educação aplicarem o PNEDH aos Planos Políticos Pedagógicos, aos Planos de Aulas e a didática a ser aplicada em sala de aula, por cada educador/a, como pode se observa no excerto abaixo:

16 Neste mesmo sentido Soares (2010) explica: É urgente que a escola, inserida no mesmo território da comunidade quilombola, considere as questões que envolvem a comunidade, ou seja, a comunidade não pode ser estrangeira a escola, nem tampouco, a escola manter um discurso e uma prática pedagógica que, em última análise, serve para manter seu status quo. (p. 44)

> O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos fez a previsão dos seguintes princípios para educação básica, coadunado diretamente com pedagogia decoloniais[17]: a educação em Direitos Humanos deve estruturar-se na diversidade cultural e ambiental, garantindo a cidadania, o acesso ao ensino, permanência e conclusão, a equidade (étnico[18]-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras) e a qualidade da educação; a prática escolar deve ser orientada para a educação em Direitos Humanos, assegurando o seu caráter transversal e a relação dialógica entre os diversos atores sociais. (BRASIL, 2007, p. 32)

O PNEDH orientado pela pedagogia intercultural sob o viés decolonialista é a metodologia para se alcançar um processo formativo que pressupõe o reconhecimento da pluralidade e da alteridade, condições básicas da liberdade para o exercício da crítica exercida pela dialética, que com criatividade, desencadeia o debate de ideias, visando o reconhecimento, o respeito, a promoção e a valorização da diversidade. Todavia, o próprio PNEDH alerta:

> Para que esse processo ocorra e a escola possa contribuir para a educação em Direitos Humanos, é importante garantir dignidade, igualdade de oportunidades, exercício da participação e da autonomia aos membros da comunidade escolar (BRASIL, 2007, p. 31)

Atualmente no Brasil, existe uma proposta educacional denominada Educação Quilombola que possui um viés decolonial, que está sendo colocada em prática em algumas comunidades quilombolas[19], como a de João Surá no Paraná e Conceição das Crioulas em Pernambuco, dentro de algumas limitações, devida a dependência do Estado e seus governantes neoliberais. A professora Georgina Nunes explica essa proposta:

> Esta educação que se assenta em categorias tais como oralidade, ancestralidade, memória, coletividade, trabalho, corporeidade sofre o risco de banalização quando não incidimos sobre elas um rigor teórico-metodológico que faça dois movimentos: de dialogar com as múltiplas experiências locais que tornam polissêmicos seus significados; de exigir do nosso olhar um desprendimento de convicções e modelos que, na maior parte das vezes, se constroem a partir de um conjunto de representações estereotipadas. (NUNES, 2016, p. 122)

Como se pode verificar no exemplo retromencionado existem modelos educacionais como o da educação quilombola que é a expressão do ensino e aprendizagem em e para os Direitos Humanos, é uma forma clara de humanização das relações no âmbito educacional, que fica claro o seu viés decolonizador, e melhor, não se pode considerar uma aventura pedagógica, pois há a previsão de lei que ampara tais práticas de ensino, veja Resolução nº 8/2012, que define Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Escolar Quilombola[20]; a Resolução n° 01/2012, que define as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, ambas do MEC[21]; e o próprio Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos faz uma extensa

17 Segundo Catherine Walsh, as pedagogias decoloniais podem ser concebidas como metodologias implementadas em contextos de luta, marginalização, resistência, como práticas insurgentes contrapondo a colonialidade, tornando possível liberdades de ser, estar, pensar, saber, sentir e viver-com. (2013, p. 19), ou seja, um movimento contra-hegemônico a partir, do locus de enunciação escolar.

18 Os avanços nas políticas de educação indígena são inegáveis, no entanto, há que se avançar também na construção e na ampliação de experiências que possibilitem a passagem da condição de marginalizado (tutelado) para emancipado. Não há como ser livre, enquanto persistem práticas de tutela, mesmo que formalmente tenham sido superadas e que todas as condições de sobrevivência sejam assumidas pelos próprios sujeitos. (WENCZENOVICZ, 2016, p. 105)

19 A classificação decolonial denominada à Educação Quilombola se dá a partir do entendimento que o quilombo por si só é um movimento contra-hegemônico desde a colonização propriamente dita. Como aduz Nunes, "os quilombos devem ser identificados, preponderantemente, como lugares da diversidade étnico-cultural que no antes e pós-abolição sempre acolheu e contou com diferentes grupos para compor o que se chama de resistência quilombola." (idem, ibidem)

20 Art. 2°, § 1°, inciso I e alíneas, "A Educação Escolar Quilombola na Educação Básica: organiza precipuamente o ensino ministrado nas instituições educacionais fundamentando-se, informando-se e alimentando-se: a) da memória coletiva; b) das línguas reminiscentes; c) dos marcos civilizatórios; d) das práticas culturais; e) das tecnologias e formas de produção do trabalho; f) dos acervos e repertórios orais; g) dos festejos, usos, tradições e demais elementos que conformam o patrimônio cultural das comunidades quilombolas de todo o país; h) da territorialidade."

21 Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios: I - dignidade humana; II - igualdade de direitos; III - reconhecimento e valorização das

previsão de orientações e metas que visam práticas educacionais libertadoras para quebrar de paradigmas e ampliar o discurso reducionista da educação "universal" e homogênea. Possibilitando o diálogo entre a escola e a comunidade com intuito de transpor a fronteira do campo do saber meramente acadêmico e científico, e valorizando a ecologia dos saberes produzido nas comunidades a que a escola se destina, isto é, fazendo com que as escolas deixem de ser um alienígena e se transforme em mais um ambiente integrador da comunidade e do saber heterogêneo.

O que é extremante empolgante é saber que existe a previsão legal da implantação e implementação de processos de ensino e aprendizagem esclarecedores e libertadores, bem como, programas incentivadores e ações afirmativas, dentre outros o PNEDH/2007; Plano Nacional de Educação; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; a Lei n° 11.645/2008 que torna obrigatória a inclusão de temas sobre a "História da Cultura Afro-Brasileira e Indígena" no currículo da educação básica; Lei n° 12.288/2010 "Estatuto da Igualdade Racial"; Lei Federal nº 10.098/2004 – Programa Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDH/PR; Programa Nacional de Acessibilidade – SEDH/PR (2000); Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual (Brasil sem Homofobia)– SEDH/PR (2004); Programa Diversidade na Universidade – SESU/MEC; Programa Educação Inclusiva - Direito à Diversidade – SEPPIR/PR; Programa Estratégico de Ações Afirmativas – SEPPIR/PR; Programa Nacional de Ações Afirmativas – SEDH/PR (2002) e outros. O que entristece, é saber que mesmo diante das diversas normas voltadas para uma educação mais consentânea aos excelsos valores humanos, esses incentivos, práticas e políticas educacionais mudam conforme o interesse político da classe dominante, isto é, a educação no Brasil é uma política de governo e não de Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o debate ora depreendido buscou evidenciar a necessidade da prática a educação humanizadora, contudo, não basta transmitir conhecimentos que tem como origem epistemologias que mantém a colonialidade do poder no campo do saber, seja via educação formal, escolar e acadêmica ou pela educação informal.

Para tanto, é indispensável romper com as práticas reprodutoras da dominação pela colonialidade do poder e do saber oriunda do hemisfério norte, que se autodenomina epicentro do conhecimento. A conjuntura se apresenta clara nesse momento, para valorizar e incentivar o movimento epistemológico com origem subalterna, isto é, desenvolver e promover os saberes latinos americanos, africanos ou dos países periféricos dos centros de poder hegemônico. Incentivar a discussão e a pesquisa sobre temas insurgentes, tais como racismo, sexismo, xenofobia, LGBTfobia e outros que inferioriza, descrimina e usurpam Direitos Fundamentais Humanos, ou seja, que se contraponha às violências de diversos matizes praticadas pelo sistema neoliberalista opressor.

Por conseguinte, as Epistemologias do Sul é o movimento que pode orientar as propostas pedagógicas educacionais decoloniais, seja multiculturalista, interculturalista ou Estudos Culturais, o importante é proporcionar uma educação crítica, que privilegie a ecologia de saberes que ocorrem nos *locus* de enunciação, que tenha como meta o ensino e aprendizagem através de temas transversais e da transdisciplinaridade, que possibilitem a consciência de si mesmo e do papel de cada um como sujeito ativo no âmbito da sociedade a qual está inserido.

Enfim, diante dessas práticas reprodutoras da colonialidade do poder, opressivas e usurpadoras de direitos é necessário um processo contrário, contra-hegemônico, a partir do *locus* de enunciação escolar. E a melhor forma de assegurar este empoderamento é através da educação humanizadora, sendo condição imprescindível, a identificação pelo processo do autodescobrimento, do reconhecimento da condição de subalternidade, de classe oprimida, do desfavorecimento histórico, culminado num pertencimento identitário; e nesse desencadeamento, proporcionar a autovalorização, com um processo de resgate à dignidade humana através do autorreconhecimento, como pessoa portadora de direitos e obrigações para com o/a outro/a e a sociedade em vive, viabilizar o aumento da autoestima pela melhora da imagem e do

diferenças e das diversidades; IV - laicidade do Estado; V - democracia na educação; VI - transversalidade, vivência e globalidade; e VII - sustentabilidade socioambiental. Grifos nossos

conceito que possuem de si mesmo. Tudo isso é concebível pela efetivação de uma educação em e para os Direitos Humanos proposta no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos sob orientação de pedagogias decolonizantes ou decoloniais.

REFERÊNCIAS BILBIOGRÁFICAS

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

_____. Resolução n° 01/2012. MEC/ Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos**. Brasília. 2012.

_____. Resolução nº 8/2012. MEC/ Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Escolar Quilombola**. Brasília. 2012.

CANDAU, Vera Maria & KOFF, Adélia Maria Nehme Simão e. Conversas com e sobre a didática e a perspectiva multi/intercultural. In: **Educ. Soc**., Campinas, vol. 27, n. 95, p. 71-493, maio/ago. 2006. Disponível em: http://www.cedes.unicamp.br. Acesso em: 26 de abril 2018.

COSTA, Marisa Varrober. **Poder, discurso e política cultural: contribuições dos Estudos culturais ao campo do currículo**. In: LOPES, A. C.; MACEDO, E. (Orgs.). **Currículo**: debates contemporâneos. São Paulo: Cortez, 2002.

DIAS, A. A.; FERREIRA, L. de F. G.; ZENAIDE, M. de N. T. (Org). **DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR**: subsídios para a educação em Direitos Humanos na Pedagogia. Editora Universitária da UFPB, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** 39ª Ed. Rio de janeiro. Paz e Terra, 2004.

GOODSON, Ivor F. **Currículo: teoria e história**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

_____. **As Política de Currículo e de Escolarização:** abordagem históricas. Trad. Vera Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

SILVA, Zenete Ruiz da. Práticas pedagógicas interculturais na tríplice fronteira Brasil, Colômbia e Peru [**dissertação/ PPGE UFSC**]: um estudo na Escola Estadual Marechal Rondon. Florianópolis, SC, 2011.

SOARES, E. Escola e comunidade quilombola João Surá: construindo pontes pedagógicas. **Educação escolar quilombola: pilões, peneiras e conhecimento escolar. Curitiba: SEED**, 2010. (p. 43 – 64)

WALSH, Catherine (Ed.). **Pedagogías Decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito, Equador: Ediciones Abya-Yala, 2013.

VALE, Ione Ribeiro. **Sociologia da educação, currículo e saberes escolares**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ECUADOR. Defensoría del Pueblo del Ecuador **¡Vivo mis derechos! Manual de implementación para facilitadores y facilitadoras**. Quito, 2016. Disponível em: http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1303/6/GM-DPE-001-2016.pdf. Acesso em 23 de março de 2018.

GELEDÉS. **População que se Declara preta cresce 14,9% no Brasil em 4 anos, aponta IBGE**. Disponível em: https://www.geledes.org.br/populacao-que-se-declara-preta-cresce-no-brasil-em-4-anos-aponta-ibge. Acesso em: 01 dezembro2017.

NUNES, Georgina Helena Lima. **EDUCAÇÃO ESCOLAR QUILOMBOLA**: PROCESSOS DE CONSTITUIÇÃO E ALGUMAS EXPERIÊNCIAS. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S.l.], v. 8,

n. 18, p. 107-131, fev. 2016. ISSN 2177-2770. Disponível em: http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/45. Acesso em: 15 de outubro 2017.

OLIVEIRA, Luiz Fernandes de; CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Pedagogia Decolonial e Educação Antirracista e Intercultural no Brasil**. Educ. Ver. [online]. 2010. Vol. 26, n.1, PP. 15-40. ISSN 0102-4698. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/s0102-46982010000100002. Acesso em 20 nov. 17

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introducción: las epistemologías del sur**. Formas-Otras: Saber, nombrar, narrar, hacer, 2011. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/44110. Acesso em: 27 de outubro 2017.

_____. **Epistemologías del sur**. Utopía y praxis latinoamericana, v. 16, n. 54, 2011a. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/279/27920007003.pdf. Acesso em: 29 de outubro 2017.

TONET, Ivo. A educação numa encruzilhada. **EDUCAÇÃO CONTRA O CAPITAL**, 3ª edição ampliada, São Paulo, 2016. (p. 27-43). Disponível em: http://ivotonet.xpg.uol.com.br/arquivos/educacao_contra_o_capital_-_3a_ed.pdf#page=27. Acesso em: 27 de novembro 2017.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y educación intercultural**. Construyendo interculturalidad crítica, La Paz, 2009. Disponível em: http://aulaintercultural.org/2010/12/14/interculturalidad-critica-y-educacion-intercultural. Acesso em: 25 de novembro 2017.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **Direitos fundamentais, educação indígena e identidade emancipatória: reflexões acerca de ações afirmativas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito, v. 12, n. 2, p. 95-107, 2016. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1271. Acesso em: 20 de outubro 2017.

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA NO CONTEXTO DO ARTIGO 303, § 2°, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

Catharine Black Lipp João[1]

RESUMO: O presente artigo pretende apresentar o conteúdo e o objetivo da criação da medida que possibilita a aplicação do Tiro de Destruição pela Força Aérea Brasileira, prevista no artigo 303, §2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, inserido pela Lei 9.614/98, e nos Decretos 5.144/04 e 8.758/16, para fins de analisar o seu (des) cabimento no contexto de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, será examinado se a medida (e em que medida) violaria direitos dos indivíduos perante o Estado, a partir da ótica dos direitos fundamentais à vida, à pena humanitária, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, à presunção de inocência, à segurança jurídica. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Aviação. Código Brasileiro de Aeronáutica. Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. Poder Regulamentar.

ABSTRACT: The present article intends to present the content and the objective of the measure that allows the application of the Destruction Shot by the Brazilian Air Force, as set out in article 303, §2º of the Brazilian Aeronautical Code, inserted by Law 9.614/98, and in Decrees 5.144/04 and 8.758/16, for the purpose of analyzing its (in) appropriateness in the context of a Democratic State of Law. To this end, it will be examined whether the measure (and to what extent) violates the individuals rights against the state, from the point of view of the fundamental rights to life, to humanitarian penalty, to due process of law, to full defense and to adversary proceedings, to presumption of innocence, to legal certainty. The approach method is the inductive and the research technique is bibliographical

Keywords: Aviation. Brazilian Aeronautical Code. Democratic Rule of Law. Fundamental Rights. Regulatory Power.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da instituição formal de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, tal qual estabelece o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, observa-se que, na realidade, o processo de democratização brasileiro revela "que as relações entre os governos e parcelas significativas da sociedade [...] tem sido marcadas pela ilegalidade e pelo arbítrio"[2].

A ideia de um Estado de Direito "representa um esforço de conjugação entre liberdade e poder, pela via da criação de um poder a serviço da liberdade"[3]o que deve se dar através de, "não só subordinação dos poderes públicos às leis, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais"[4]. No entanto, tal subordinação aos direitos fundamentais é algo a ser discutido quando

1 Mestranda em Direitos Indisponíveis e Pós-Graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. E-mail: catharinejoao@gmail.com

2 DORNELLES, João Ricardo. O deságio da violência, a questão democrática e os direitos humanos no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, p 213-221, jul./dez, 2006, 213 p.

3 HORTA, José Luiz Borges. A subversão do fim da História e a falácia do fim do Estado: Notas para uma filosofia do tempo presente. In. CARVALHO, Marcelo; FIGUEIREDO, Vinicius (Coord.) **Filosofia alemã de Kant a Hegel**, São Paulo: ANPOF, 2013, 295 p.

4 SCHNEIDER, Gabriela; SILVA, Igor Castellano da. Estado de Direito e democracia: uma abordagem acerca da (não)

o Estado brasileiro autoriza que a sua aeronáutica possa destruir aeronaves civis por ela consideradas hostis no espaço aéreo do país, por meio de expressa permissão legal.

Em que pese até o presente momento não haja registros de abates de aeronaves civis pela Força Aérea Brasileira, o fato é que o Código Brasileiro de Aeronáutica permite que isso ocorra. Trata-se, portanto, de um tema de extrema relevância para os campos jurídico, político e social. Isso porque, a partir dele, diversos questionamentos podem ser levantados, notadamente no que diz respeito ao verdadeiro papel das Forças Armadas brasileira dentro da democracia e à (in) observância do Estado brasileiro aos direitos fundamentais por ele consignados na Constituição.

É nesse contexto de incoerência com o Estado Democrático de Direito que o presente artigo pretende apresentar a violência institucionalizada decorrente da previsão contida no artigo 303, §2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica. Para tanto, serão inicialmente expostos os objetivos e o contexto da criação da Lei 9.614/98, para, então, analisar a violação aos princípios constitucionais e as consequentes violências que dela se originam.

2 O TIRO DE DESTRUIÇÃO: UM COMBATE AO NARCOTRÁFICO?

O art. 5º, XLIII, da Constituição já determina que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime inafiançável, sem anistia, e considerado pela lei como crime hediondo. Isso, contudo, não obsta que o tráfico de drogas seja um comércio paralelo extremamente presente e rentável no País.

O mais recente levantamento encontrado revela que o percentual de presos no Brasil por tráficos de drogas é de aproximadamente 32,6%[5]. Já se mostravam alarmantes os últimos dados oficiais que foram divulgados pelo Senado Federal de que 54.720 é o número de inquéritos instaurados e de pessoas indiciadas pela Polícia Federal no período de 2001 a 2007 por crimes associado a drogas[6].

A partir da localização geográfica da Amazônia como fronteira dos principais países produtores de coca (Bolívia, Colômbia, Peru)[7], percebe-se o fato de "que a passagem da cocaína pela Amazônia em direção aos principais mercados consumidores do mundo é praticamente rota obrigatória para narcotráfico"[8], sendo que o Brasil ocupa a posição de um dos "principais consumidores ao mesmo tempo em que desempenha o papel de beneficiador e área de trânsito da droga"[9]

Nesse contexto, a criação da Lei do Abate no Brasil (Lei 9.614/98) tem o combate ao tráfico de drogas como argumento de legitimação, a partir da "afirmação do modelo norte-americano de guerra às drogas"[10],ao acrescentar o §2º ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, dispondo que "esgotados

aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na américa latina. **Revista da Faculdade de. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 435 - 469, jan./jun. 2014, 444 p.

5 Informação extraída do inofográfico elaborado em 02/02/2017, desconsiderando-se da estatística 5 estados que não forneceram os seus dados (Rio de Janeiro, Alagoas, Bahia, Pernambuco e Piauí), e considerando-se que 1 dos estados (Rio Grande do Norte) não forneceu as informações relativas aos presos condenados, apenas provisórios. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso: 03 maio 2018.

6 BRASIL, Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas. Brasília:** SENAD, 2009, 278 p. Disponível em <https://www.obid.senad.gov.br/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/rdb-2009-pt.pdf>. Acesso: 03 maio 2018.

7 "Mais de 99% dos laboratórios de processamento de coca foram localizados nos três países que cultivam a coca: Estado Plurinacional da Bolívia, Colômbia e Peru". **Relatório mundial sobre drogas WDR 2010**. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2010/WDR_2010_Referencias_ao_Brasil_e_Cone_Sul.pdf>. Acesso: 03 maio 2018

8 COUTO, Aiala Colares de Oliveira. Um problema de fronteiras: Amazônia no contexto das redes ilegais do narcotráfico. **Revista Perspectiva Geográfica**, Cascavel, v. 6, n. 7, 2011, 16 p. Disponível em < http://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/9165/6771>. Acesso: 03 maio 2018.

9 Ibid., 16 p.

10 FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n.1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada".

A regulamentação da Lei do Abate só ocorreu a partir do Decreto 5.144/04, o que possibilitou alguns esclarecimentos a respeito da medida. Cabe elucidar que o uso do tiro de destruição resta previsto como medida extrema. A força aérea brasileira, ao identificar uma aeronave como suspeita aplicará medidas coercitivas de averiguação; de intervenção e de persuasão, previstas no artigo 3º, para forçar o seu pouso. No entanto, caso as referidas medidas se mostrem inúteis, a aeronave, até então considerada suspeita, será classificada como hostil, e passará a ser alvo de medida de destruição, tal qual dispõe o art. 4º: "aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição", a qual consiste, conforme se depreende do artigo 5º, "no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil".

Importa notar que, nos termos do art. 2º, a Força Aérea brasileira considerará como aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre nestas situações:

> I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou
>
> II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Diante das hipóteses previstas em lei que tornam presumível que uma aeronave seja suspeita, percebe-se que qualquer aeronave civil – inclusive brasileiras - que estivesse sem plano de voo aprovado ou omitisse informações sobre a sua identificação poderia ser efetivamente abatida caso sobrevoasse sobre uma região considerada como de produção ou distribuição de drogas ilícitas, como a Amazônia.

Parece claro que, não apenas em prol do combate ao narcotráfico, "a autorização de abate representa, assim, parte de um conjunto de medidas destinadas a ampliar a capacidade de acompanhar, vigiar e agir sobre a Região Amazônica"[11], razão pela qual é possível perceber que "a alteração legislativa compatibiliza a legislação aos planos militares para a área e às necessidades operacionais contidas no modelo estratégico para a defesa do País"[12]

Nota-se que, em realidade, o contexto de criação da Lei 9.614/98 está situado em um cenário de aflição em relação à soberania nacional na Região Amazônica. Segundo João Martins Filho e Daniel Zirker, com o surpreendente final da Guerra Fria surgiram preocupações da instituição militar brasileira por conta de uma série de eventos decorrentes da Nova Ordem Mundial, sendo que o primeiro deles é resultado do "debate que emergiu nos Estados Unidos sobre as 'novas ameaças' que foram referidas para justificar a manutenção do poder militar aos níveis da Guerra Fria"[13], diante do qual "os analistas militares brasileiros prontamente perceberam que, nessa era de mudanças e incertezas, a busca por novos inimigos (ainda que nos interesses de manutenção dos orçamentos militares) poderiam levar a superpotência a começar a ver ameaças no terceiro mundo"[14]

arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018

11 FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n.1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018

12 Ibid.

13 No original: "The first of these was the debate that arose in the U.S about 'new threats' that were said to justify the maintenance of military power at Cold War levels." MARTINS FILHO, João Roberto; ZIRKER, Daniel. (2000) Nationalism, National Security, and Amazonia: Military Perceptions and Attitudes in Contemporary Brazil. **Armed Forces& Society**, San Marcos, Texas v. 27, n. 1, 105–129, Fall, 2000, 109 p.

14 No original: "Brazilian military analysts readily perceived that, in this era of change and uncertainty, the search for new enemies (if only in the interests of maintaining military budgets) might lead superpower to begin seeing threats in the Third World" MARTINS FILHO, João Roberto; ZIRKER, Daniel. Nationalism, National Security, and Amazonia: Military Perceptions and Attitudes in Contemporary Brazil. **Armed Forces& Society**, San Marcos, Texas v. 27, n. 1, 105–129, Fall, 2000, 109 p.

Observa-se que as preocupações dos militares brasileiros aumentaram ainda mais a partir da Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos (National Security Strategy of the United States), em 1991, em que, segundo o almirante Armando Vidigal, os Estados Unidos consideravam, no que diz respeito ao cenário internacional, que "a 'principal ameaça' era o tráfico de drogas, seguindo-se outras ameaças em que o papel do poder militar era nulo ou muito reduzido, como a poluição ambiental, as migrações ilegais, a violação aos direitos humanos, a proliferação das armas de destruição em massa e dos seus veículos lançadores"[15]. Desse modo, "as séries de declarações e decisões do governo dos Estados Unidos e de organizações internacional, na visão dos militares brasileiros, pareceram retratar uma situação que é profundamente desfavorável para a proteção da soberania brasileira"[16]

A partir disso, o que se identifica é que "apesar de a justificativa do combate ao narcotráfico constar de todos os momentos, sobressai a preocupação com a defesa das fronteiras, com a ação de grupos armados na Amazônia e a leitura do narcotráfico como um problema de segurança nacional"[17].

No entanto, mesmo que se considere que o contexto da medida de destruição de aeronaves hostis diga respeito à defesa da soberania nacional na Região Amazônica, o fato é que não há qualquer conflito armado que produzisse uma ameaça real para sequer se cogitar qual seria o seu peso diante das consequentes violências e violações a direitos– menos ainda isso estaria justificado pela ideia de combate ao narcotráfico.

3 O TIRO DE DESTRUIÇÃO COMO VIOLÊNCIA DO ESTADO E VIOLAÇÃO DE DIREITOS

O caput do art. 5º da Constituição Federal elenca como direito fundamental a inviolabilidade do direito à vida. Inclusive, o inciso XLVII estabelece que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, que, por sua vez, condiciona a declaração de guerra à autorização do Presidente da República, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

Já se pode identificar que a medida legalmente prevista do tiro de destruição não está vinculada à agressão estrangeira que enseje a situação de guerra declarada. Pelo contrário, a medida está prevista para ser exercida a qualquer tempo–ressalta-se: em tempos de paz -, não estando, portanto, encoberta pela exceção constitucional referente ao direito do Estado de matar.

É por isso que a questão do tiro de destruição está inserida no âmbito de uma problemática bem mais ampla do que pode parecer à primeira vista, eis que "para se pensar em um Estado de Direito, é preciso a referência, como valor fundante, à realização dos direitos fundamentais"[18]. A realidade é que o tiro de destruição de aeronaves dos supostos narcotraficantes, diante do fato de que inexiste efetiva declaração de guerra, trata-se de uma medida extrema que viola diversos direitos de proteção dos indivíduos em face do Estado, notadamente os *direitos* à *vida,* à pena humanitária, *ao devido processo legal,* à *ampla defesa e ao contraditório, à segurança jurídica.*

Na lição do argentino Quiroga Lavié, "os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecerem a subordinação do indivíduo

15 VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira. Algumas tendências da política externa dos estados unidos após o fim da guerra fria. **Revista Intellector**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 1-48, jan./jun. 2007, 03 p. Disponível em <www.revistaintellector.cenegri.org.br/ed2007-06/almvidigal-2007.pdf>. Acesso: 04 maio 2018

16 No original: "A series of declarations and decisions by the U.S. government and by international organizations have, in the perception of the Brazilian military, appeared to portray a situationthatisprofoundlyunfavorabletotheprotectionofBraziliansovereignty". MARTINS FILHO, João Roberto; ZIRKER, Daniel. Op. Cit., 110 p.

17 FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n.1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018

18 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 14 p.

ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito"[19] Disso se depreende o fato de que, embora o Estado tenha, sim, legitimidade para sancionar aqueles indivíduos cujas atitudes praticadas sejam contrárias aos limites do Direito, não cabe ao Estado exercê-la fora dos limites, por sua vez, a ele impostos pela Constituição.

O direito à vida, que é direito fundamental de todo indivíduo, inclusive assegurado no Brasil antes mesmo do nascimento, pode ser considerado a própria finalidade para a qual o Estado se constitui, porque, se não fosse a garantia de vida humana, nenhum outro direito poderia ser pensado. Não é por outra razão que o *povo* é sempre um dos elementos do Estado.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assevera que "é unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma"[20]. Para o autor, "pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto e todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana".[21]É "a vida, portanto, o pressuposto da pessoa, e esta, por sua vez, a essência do Estado e, ao mesmo tempo, seu fim permanente, cabendo-lhe garantir a existência da pessoa, isto é, da vida, e o desenvolvimento de suas potencialidades, com a realização de seus valores, ou seja, a dignidade"[22]

Tendo em vista o dever do Estado Democrático de Direito de assegurar a vida dos indivíduos que o compõe, a pena de morte é vedada na Constituição Federal brasileira, sendo que a única exceção se dá apenas em caso de guerra externa declarada:

> ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte, é da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-lá, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5o, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante.[23]

Novamente importa destacar que a previsão do tiro de destruição não está vinculada a hipótese de guerra externa declarada, porquanto pode ser realizada a qualquer momento, em qualquer região que seja rota de distribuição ou produção de drogas ilícitas, contra qualquer aeronave (inclusive brasileira) que sobrevoe sem plano de voo ou sem comunicar-se com a Força Aérea Brasileira.

Nesse sentido, é possível considerar a medida, da forma como foi prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e no decreto que o regulamenta, como uma penalidade imposta pelo Estado de morte aos indivíduos dentro da aeronave. Tal vai de encontro ao direito à vida que todos os cidadãos têm, inclusive aqueles que cometem ilícitos penais, a quem o Direito deve reservar como sanção penas outras que não a capital, sob pena de violação à Constituição Federal.

Sabe-se que a pena de morte "ultrapassa os limites de garantia que o Direito Penal deve assegurar num Estado Democrático de Direito"[24]. Isso, inclusive, justifica-se pelo fato de que "não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas. O que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que de algum modo será punido."[25]

Desse modo, "independentemente da gravidade da conduta do agente, há de ser punido criminalmente

19 LAVIÉ, Quiroga. **Direito Constitucional**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2008, 46 p.

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 100 p.

21 Ibid.,112 p.

22 GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais.** 2009. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 86 p.

23 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 200-201 p.

24 LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, 440-441 p.

25 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: El Sevier, 2004, 68-69 p.

como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade"[26]Lembra-se que "a conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um ser irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano"[27]. Em outras palavras: a conduta, considerando o mais desumano possível que o tráfico de drogas ilícitas possa parecer, não pode ser repelida por meio da pena de morte como aparato punitivo do Estado, eis que essa é a lógica reservada ao Estado apenas diante de guerra declarada, nos termos da previsão constitucional.

Ressalta-se, nos dizeres de Rogerio Greco, que o *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito não pode ser ilimitado: "os princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *ius puniendi*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade da pessoa humana"[28]. Dessa forma, também resulta que a pena de morte é uma efetiva violação ao princípio da humanidade da pena do Direito Penal, o qual, segundo Cezar Roberto Bitencourt, "é o maior entrave para a adoção da pena capital [...]. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados."[29]

Além do exposto, também se observa que a medida do tiro de destruição fere o direito dos alegados narcotraficantes ao devido processo legal e à isonomia. Isso porque, à exceção dos que estiverem abordo de aeronave sem plano de voo ou sem comunicação em determinada região, todos aqueles que incidirem nas condutas de tráfico ilícito de drogas tipificadas pela Lei 11.343/2006 estarão sujeitos ao procedimento penal nela regido, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Como consectário lógico do fato de que o tiro de destruição inibe a realização de um prévio e devido processo judicial, também restarão inobservados os princípios do contraditório e da ampla defesa, extremamente importantes na esfera penal de um Estado Democrático de Direito. No contexto do tiro de destruição resta claro que "estar-se-á aplicando sanção sem processo, sem direito de defesa, sem julgamento"[30]

Além de elemento essencial ao processo, o princípio do contraditório "é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder."[31]Com relação à ampla defesa, "trata-se de um autêntico princípio geral que milita ao lado de tantos outros com o objetivo de possibilitar aos litigantes, em qualquer tipo de processo judicial ou administrativo, o exercício generoso da defesa sem as limitações de um processo de tipo inquisitório"[32]. Assim, a defesa no processo penal "não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático."[33]

Diante do exposto, já é possível entender-se o tiro de destruição como uma prática que viola diversos direitos do indivíduo que pratica o tráfico ilícito de drogas. No entanto, também é possível perceber uma outra linha argumentativa que demonstra a violência perpetrada pelo seu exercício, na medida em que o tiro de destruição, nos moldes em que se encontra previsto, pode matar não apenas narcotraficantes, mas inocentes de qualquer delito. Imagine-se uma aeronave, sem plano de voo, cuja rota perpassa a região Amazônica que objetiva, para fins de tráfico, além do transporte de drogas ilícitas, também o transporte de inúmeras mulheres e crianças. No caso da tentativa de comunicação pela Força Aérea Brasileira restar frustrada, a aeronave em questão será considerada suspeita e passível de, após a realização das ditas medidas

26 CALLEGARI, Andre Luis; GIACOMOLLI, Nereu In. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Traduzido por Andre Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 17 p.

27 Ibid., 17 p.

28 GRECO, Rogerio. **Direitos Humanos, sistema prisionais e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, 112 p.

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte geral**.22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 69p.

30 OLIVEIRA, Marcel Peres de. **Análise constitucional da medida de destruição**. 4 p. Disponível em <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15664-15665-1-PB.pdf>. Acesso: 05 maio 2018

31 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 160-161p.

32 DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista de informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, v. 30, n. 117, p. 89- 114, jan./mar. 1993, 101 p.

33 PORTANOVA, Rui. Op. Cit., 125 p.

coercitivas, ser abatida e, por conseguinte, matar todos que nela se encontravam – inclusive as mulheres e crianças inocentes.

Ainda, visualize-se uma aeronave que não tenha relação com o narcotráfico, mas que esteja sobrevoando a região Amazônica -podendo ser oriunda do próprio território nacional-, que, por falha técnica, venha a perder a comunicação via rádio, e, por isso ser considerada suspeita pela Força Aérea Brasileira. O resultado será o abate dessa aeronave, caso ela, diante das medidas coercitivas que serão executadas, não consiga realizar um pouso forçado, por exemplo, devido à falta de visibilidade do piloto.

Apenas a título de argumentação, ainda que se pudesse admitir o abate de aeronaves para fins de combate ao narcotráfico, percebe-se que, diante da possibilidade de ocorrência de situações semelhantes às ilustradas, o tiro de destruição poderia implicar na morte de uma quantidade não identificável de pessoas inocentes, que nada dizem respeito ao narcotráfico. Logo, o modo como a medida está estruturada poderia claramente legitimar episódios arbitrários e excessivos, eis que "a pergunta sobre o que a aeronave não identificada está fazendo continua sem resposta e só será respondida após sua derrubada"[34]

Ademais, outra objeção que pode ser levantada em relação ao tiro de destruição diz respeito à *forma* como este foi previsto no ordenamento jurídico. Observa-se que a redação do artigo 303 §2º do Código Brasileiro de Aeronáutica emprega termos como "meios coercitivos legalmente previstos", "aeronave hostil" e "medida de destruição", sem, contudo, determinar no que consistem ou como devem ser aplicados.

Diante disso, surgiu o Decreto 5.144/2004, editado pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, regulamentando o artigo 303. No entanto, o que evidentemente se depreende do conteúdo do referido Decreto é que este "acaba estabelecendo direitos e criando deveres, obrigações ou limitações não previamente previstos em lei, fugindo à sua característica constitucional precípua, que é a de assegurar a fiel execução das leis"[35]

Em atenção à redação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, extrai-se que "o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados"[36]. Nesse sentido, na lição de Pontes de Miranda:

> só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.[37]

Por conseguinte, "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa."[38]. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o referido abuso é considerado uma *delegação disfarçada* e inconstitucional e "sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição"[39]. Em outras palavras, ocorre quando "se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada"[40]

Parece adequada a conclusão de que o Decreto 5.144/2004 consiste em uma delegação disfarçada, porquanto não meramente cumpre com dispositivos legais, mas, sim, estabelece uma série de disposições relativas à restrição da liberdade, como as medidas coercitivas, o procedimento para o tiro de destruição, a

34 FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n.1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018

35 OLIVEIRA, Marcel Peres de. **Análise constitucional da medida de destruição**. 5 p. Disponível em <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15664-15665-1-PB.pdf>. Acesso: 05 maio 2018

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 310 p.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, 311 p.

38 Ibid.,309p.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 352 p.

40 Ibid., 212-213 p.

definição de aeronave hostil meramente baseada na equiparação das utilizadas no comércio de substâncias entorpecentes ou drogas afins.

Ainda mais problemático é o recente Decreto 8.758/2016, editado pela então presidente Dilma Rousseff que regulamenta os procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis durante os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. O referido Decreto traz uma série de disposições que não guardam nenhuma relação com o objetivo do tiro de destruição para fins de combate ao narcotráfico, porquanto permitem o tiro de destruição nos casos de aeronaves que apresentem ameaça à segurança dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos.

Destaca-se também que, no contexto desse decreto, eram treze os incisos do seu artigo 2º que determinavam a classificação de uma aeronave como suspeita, independentemente da região em que esta sobrevoasse, tais como aquelas que mantivessem as luzes externas apagadas em voo noturno.

Constata-se outro aspecto inquietante sobre o Decreto no que tange à classificação da aeronave como hostil e sujeita à medida de destruição se dar quando a aeronave estiver simplesmente voando no espaço aéreo brasileiro, conforme o art. 4º. Isso significa que não necessariamente a medida estaria vinculada às áreas conhecidas como rotas de tráfico ilícito de drogas. Quer dizer, a medida de destruição da aeronave pela Força Aérea Brasileira poderia ocorrer em qualquer espaço aéreo do País, inclusive sobre áreas densamente povoadas.

Ressalta-se que aquele que legisla (e também aquele que regulamenta a legislação) está "além de obrigado a atuar no sentido de norma da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental."[41]

Diante do exposto, a existência de decretos editados pelo chefe do Poder Executivo regulamentando o tiro de destruição - uma verdadeira pena de morte aos tripulantes e passageiros - é não apenas uma medida inconstitucional e um abuso do poder regulamentar, mas também uma violência à própria segurança jurídica dos cidadãos. Mostra-se importante refletir em que medida há segurança diante de um Estado que a qualquer momento pode restringir a vida humana através de regulamentos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que ao Estado cabe garantir a segurança pública, todavia, o modo de fazê-lo não pode ser irrestrito. Principalmente ao considerar que se está em tempos de paz. Isto é, não há ameaça real à segurança nacional na forma de um conflito armado que pudesse servir como justificativa para a violência contida na medida do Tiro de Destruição, tal qual está previsto no art. 303, §2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica e nos Decretos editados pelo Chefe do Poder Executivo que o regulamentam.

A partir do que fora exposto, pode-se concluir que, não importando o objetivo para o qual se destina a medida –para o combate ao narcotráfico, para a defesa da região amazônica ou, ainda, para a defesa dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos – trata-se de um exercício arbitrário e excessivo de Poder, porquanto viola uma série de direitos que todos os indivíduos têm, independentemente do seu comportamento perante a Lei Penal.

No respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais não pode o Estado *abater* e *destruir* vidas – inclusive a de inocentes – por motivos escusos, insustentáveis e ilegítimos em tempos de paz. Nesse sentido, a argumentação desenvolvida no presente artigo serviu para demonstrar que "não se poder aplicar um modelo de guerra para o combate ao crime em tempos de paz"[42], sendo claro que "a violência institucional

41 SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 383 p.

42 FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional,** Brasília, v. 55, n. 1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018

executa suas maiores violações nos crimes contra a vida"[43].

Não obstante o abate e a destruição não tenham ainda sido efetivamente exercidos pela Força Aérea Brasileira, não é demais pretender que essa possibilidade prevista em lei seja obstada antes mesmo da primeira *derrubada*. Portanto, impõe-se a urgente declaração de inconstitucionalidade das previsões legais e a compreensão dos indivíduos de que não se pode conceber que um Estado, que se diga Democrático e de Direito, violente, a qualquer tempo, as mais inalteráveis e decisivas garantias individuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela Mendes. **Estado autoritário e violência institucional**. Disponível em <www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_amendes_almeida.pdf>. Acesso: 06 maio 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte geral.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: El Sevier, 2004.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas. Brasília:** SENAD, 2009. Disponível em <https://www.obid.senad.gov.br/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/rdb-2009-pt.pdf>. Acesso: 03 maio 2018.

CALLEGARI, AndreLuis; GIACOMOLLI, Nereu In. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por Andre Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COUTO, Aiala Colares de Oliveira. Um problema de fronteiras: Amazônia no contexto das redes ilegais do narcotráfico. **Revista Perspectiva Geográfica**, Cascavel, v. 6, n. 7, 2011. Disponível em < http://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/9165/6771>. Acesso: 03 maio 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DORNELLES, João Ricardo. O deságio da violência, a questão democrática e os direitos humanos no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, p 213-221, jul/dez, 2006.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista de informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, v. 30, n. 117, p. 89- 114, jan./mar. 1993.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n. 1, 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso: 03 maio 2018.

GRECO, Rogerio. **Direitos Humanos, sistema prisionais e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. 2009. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

HORTA, José Luiz Borges. A subversão do fim da História e a falácia do fim do Estado: Notas para uma filosofia do tempo presente. In. CARVALHO, Marcelo; FIGUEIREDO, Vinicius (Coord.). **Filosofia alemã de Kant a Hegel**, São Paulo: ANPOF, 2013.

LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

MARTINS FILHO, João Roberto; ZIRKER, Daniel. Nationalism, National Security, and Amazonia: Military Perceptions and Attitudes in Contemporary Brazil. **Armed Forces & Society**, San Marcos, Texas, v. 27, n. 1, 105–129,

43 ALMEIDA, Angela Mendes. **Estado autoritário e violência institucional**. 10 p. Disponível em <www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_amendes_almeida.pdf>. Acesso: 06 maio 2018

Fall, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Marcel Peres de. **Análise constitucional da medida de destruição**. Disponível em <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15664-15665-1-PB.pdf>. Acesso: 05 maio 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Relatório mundial sobre drogas WDR 2010. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2010/WDR_2010_Referencias_ao_Brasil_e_Cone_Sul.pdf>.Acesso: 03 maio 2018.

SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHNEIDER, Gabriela; SILVA, Igor Castellanoda. Estado de Direito e democracia: uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na américa latina **Revista da Faculdade de. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 435 - 469, jan./jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso: 03 maio 2018.

VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira. Algumas tendências da política externa dos estados unidos após o fim da guerra fria. **Revista Intellector**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 1-48, jan./jun. 2007. Disponível em <www.revistaintellector.cenegri.org.br/ed2007-06/almvidigal-2007.pdf>. Acesso: 04 maio 2018.

CONTROLE SOCIAL: O CIDADÃO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO.

RIGON, Chirley Fátima[1]

SILVA, Ismael, Pereira da[2]

SUMÁRIO: Considerações Iniciais. 1 A publicidade e a transparência na legislação brasileira: a) Ações planejadas e transparentes; b) A importância dos princípios da publicidade e da transparência no cenário do controle social. 2 A transparência e acesso à informação de dados públicos como direito fundamental. 3. Controle Social 4. Como o cidadão pode exercer o controle social?. 5 Conclusões. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O estudo versou sobre o controle social e o papel do cidadão frente as leis da transparência e do acesso à informação na administração pública municipal. Constitucionalmente, desde 1988, o princípio da publicidade é de cumprimento obrigatório a todos os entes públicos da federação, no entanto, foi necessária a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal no ano 2000, que apresentou um novo princípio: o da transparência, seguida em 2009 a Lei da Transparência para que fossem cumpridos os ditames dos princípios, entendidos como direito fundamental. Ancorando as leis anteriores, em 2011 é sancionada a Lei de Acesso à Informação, que entrou em vigor em maio de 2012, para que os entes públicos adaptassem seus sistemas de informação e sites às novas leis, disponibilizando em tempo real, as informações sobre as contas públicas e o fornecimento de informações solicitadas ou não pelo cidadão, que nesse processo representa o controle social. O desenvolvimento tecnológico de comunicação torna completamente possível a fiscalização das ações de governo pelos cidadãos. Utilizou-se o método analítico descritivo mesclando a pesquisa bibliográfica e documental. Objetiva analisar se os cidadãos com o empoderamento que lhes foi conferido estão acessando e buscando informações de gestão em suas cidades e principalmente se com essa prática estão contribuindo à causa da boa gestão dos recursos públicos. Os cidadãos são agentes transformadores conforme dados apresentados pela entidade Observatório Social da cidade de Erechim – RS.

Palavras-Chave: Controle Social. Direito Fundamental. Lei de Acesso à Informação. Transparência.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No sistema jurídico brasileiro, a publicidade é um dos princípios da administração pública, que determina às entidades que compõe a administração pública a prestar contas do uso dos recursos públicos e também respeitar os demais princípios constitucionais. Dentro desse contexto surge a transparência, como princípio da Gestão Fiscal, na administração pública com a edição da lei complementar N. 101/2000, e posterior regulamentação de seu artigo 48 pela Lei complementar N.139/2009. Em 2012 entra em vigor a lei N.12.527/2011 a lei de Acesso a Informação, com a finalidade de regulamentar o acesso à informação, previsto no art 5º, XXXIII, no Art. 37, §3º, II, e no Art. 216, §2º da Constituição da República de 1988, que tratam respectivamente de um direito e garantia fundamental, de natureza individual e coletiva. A publicidade é princípio constitucional que consiste em divulgar oficialmente as ações governamentais. A compreensão dos dados e das informações pelos usuários é uma condição indispensável, para que se efetive a transparência e o controle social.

Foi com a regulamentação do artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal a que a Internet se tornou uma excelente ferramenta para a divulgação das contas públicas. Momento em que os gestores públicos

1 Bacharel em Direto pela Universidade Regional Integrada – URI Campus Erechim; Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio, Mestranda em Resolução de Conflitos e Mediação pela Fundação Universitária Ibero Americana – Funiber. E-mail: adm@belaarte.srv.br

2 Discente do Curso Superior de Bacharelado em Gestão Ambiental - Bolsista de pesquisa vinculado ao CNPq - Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. E-mail: ismaelmatarazzo@gmail.com

devem instituir políticas de gestão responsável e que favoreçam o exercício da cidadania pela população, aumentando o controle das ações dos entes públicos, ampliando-se o controle social diante do avanço tecnológico.

É preciso avaliar as vantagens da participação do cidadão como agente de mudanças frente a publicidade, a transparência e o acesso as informações. A participação do cidadão recebe o nome de controle social, ou seja, é a participação do cidadão, da população na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no acompanhamento das mais diversas ações da administração pública, o trato com a coisa pública. É um inovador mecanismo de expressão da democracia, da cidadania e participação popular, tanto nas decisões como aproximando as decisões do Estado das necessidades e realidade do cotidiano dos cidadãos e se constitui em mecanismo de combate à corrupção e de fortalecimento da gestão fiscal.

Um bom exemplo de controle social tem sido desenvolvido pela entidade denominada Observatório Social do Brasil, pessoa jurídica, em forma de associação, presente em vários Estados Brasileiros."[3]

Apresentam-se excelentes resultados no controle com os gastos públicos como resultado do Observatório Social da cidade de Erechim, no Rio Grande do Sul.

Essa é uma das formas organizadas de contribuir com a melhoria nos gastos públicos, existem outras formas e algumas delas ancoradas pela Controladoria Geral da União – CGU (2013), atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. A internet tem sem duvidas sido a mola propulsora do Controle Social, eis que tendo as informações disponibilizadas em tempo real, fica fácil o controle "in loco", cada um na sua cidade, aos poucos os cidadãos se firmam com verdadeiros agentes de transformação das gestões públicas no Brasil.

2 A PUBLICIDADE E A TRANSPARÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A publicidade é princípio constitucional que foi inserido na Carta Magna de 1988. Nas constituições anteriores a 1988 não há referência à publicidade dos atos administrativos, e, na doutrina, pouco se aborda a respeito.

Segundo Moraes (2003) "por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade da atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial, dos próprios chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público".

Assevera o mesmo autor que tais hipóteses, atualmente, estão expressamente vedadas pela Constituição Federal, que determina que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1.º).

Segundo Justen Filho (2010) o princípio da publicidade significa vedação a atividades ou atos sigilosos [...]. O exercício do poder deve ser acessível ao conhecimento de toda a comunidade e, especialmente, daqueles que serão afetados pelo ato decisório. "A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação de lisura dos atos praticados [...]" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 315-316).

A publicidade consiste em divulgar oficialmente os atos de gestão da administração pública, assim permite que os cidadãos e órgãos de controle tenham acesso a esses atos, podendo então fiscalizar. Para que haja transparência, o princípio da gestão fiscal responsável pressupõe a publicidade e a compreensão das informações.

O artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88, prevê o direito às informações: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível

3 Disponível em: <http://osbrasil.org.br/o-que-e-um-observatorio-social-os> Acesso em 11 mar. 18.

à segurança da sociedade e do Estado" (MORAES, 2003. p.342).

Na segunda parte do artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88, complementado pelo inciso LX do artigo 5ª da CF/88, são apresentadas exceções ao dever de informações: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (Iden).

Entende o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (2007) que o princípio da transparência é mais amplo que o da publicidade, pois a mera divulgação sem tornar o conteúdo compreensível para a sociedade não é transparência, como também não o é a informação compreensível sem a necessária divulgação (NETO, et al. 2007).

Por exigência de lei cabe aos gestores públicos as publicações de relatórios, disponibilizados em tempo real, com informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais informações devem traduzir, com clareza de entendimento, as técnicas utilizadas na formulação dos demonstrativos e, também, proporcionarem maior transparência no sentido de proteger o patrimônio público contra os atos de corrupção e improbidade administrativa (Iden).

A publicidade das informações exigida na lei supracitada permite a inserção do cidadão na gestão pública de forma participativa, pois a presença desse, que é o verdadeiro detentor do patrimônio público, tem a função maior de fiscalizar e minimizar as situações que podem causar fraudes e danos aos bens públicos (Ibiden).

2.1 AÇÕES PLANEJADAS E TRANSPARENTES

As ações planejadas e transparentes também estão descritas do artigo 4º até o 10 e no Art.48, este regulamentado pela Lei complementar Nº131/2009.

Ações planejadas são as que cumprem os objetivos aqui citados, e, os já adotados pela Constituição Federal, quais sejam: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

Leciona Nascimento (2006) sobre a ação transparente: "a transparência será alcançada por meio do conhecimento e da participação da sociedade, assim como na ampla publicidade que deve cercar todos os atos e fatos ligados à arrecadação de receita e à realização de despesas pelo Poder Público".

2.2 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA NO CENÁRIO DO CONTROLE SOCIAL

A mola mestra da Lei da Transparência é o controle social.

Afirma o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, que nem por isso o poder "sai das mãos do Estado e vai para as mãos do particular", e que "realmente, ao exercitar a faculdade de controle, a pessoa privada apenas peticiona ao Poder Público, encaminhando-lhe uma representação, uma reclamação, uma requisição de certidão, uma denúncia, enfim, como nesta hipótese: 'Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União'[4], conforme §2º, do art. 74, da CF/88".

Ribas (2011) ainda lembra que, segundo a Lei nº 8.429/1992, constitui crime de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a negativa de publicidade a atos oficiais, ensejando o manejo da Ação Civil Pública pelo Ministério Público Estadual. Logo, caso seja comprovada a má-fé do Administrador em esconder informações que, segundo a Lei da Transparência, deveriam ser disponibilizadas, sem dúvidas é cabível a referida actio.

Conforme leciona Mendes (2012) "O princípio da transparência ou da clareza foi estabelecido pela

4 Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". Disponível em: R. Técn. dos Trib. de Contas - RTTC, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 157-188, set. 2011 . Acesso em 22 de nov. 2016.

Constituição de 1988 como pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à ideia de segurança orçamentária".

Ceneviva e Farah (2006) afirmam que os mecanismos de controle e fiscalização são condicionados pela transparência e pela visibilidade das ações do poder público. Sem transparência, fidedignidade e clareza das informações não há como cidadãos apropriarem-se dos dados das avaliações para cobrarem dos agentes públicos.

3 A TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO DE DADOS PÚBLICOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A transparência, após muitos anos de reclamações da falta de clareza nas práticas de gestão pública, definitivamente se torna aplicável com a entrada em vigor da Lei Complementar 131/2009, que regulamentou o artigo 48 da LRF/2000, a qual determina, entre outros elementos importantes, a disponibilização na Internet, no tocante às despesas, de todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; e, quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários (BRASIL, 2010).

Conforme Mendes (2012), isso leva a crer que o amadurecimento da sociedade e a emergência de uma cidadania mais ativa faz surgir em seu seio, de modo natural, o conceito de *accountability.* À medida que se vão densificando as relações de cidadania, faz-se necessário o conceito de *accountability,* até que se torne algo corriqueiro tanto para a burocracia como para os cidadãos.

Segundo Ribas (2011) transparência, é o que permite, do ângulo do controle público (e do público), que se olhe a intimidade da administração pública sem obstáculo ou opacidade. Segundo o Código de Boas Práticas e Transparência das Políticas Financeiras do Fundo Monetário Internacional "a transparência se refere a um ambiente no qual os objetivos da política, o quadro político, institucional e econômico, as decisões políticas e as suas razões, informações e dados relativos às políticas financeiras e os termos contábeis das agências (financeiras) são oferecidos ao público de maneira tempestiva, compreensiva e acessível."

Acrescenta Mendes (2012) que o acesso às informações governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia; do mesmo modo, o fortalecimento desta estimula um maior acesso àquelas informações (RIBAS, 2011, p.157).

Vieira (2011), em seu artigo cita que conforme o Manual de Transparência Fiscal do FMI, o conceito de transparência fiscal: " [...] implica o acesso imediato a informações confiáveis, abrangentes, tempestivas, compreensíveis sobre as atividades do governo, para que o eleitorado e os mercados financeiros avaliem com precisão a situação financeira do governo e os custos e benefícios efetivos de suas atividades [...] (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2007, p. 139, grifo da autora).

4 O CONTROLE SOCIAL

O controle social é entendido como a participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública. "Trata-se de importante mecanismo de fortalecimento da cidadania, pois amplia a participação popular nas decisões, aproximando as decisões do Estado ao cotidiano do cidadão".

> A transparência administrativa, entendida como conjunto de ações visando assegurar o amplo acesso dos interessados às informações dos órgãos e entidades da Administração Pública e dos demais Poderes do estado, viabiliza o que modernamente vem sendo denominado *controle social* da atividade estatal. (MIRAGEM, 2013. p.260)

Ao falar de controle social não se pretende apenas que se consigam implantar mecanismos que reduzam, eliminem ou previnam os desperdícios, os desvios e a corrupção na aplicação dos recursos públicos. Busca-se assegurar que os gestores públicos e sociais se comprometam com a excelência na concepção e implementação dos programas, projetos e serviços: ***Compliance***. De um lado, portanto, o controle tem um sentido de vigilância e responsabilização, do outro, tem o sentido de efetividade e compromisso com a coisa pública.

Sem informação é inviável controlar a arrecadação e a aplicação de recursos públicos. Dessa forma, a transparência se consagra como uma condição indispensável para o exercício da cidadania. Além disso, ela estimula os administradores a agirem com responsabilidade e zelo na gestão governamental.

Assim, o tema vem ganhando destaque no cenário nacional e internacional exatamente porque fomenta o controle social, constituindo mecanismo de combate à corrupção e de fortalecimento da gestão fiscal.

Na opinião de Miragem (2013) para que haja controle social é necessário o acesso a informação, porém, o controle não depende somente do acesso a informação, mas a princípio o acesso à informação é um elemento integrativo do controle social, sendo que a partir da divulgação das informações, o agente público está disponível as diligências do cidadão, que estará melhor qualificado para fiscalização e crítica a atividade estatal.

Ribas (2011, p.182) cita que segundo o ex Ministro do STF Carlos Ayres Britto:

> [...] o controle social, que não se confunde com a participação popular, é um direito público subjetivo, integrante do rol dos direitos políticos. Enquanto direito público subjetivo tem como finalidade "forçar o Estado a acatar a conduta do particular perante ele, Estado, porque o gozo de um direito público subjetivo implica a assunção de uma conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público [...] (RIBAS, 2011, p.183).

Um dos maiores fatores de limitação ao controle social é a complexidade das informações financeiras à disposição da sociedade. O cidadão comum simplesmente não detém os conhecimentos técnicos necessários, às vezes nem os básicos, para a compreensão de dados e expressões contábeis. O equacionamento desses fatores — apresentar as informações de forma compreensível a todos — é um desafio. O "apoderamento" (*empowerment*) da cidadania fruto da transparência tem como corolário a responsabilidade social do cidadão".

Nesse sentido, a Lei Complementar n° 131/09 - Lei da Transparência - acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, porém o cidadão tem uma responsabilidade individual na opinião de Ricardo Ribas, que cita a sustentabilidade como exemplo, cada um tem que fazer a sua parte, não só grandes empresas ou o governo. Isso posto, o cidadão tem sim o poder de representar aos Tribunais de Contas e Ministério Público, desde que as informações, não sejam utilizadas com interesses particulares ou partidaristas, e nas palavras de Ribas (20011): "bem como, denuncismos e outras questiúnculas menores travestidas de legítimo *animus sindicandi*".

4.1 VANTAGENS DA PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

No manual elaborado pela CGU (2013), no tópico 2, são apresentadas a vantagens que o acesso à informação traz para a sociedade e também para a administração pública. São quatro os pilares em que o acesso à informação pública pode ser alicerçado: combate a corrupção, aperfeiçoamento da gestão pública, o controle social e a participação popular. Os autores do Manual da CGU citam algumas das vantagens que a sociedade pode ter, participando nas ações governamentais através do acesso às informações:

1. Prevenção da corrupção: com acesso às informações públicas os cidadãos têm mais condições de monitorar as decisões de interesse público. A corrupção prospera no segredo. O acompanhamento

da gestão pública pela sociedade é um complemento indispensável à fiscalização exercida pelos órgãos públicos;

2. Respeito aos direitos fundamentais: a violação aos direitos humanos também prospera em um ambiente de segredo e acontece com mais facilidade "a portas fechadas". Um governo transparente propicia o respeito a esses direitos;

3. Fortalecimento da democracia: líderes políticos são mais propensos a agir de acordo com os desejos do eleitorado se sabem que suas ações podem ser constantemente avaliadas pelo público. Os eleitores têm condições de fazer uma escolha apropriada se tiverem informações sobre as decisões tomadas pelos candidatos no desempenho de seus cargos públicos;

4. Melhoria da gestão pública: o acesso à informação pode contribuir para melhorar o próprio dia a dia das instituições públicas, pois a partir das solicitações que recebe dos cidadãos, os órgãos podem identificar necessidades de aprimoramentos em sua gestão documental, em seus fluxos de trabalho, em seus sistemas informatizados, entre outros aspectos que tornarão a gestão pública mais eficiente;

5. Melhoria do processo decisório: quando o governo precisa tomar uma decisão, se o assunto for aberto para a participação do público interessado e de especialistas nas questões que estão sendo definidas, é possível obter contribuições que agreguem valor ao resultado [5].

4.2 O CONTROLE SOCIAL EXERCIDO PELO CIDADÃO

O acesso à informação tema de lei é imprescindível aos cidadãos para que possam efetivamente exercer o controle social. É uma engrenagem, que em ações simultâneas entre governo e sociedade: o governo, levando a informação à sociedade; a sociedade, buscando essa informação consciente de que tudo o que é público é de cada um de nós.

Reitera-se que o direito à informação sobre os recursos públicos:

> É dever de todo ente público informar a população, com clareza, sobre como gasta o dinheiro e prestar contas dos seus atos. Essas informações devem ser dadas com uma linguagem clara, que possa ser compreendida pelos cidadãos de uma forma simples. Da mesma forma, os entes públicos devem incentivar a participação popular na discussão das estratégias utilizadas para colocar em prática as políticas públicas, na elaboração do seu planejamento e de seus orçamentos (CGU, 2013, p.27).

Diante desse cenário os Tribunais de Contas contam com uma legião de aliados no controle das contas públicas. Importante destaque dado pelo autor do artigo é que além das leis supramencionadas tratando do controle social, refere que também na CF/88, no artigo 5º, inciso LXXIII é consagrada a legitimidade que qualquer cidadão tem para propor Ação Popular contra ato da administração que traga lesão ao patrimônio público e a moralidade administrativa.

As cortes de contas tem o respeito da sociedade como aqueles que controlam e punem os maus administradores, agora ainda mais pela situação apresentada diariamente pelos meios de comunicação da corrupção que se instalou no Brasil. O empoderamento dos cidadãos auferido pela legislação vigente aumenta a credibilidade dos Tribunais de Contas e esses tem buscado auxílio da população.

O autor lembra também a importância das ouvidorias, no entanto destaca que devem ser extirpados dessas formas de acessos do cidadão, de toda e qualquer tentativa de dificultar esse acesso, deve ser um canal em que o cidadão, sem precisar se identificar, desabafa suas críticas e denúncias em relação à Gestão Pública. Nessa seara o TCE-RS em noticia publicada no site registra as tentativas da população ajudar na fiscalização, sob o título:

5 MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios. (p. 6-7).

" **Ouvidoria do TCE-RS recebeu 7,6 mil denúncias:** A Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS) recebeu 7.685 denúncias durante o ano de 2016. A maioria das denúncias trata de temas ligados à área de pessoal (40%), problemas em licitações (10%) e em concursos públicos (9%). O canal de comunicação mais utilizado foi a página da Ouvidoria no site do TCE-RS (96%), seguido por telefone não tarifado (1,4%) e atendimento presencial (1,4%). No mesmo período do ano passado, foram registrados 8.017 encaminhamentos. De acordo com o coordenador da Ouvidoria, Airton Rehbein, a redução de 4% é motivada por uma análise mais criteriosa das demandas a serem examinadas pela Instituição." [1]

Essa foi a demonstração da participação popular junto a ouvidoria do TCE-RS. Porém, o TCE-RS mais uma vez parte em busca da maior participação da sociedade no controle das gestões públicas, dessa vez realizando pesquisa sobre os canais de comunicação que devem estar funcionando nos sites dos órgãos públicos, ou seja, a transparência passiva, que acontece quando o cidadão deseja mais informações do que aquelas que a administração publica disponibiliza por força de lei, a transparência ativa.

A pesquisa foi realizada nos 99 municípios que em 2014 foram agraciados com o Prêmio Boas Práticas na Internet. Os que atenderam todos os requisitos da pesquisa com uma determinada pontuação receberam o prêmio Mendes Ribeiro Filho concedido pela associação dos diários do interior – adi em parceria com o tribunal de contas do estado do rio grande do sul.[6].

O relatório descreve as orientações adotadas para a pontuação de cada critério, resumindo o resultado: dos 99 municípios analisados e que haviam recebido premiação pelas boas práticas de transparência na internet, apenas 16 cumpriram e pontuaram nos requisitos da pesquisa. Com isso constata-se que a participação popular, anda a passos lentos pela falha das administrações públicas em facilitarem e utilizarem as ferramentas exigidas por lei.

4.3 ACCOUNTABILITY

De acordo com Pasqualini (2011) o termo *Accountability* é tão complexo, pouco entendido e praticado na gestão pública, nas mais diversas pesquisas sobre o tema, os conceitos mais utilizados são: *transparência, governança, compliance, corrupção, gestão pública.*

Pasqualini (2011) inicia seu artigo dizendo que a simples responsabilidade de prestar contas não esgota satisfatoriamente o conceito, e nos remete ao parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal de 1998 que determina que: "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

O mesmo autor adiciona que no site do Banco Mundial em artigo intitulado "*Accountability and Governance*" é dito que a noção de *accountability* é um conceito amórfico que é difícil de ser definido em termos precisos. Entretanto, falando amplamente, *accountability* existe quando numa relação entre um indivíduo ou instituição, a realização dessas tarefas ou funções por este indivíduo ou instituição é sujeita à supervisão de outro, que pode requerer informações ou justificativas sobre as ações do primeiro (grifou-se). O referido artigo diz que o conceito de *accountability* envolve dois estágios distintos: *answerability* e *enforcement*. Aos quais traduziremos respectivamente de "obrigação de responder (a outro)", e de "capacidade de se impor a execução (de uma determinada norma)".

Eis o que diz o artigo: *Answerability* se refere a uma obrigação do governo, suas agências e agentes públicos a prover informações acerca de suas decisões e ações e para justificar ao público e às instituições de *accountability* cuja tarefa é supervisionar. *Enforcement* sugere que o público ou a instituição responsável pela *accountability* pode sancionar a parte ofensora ou reparar o comportamento transgressor.

6 Foi editada e publicada uma obra intitulada "Relatório dos resultados obtidos a partir da avaliação da transparência passiva dos 99 Executivos agraciados com o Prêmio Boas Práticas na *Internet* de 2014 do Tribunal de Contas do Estado", disponível na página do TCE-RS para download.

Refere ainda Pasqualini (2011): " [...] *accountability* não é apenas o dever de prestar contas e ser responsável por elas, mas de ser "*accountable for*...", ou seja, de ser "responsabilizado por..." uma determinada conduta irregular ou ilegal, o que, como visto acima, pressupõe: a obrigação de informar e responder por seus atos e a possibilidade de sancionamento, se for o caso.

A *accountability* é classificada por seus estudiosos em horizontal e vertical. A horizontal representa o controle exercido entre os Poderes e órgãos e as instituições entre si, com poderes relativamente autônomos e que podem fiscalizar uns aos outros a despeito de níveis hierárquicos (sistema de "*checks and balances*"). A vertical é o meio pelo qual os cidadãos e a mídia de massa usam para "enforce", ou seja, para obrigar os agentes públicos ao fiel cumprimento da lei.

Os direitos do cidadão devem se desenvolver na mesma proporção que a burocracia, com o condão de evitar que em nome da burocracia cause danos aos cidadãos.

Conforme artigo de Anna Maria Campos, a mesma afirma: 'Não há dúvidas de que 'o exercício de accountability é determinado pela qualidade das relações entre governo e cidadão, entre burocracias e clientelas'. 'Somente a partir da organização de cidadãos vigilantes e conscientes de seus direitos haverá condição para a accountability. Não haverá tal condição enquanto o povo se definir como tutelado e o Estado como tutor".

5 CONTROLE SOCIAL: O CIDADÃO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO & OBSERVATÓRIO SOCIAL

Os Observatórios Sociais (OSs) são organizações instituídas e mantidas pela sociedade civil, tendo por objetivo promover a conscientização da sociedade para a cidadania fiscal e propor aos governos locais a adequada e transparente gestão dos recursos públicos, por meio de ações de participação e controle social.

Diferente de outras iniciativas de controles sociais, que atuam denunciando erros e fraudes já ocorridas, os OSs agem de forma preventiva, no fluxo dos processos, antes que os recursos sejam gastos. Este é um trabalho inovador, pois quando se fala em controle social da gestão pública em nosso país, associamos o tema às frentes, movimentos e grupos de interesses que lutam por demandas sociais setorizadas.

O primeiro Observatório Social (OS) foi criado no ano de 2006, quando organizações da sociedade civil do município de Maringá, lideradas pela Associação Comercial, resolveram deixar de reclamar da alta carga tributária e da corrupção para cuidar da qualidade da aplicação dos recursos públicos. Nesse contexto, foi criada uma ferramenta de controle social sobre os gastos públicos, chamada de Observatório Social de Maringá (OSM). Pela atuação do OSM no acompanhamento das licitações e dos principais contratos públicos, o município de Maringá economizou, somente no ano de 2007, mais de R$ 9 milhões. Tal resultado passou a motivar entidades civis de outros municípios a adotarem a metodologia de trabalho dos OSs.

Em meados do ano de 2008 criou-se uma organização de âmbito nacional, chamada Observatório Social do Brasil – OSB, para estimular os municípios e dar suporte na criação de seus próprios observatórios sociais. A partir da experiência de Maringá, o OSB criou um modelo padrão de OS que poderá induzir, potencializar e dinamizar, através de parcerias nacionais, estaduais e municipais, a sociedade organizada de cada município a implantar e manter o seu próprio OS. Com este material se pretende esclarecer em que consistem as atividades e metodologias de trabalho do OS.

O Observatório Social de Erechim foi fundado em 14 de agosto de 2013, numa reunião com a participação de diversas entidades da sociedade civil de Erechim, após diversos outros encontros de conscientização onde foram expostos o método e os objetivos dos OSs.

A rede OSB está presente em mais de 113 cidades, em 19 estados brasileiros. No Rio Grande do Sul está presente em: Bento Gonçalves, Cachoeirinha, Caxias do Sul, Cruz Alta, Erechim, Gravataí/Glorinha, Guaíba, Lajeado, Novo Hamburgo, Pelotas, Porto Alegre, Santa Maria e Santa Rosa

5.1 ATUAÇÃO DO OBSERVATÓRIO SOCIAL EM ALGUMAS CIDADES DO BRASIL

Foi com a seguinte manchete que a revista Exame, de 07 de novembro de 2016, apresentou os resultados do Observatório Social de Paranaguá no Estado do Paraná: "Efeito Lava-Jato faz grupos cobrarem bom uso do dinheiro público". "O combate a escândalos e rombos em orçamentos Brasil afora estão abrindo espaço para grupos de voluntários cobrarem melhorias na gestão econômica do país". Matéria de Leo Branco.

Paranaguá - PR, uma cidade com 133 mil habitantes, despertou para a fiscalização tendo como base compras absurdas realizadas pela administração pública, como exemplo a licitação para aquisição de 3,1 milhões de rolos de papel higiênico, o que equivalia à época a 2% do orçamento da cidade e a R$10 milhões. A identificação desse caso só foi possível por que alguns meses antes foi criado o Observatório Social da cidade. Como não foi possível anular a licitação administrativamente, recorreram ao Ministério Público, que exigiu a anulação do certame e quatro meses depois a compra foi realizada na proporção de 15% do valor inicialmente proposto.

Alguns outros bons exemplos de atuação dos Observatórios Sociais:

As cidades onde a atuação dos voluntários já fez a diferença

BLUMENAU (SC)

O PROBLEMA: as secretarias municipais tinham estoques próprios, o que abria espaço para compras repetidas

O DESFECHO: o grupo local assessorou a prefeitura no projeto de um armazém centralizado que diminuiu 800 000 reais as despesas anuais com insumos

PARANAGUÁ (PR)

O PROBLEMA: em 2015, a prefeitura da cidade previa gastar 10 milhões de reais em papel higiênico e sacos de lixo

O DESFECHO: os voluntários pediram a impugnação da licitação. Dois novos certames, mais modestos, custaram 1,6 milhão de reais aos cofres municipais

PICOS (PI)

O PROBLEMA: medicamentos utilizados em cirurgias estavam sendo licitados pela prefeitura, que não administra hospitais

O DESFECHO: o edital original, de 12 milhões de reais, foi cancelado; e uma nova licitação, sem os itens sem clara serventia, custou a pela metade do preço

TERESÓPOLIS (RJ)

O PROBLEMA: desde 2014, a Câmara Municipal usou 800 000 reais em reembolsos a vereadores. Boa parte das notas vinha de empresas fantasmas

O DESFECHO: em 2016, após pressão do grupo e de promotores, o direito foi cancelado; e os recursos, devolvidos

(1) Expectativa para dezembro de 2016 **Fonte:** Observatório Social

Fonte: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/efeito-lava-jato/>

Fonte: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/efeito-lava-jato/>

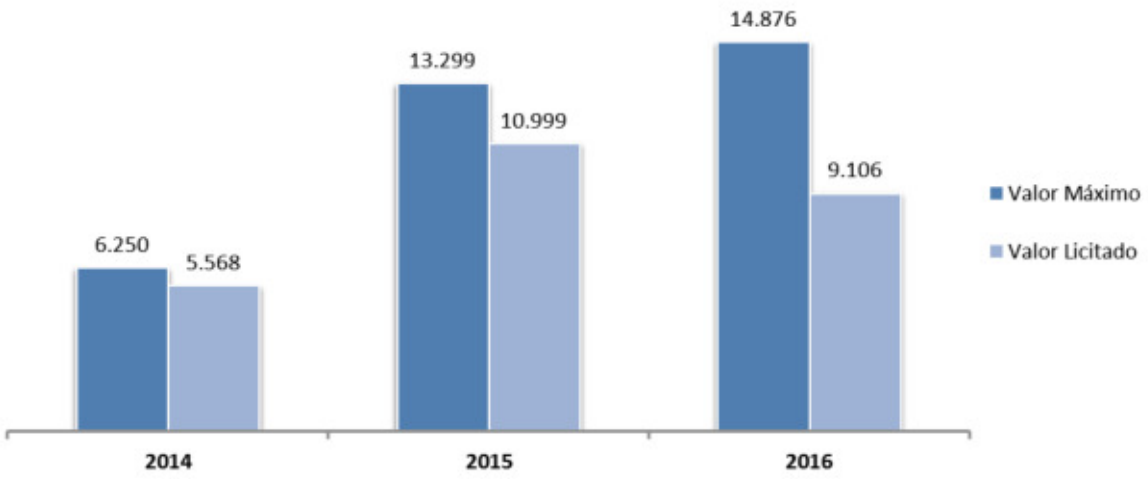
"A capilaridade dos observatórios permite que a fiscalização no emprego de recursos públicos se espalhe por toda a estrutura do governo, mesmo onde a fiscalização do Estado não chega", afirma o procurador Deltan Dallagnol (2016), coordenador da força-tarefa da Lava-Jato.

5.2 DADOS DO OBSERVATÓRIO SOCIAL DA CIDADE DE ERECHIM NO RIO GRANDE DO SUL

O Observatório Social de Erechim, tem sua personalidade jurídica devidamente constituída, mediante registro o Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Erechim, sob nº 4.652, em 11 de outubro de 2013, inscrita no CNPJ nº 19.077.233/0001-10 e Inscrição Municipal nº 40.922, com endereço na Rua Nelson Ehlers, nº 148, Sala 05, Telefone 54 3015-7766, e-mail: <erechim@osbrasil.org.br> site: <http://erechim.osbrasil.org.br/>.

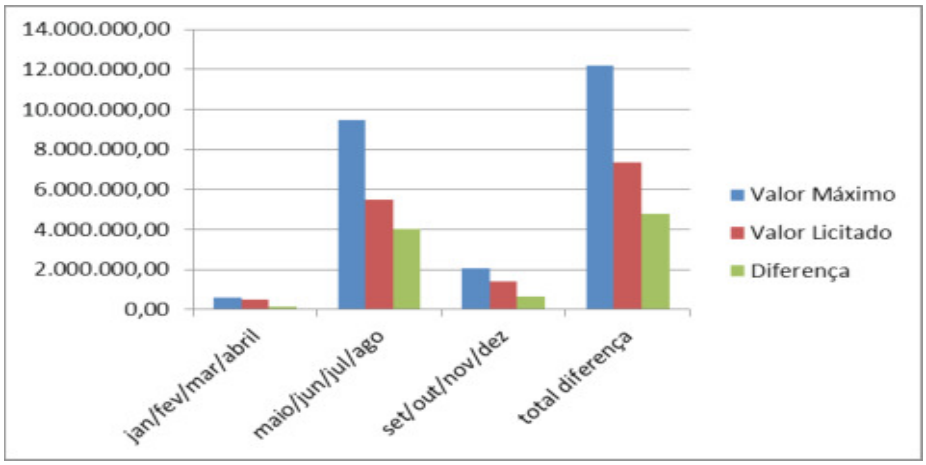
5.2.1 ÁREA DE ATUAÇÃO DA POPULAÇÃO NO CONTROLE SOCIAL COM A PRESENÇA DO OBSERVATÓRIO SOCIAL

5.2.2 RESULTADOS DO PROGRAMA "QUALIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS": Valores das licitações entre 2014 e 2016



FONTE: Erechim, 2016 - <http://erechim.osbrasil.org.br/>

2017: Economia total de R$ 4.800.261,88



6 CONCLUSÕES.

A Constituição Federal de 1988, denominada constituição cidadã, estabelece dentre seus princípios o da publicidade, aos quais todos os entes de todas as esferas de governo estão obrigados. A carta Magna ainda elenca como direito e garantia fundamental, artigo 5º, inciso XIV o acesso à informação.

A exemplo de outros países e por orientação do Fundo Monetário Internacional - FMI no ano de 2000 entra em vigor a Lei de Responsabilidade Fiscal LRF, Lei Complementar 101/2000, que contempla em seu artigo 48 o considerado principio da Gestão fiscal: a transparência. A passos lentos a lei foi gerando alguns dos efeitos esperados. A transparência para ser cumprida precisou de nova lei regulamentando-a, isso ocorreu através da lei complementar 139/2009, chamada Lei da Transparência, que mesmo assim, inaplicável, foi regulamentada pelo Decreto 7.185/10 e pela Portaria 548/10.

É a forma que o cidadão recebe o empoderamento para acompanhar, fiscalizar e controlar os gastos da administração pública. Esse controle recebe o nome de controle social.

A transparência vai se concretizando através do conhecimento e da participação da sociedade, com base no acesso as informações publicadas de todos os atos e fatos ligados à arrecadação de receitas e à realização de despesas pelo poder público. A publicidade contempla a transparência ativa, ou seja, os dados são colocados à disposição sem que sejam solicitados ao ente público, se alguém pesquisar nas homepages deverá encontrar os relatórios obrigatórios. A transparência passiva ocorre quando a administração publica é provocada, ou seja, o cidadão deverá solicitar ao ente público a informação desejada, eis que nem todos os atos tem obrigatoriedade de serem disponibilizados na internet. São Públicos, porém não disponíveis para cópia ou acesso através de internet.

Novos termos surgem como governança pública no lugar de administração pública, são adotados princípios como a transparência e a *accountability com o* propósito de implantar práticas de controle e acompanhamento da administração, o que evita a más gestões e consequências aos gestores públicos.

Com a adoção desses princípios a sociedade fica mais próxima do poder público, fortalecendo a democracia e a participação social. A sua aplicação traz grandes benefícios para a coletividade. Como a transparência está associada à divulgação de informações que permitem o acompanhamento e fiscalização, permite que sejam averiguadas as ações dos gestores e a possível responsabilização por seus atos além de economia e melhor qualidade com os gastos públicos. Esse processo recebe o nome de Controle Social.

O acesso do cidadão à informação simples e compreensível é o ponto de partida para uma maior transparência. Porém, indivíduos isolados não tem conseguido muito sucesso no controle social, instituem-se entidades congregando cidadãos voluntários para controle e fiscalização dos atos de gestão dos recursos públicos. Excelente exemplo de organização de controle social são os Observatórios Sociais, dos quais

citamos promissores resultados na economia e melhor gestão das despesas públicas.

Destaque-se a relevância da internet, que torna possível a publicação em tempo real e a pesquisa dos dados de forma mais imediata e acessível a qualquer cidadão que disponha de um computador ligada a rede.

Por fim, aliados a publicidade, a transparência, o acesso a informação e o cidadão consciente, eis a ferramenta para melhorar a qualidade dos gastos públicos, e fundamentais para a modernização da gestão pública e governamental.

Controle Social: o empoderamento dos cidadãos no controle da gestão pública, ou seja, com um número bem maior de fiscalizadores, mesmo que leigos. Porém, ainda falta conscientizar mais cidadãos do poder que tem a sua disposição e encontrar a receita para que cada um faça a sua parte, estimular o controle social através de campanhas informativas e da participação popular em todos os processos de construção de orçamentos e controle dos gastos e de todos os atos das administrações públicas, principalmente as municipais, pois o povo fica perto dos governos e acompanha tudo o que acontece.

Demonstrou-se através dos resultados do trabalho de voluntários junto a alguns Observatórios Sociais do Brasil, e em especial o OS de Erechim no Rio Grande do Sul, comprovando que a prática da fiscalização e um trabalho em conjunto gera excelentes resultados, ou seja, é com o controle social que cada cidadão se torna agente de transformação das gestões públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Herivelto de. et al. Org. **Comentários à lei de acesso à informação.** Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. 176, p.

BEDIN, Gilmar Antonio. Org. **Cidadania, justiça e controle social**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. 198p.

BICALHO, Lucídio. **Transparência e Controle Social:** a Lei Complementar 131/2009. Disponível em:< http://blog.inesc.org.br/>. Acesso em 15/10/2016.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1998. IN: **VADE MECUM**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, p. 82, 5 maio 2000. Disponível em:< http://www.in.gov.br >. Acesso em: 15/10/2016.

_____. **Lei Complementar nº 131, de 27 de Maio de 2009**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p. 2, 28 maio 2009. Disponível em:< http://www.in.gov.br>. Acesso em 15/10/2016.

BULGARELLI, Márcio. **Liberdade de Acesso a informação.** 2012.

CENEVIVA, R.; FARAH, M.F.S. Democracia, avaliação e accountability: a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático. In: **Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD**, 2006, São Paulo. *Anais...* São Paulo: EnAPG ANPAD, 2006.

NETO, Orion Augusto Platt. Publicidade e Transparência das Contas Públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Rev**., v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./mar. 2007.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, Controle Social Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social.** Coleção Olho Vivo, Brasília, DF, 2012.

CRUZ, Flávio. (Coord.) et alii. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. São Paulo: Atlas,2000.

CRETELLA, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JUNIOR, Dauto Viccari [et al.]; CRUZ, Flávio da (Coordenador). **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada.** 8. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander do. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.** 6 . ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MIRAGEM, Bruno. A **nova administração pública e o direito administrativo**. 2.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Apresentação: Antonio Herman Benjamin.

MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. 2.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (p.260)

NASCIMENTO, Edson; DEBUS, Ilvo. **Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Brasília: BNDES, 2001.

NASCIMENTO, Edson. **Gestão Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à lei de responsabilidade fiscal. 6ed. São Paulo. Saraiva. 2012 (p. 395)

MANUAL DE INTEGRIDADE PÚBLICA E FORTALECIMENTO DA GESTÃO. Orientações para o Gestor Municipal / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. – 2ª ed. — Brasília: CGU, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003, p. 342.

PASQUALINI, Alexandre. **Do mural à blogosfera**. R. Técn. dos Trib. de Contas –

RTTC, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 157-188, set. 2011

REVISTA EXAME. **Efeito Lava-Jato faz grupos cobrarem bom uso do dinheiro público.** Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/efeito-lava-jato/> Acesso em 05, out. 2016.

REVISTA TÉCNICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – RTTC. **Lei Complementar.** Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 173, set. 2011. Disponível em: <http://www.tcm.go.gov.br/portalgt/wp-content/uploads/2013/12/A-Lei-Complementar-n%C2%BA-131-09-e-sua-Regulamenta%C3%A7%C3%A3o-RTTC-2011-p.189.pdf >. Acesso em 09, nov. 2016.

ZANELLA, Maria Sylvia Di Pietro.; SUNDEFELD, Carlos Ari. Org. Doutrinas Essenciais Direito Administrativo. v. III. São Paulo: Ed**. Revista dos Tribunais**, 100 anos, 2012.

(Footnotes)

1 http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/ A integra da pesquisa pode ser acessada nesse site. A Ouvidoria pode ser acionada no Portal da instituição pelo telefone 0800-541 98 00, através do e-mail ouvidoria@tce.rs.gov.br, e na sede, localizada na Rua Sete de Setembro, 388, no Centro Histórico de Porto Alegre. Não é necessário identificar-se

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA: O COMBATE À MARGINALIZAÇÃO DOS TRABALHADORES DO SEXO

Suiara Haase Pacheco [1]

RESUMO: O estudo busca trazer a discussão sobre a viabilidade da regularização do trabalho do profissional do sexo. Exporá a atual marginalização da atividade, buscando um confronto com nosso ordenamento jurídico, em especial com os princípios constitucionais. Trará casos práticos, apresentando a maneira com que a sociedade, o judiciário e o legislativo têm tratado o problema dos trabalhadores do sexo.

Palavras-chave: Prostituição. Regulamentação. Justiça Social.

ABSTRACT: The brings the discussion on the feasibility of regulating the work of sex professionals. It displays the current marginalization of the activity, seeking a confrontation with our legal system, especially with constitutional principles. It brings practical cases, with the way society, the judiciary and the legislature have dealt with the problem of sex workers.

Keywords: Prostitution. Regulation. Social justice.

1 INTRODUÇÃO

A prostituição é uma das profissões cujos relatos de existência são os mais antigos – mesmo antes do surgimento do capitalismo já havia quem se valesse do sexo como meio de subsistência -, falar e estudar sobre a prostituição, ainda hoje, é um tabu.

Os valores "morais", que, em verdade, estão enraizados em estigmas sociais, ainda não possibilitam trabalhar o problema da marginalização da profissão das prostitutas sob um viés mais humano, aplicando a justiça social e considerando esses trabalhadores como sujeitos de direito.

Algumas poucas sociedades, como recentemente ocorreu na Colômbia, já vêm caminhando na busca de tornar os profissionais do sexo trabalhadores visíveis aos olhos do Estado.

O Brasil, no final de 2002, reconheceu, sob o código 5198-05, o trabalho realizado pelos profissionais do sexo como profissão ao incluí-lo na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

A busca pela regulamentação da prostituição, contudo, ainda é muito tímida e são poucas as doutrinas sobre o tema em nosso país. Não obstante, enquanto isso, milhares de trabalhadores ainda estão expostos a situações degradantes e à exploração indevida de sua mão de obra: estima-se que, em 2012, mais de 40 milhões de pessoas no mundo se prostituíam. (FERNANDES, 2012).

O presente trabalho inicia explorando a questão da estigmatização da prostituição, buscando, em seguida, abordar esta espécie de trabalho dentro da ciência jurídica e social.

Aborda-se-á a inserção da regulamentação da prostituição dentro do nosso ordenamento trabalhista e criminal. Analisar-se-á a compatibilidade da normatização do trabalho das prostitutas dentro dos preceitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988, nossa Carta Magna.

O artigo enfatizar-se-á, por meio de casos concretos e atuais, uma perspectiva de como o problema em tela tem sido enfrentado por nossos tribunais.

1 Advogada trabalhista, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC e pela FUNDAÇÃO ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO – FEMARGS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: suiara.pacheco@zavagnagralha.com.br

Por fim, far-se-á uma análise dos atuais projetos de lei que tratam da regulamentação da prostituição e de como o assunto vem sendo tratado por nossos parlamentares, na busca de incentivar a discussão sobre o tema.

2 PROSTITUIÇÃO: UM ESTIGMA SOCIAL

A prostituição nem sempre foi socialmente vista de maneira estigmatizada. Na antiga sociedade egípcia, por exemplo, a figura da prostituta era tida como uma imagem sagrada, relacionada à deusa Innana.

Assim também o era na Grécia antiga, onde as prostitutas costumavam ser mulheres instruídas e que ocupavam, em regra, elevada posição social.

Foi só com o advento da tradição judaico-cristã que a prostituição passou a ser tomada como um mal à moral e aos preceitos cristãos, protetores da monogamia, mal este que vem sendo combatido – sem sucesso, diga-se – até os dias de hoje. (SACRAMENTO, 2014).

Essa cultura, dominante em todos os cantos do mundo, que cria um tabu em torno de qualquer ato sexual e de tudo o que é relacionado à sexualidade, empurra a mulher à obrigação de preservação de um padrão comportamental perante o sexo e perante suas vontades. A mulher deve "preservar-se" e preservar o modelo ideal de esposa e mãe, enquanto, ao homem, é permitida a livre exploração de seu corpo e do corpo alheio:

> Com efeito, o rótulo puta, mais que a conceptualização de características específicas das mulheres que se prostituem, representa, acima de tudo, uma construção social sancionatória da transgressão dos valores hegemônicos que regulam a intimidade e as relações de gênero. Simultaneamente, expressa muitos dos fantasmas ainda existentes em relação à sexualidade, sobretudo à feminina, e, bem assim, o forte investimento dispendido no seu controle por parte de uma sociedade em que prevalece a dominação masculina. (SACRAMENTO, 2014, p.199).

> Mais, o "mau sexo", nomeadamente aquele que é praticado na esfera mercantil, corrompe também a visão moderna do amor romântico, no qual a sexualidade se cumpre no quadro de uma relação amorosa duradoura, desejavelmente para sempre, entre dois seres humanos. (RIBEIRO, 2008, p.25).

Um exemplo recente desta estigmatização ocorreu no início de maio de 2003, quando um grupo de três mulheres da cidade de Bragança (SP) organizou um movimento, conhecido como o Movimento das Mães de Bragança, em que protestavam e culpavam as prostitutas pela degradação dos ambientes familiares e pelo comportamento adúltero, mas escusável, dos maridos, exigindo uma conduta ativa dos governantes.

Os referidos estigmas que norteiam a prostituição acabam por empurrar, ainda mais, os trabalhadores do sexo à margem da sociedade, tornando-os indignos do acesso aos serviços de saúde básicos e expostos ao preconceito, ao consumo de drogas e à violência física e psíquica, dando a esses profissionais baixas perspectivas de um futuro, ou de melhores condições de trabalho.

Os garotos e garotas de programa se tornam invisíveis ao Estado, que se mantém comodamente inerte, ainda que a prática em questão seja por todos conhecida e amplamente ativa em qualquer sociedade:

> Conceber que o sexo é um trabalho implica uma ruptura com a ideia de que as mulheres devem ter uma entrega ilimitada nas relações heterossexuais. Este mito sexual patriarcal alicerça as visões tradicionais sobre a prostituição, ocultando a capacidade de decisão e de negociação das prostitutas. Talvez por causa deste entendimento seja difícil aceitar sua independência pessoal e econômica, voltando-se o imaginário popular para uma imagem distorcida da realidade, na qual as prostitutas são sempre vistas como exploradas ou vítimas. (LACERDA, 2013, p.151).

A sociedade, movida por impulsos *morais*, confrontando direitos humanos básicos, acaba por discriminar os profissionais do sexo. O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890, a exemplo, previam o crime de estupro de prostitutas com pena 36 vezes menor que aquela imputada ao estupro da *mulher honesta*.

O estigma social nos torna uma sociedade hipócrita, que, por um lado, quer esconder a prática da

prostituição e marginalizar aqueles que se valem do sexo como trabalho, mas que, por outro, parece se preocupar, exclusivamente, com a saúde daqueles que exploram o corpo alheio.

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda (2013) ao comentar o fato de que, em países como a França, Bélgica, Áustria e Alemanha, há a cobrança de imposto sobre as atividades sexuais, embora seja proibido o lucro pela prática - bem observa que, o que pretendem essas sociedades é evitar um prejuízo público e assegurar a invisibilidade social das prostitutas, atendendo também às necessidades masculinas, à proteção das mulheres decentes. "A autora finaliza concluindo que a finalidade do modelo de regulamentação, por conseguinte, não é defender os interesses das prostitutas, nem tampouco protegê-las da violência ou de possíveis abusos, mas proteger a sociedade deste denominado 'mal necessário". (LACERDA, 2013).

O depoimento prestado pela Coordenadora-Geral da Associação das Prostitutas da Bahia, Fátima Medeiros, prestado no Procedimento Preparatório do Inquérito Civil Público sob o n. 1/2008, que tramita na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, expressa bem a realidade desses trabalhadores (SILVA NETO, 2008):

> [...] que a violência e a exploração são os principais problemas vivenciados pelas prostitutas no Estado da Bahia; [...] que o empresário sexual dá uma ordem à prostituta a fim de que transe sem camisinha, porque, se se recusar, a prostituta não continuará na casa de prostituição.

Em resposta à ausência de proteção do Estado e ao tratamento despendido pela sociedade, muitos profissionais se reúnem na busca de reconhecimento e de melhores condições de trabalho.

Em 2 de junho de 1975, um grupo de 150 prostitutas, em Lyon, na França, ocupou a Igreja de Saint-Nizier para exigir o reconhecimento de seu trabalho, requerendo fosse ele equiparado a qualquer outro, a fim de dar à atividade mais dignidade. Foram denunciados abusos e preconceitos. As manifestantes acabaram sendo expulsas da cidade pela polícia, mas sua coragem as fez parte da história mundial de luta da classe. (LACERDA, 2013).

A busca, ainda que tímida, desses profissionais por reconhecimento, trouxe a aprovação da Carta Mundial dos Direitos das Prostitutas, pelo Comitê Internacional dos Direitos das Prostitutas, em 1985, manifesto em que se exigia que a atividade fosse retirada do rol de atividades proibidas, desde que exercida com ampla liberdade de escolha, por profissionais adultos, tornando os trabalhadores do sexo sujeitos de direito. O manifesto requeria que fossem criadas cláusulas a fim de coibir a estigmatização das prostitutas.[2]

Todas as mobilizações ocorridas ao longo da história, contudo, ainda não foram suficientes para quebrar o preconceito e para aproximar o Estado desses profissionais, que ainda vivem desamparados e expostos a todo o tipo de violência e desrespeito social.

3 A PROSTITUIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO PENAL

A prostituição é instituto tratado pelo direito penal sob o prisma do sistema legal da proibição da regulamentação da atividade, ou sob o prisma abolicionista.

O Brasil adota o sistema abolicionista, movimento que teve origem na Inglaterra, no final do século XIX, quando um grupo de mulheres da classe média travou uma luta contra a regulamentação da prostituição, em nome da moral e da família. (LACERDA, 2013).

O abolicionismo trata o profissional do sexo como uma vítima da sociedade, um indivíduo que, sem outra alternativa, entregou-se ao comércio do próprio corpo, o que, para seus defensores, seria moralmente reprovável.

O referido modelo não pune quem se prostitui, mas criminaliza aqueles que exploram a prostituição. No Brasil, a prostituição não é crime, mas um mal que deve ser combatido pela penalização daqueles que se aproveitam da exploração do corpo alheio.

2 Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas. Disponível em: http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.htm. Acessado em 19.09.2015.

O Título VI do nosso Código Penal, denominado *Dos crimes contra a dignidade sexual*, elenca, em seus artigos 228, 229 e 230, respectivamente, os crimes de *Favorecimento da Prostituição ou outra forma de exploração sexual*, manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual e o crime de rufianismo.

Explorar a atividade sexual, ainda que sem auferir lucro, é conduta tipicamente ilícita no nosso sistema, sendo o explorador tratado como um criminoso que empurra aquele que se prostitui a cometer o ato socialmente reprovado.

O termo *abolicionista* tem íntima ligação com a abolição da escravidão, num contexto em que as prostitutas são encaradas como indivíduos que precisam ser libertados, como sujeitos que não têm autonomia sobre o seu corpo, para que, assim (libertas), possam enxergar o mal que sofrem pela atividade. (LACERDA, 2013).

A Assembleia Geral da ONU aprovou, no ano 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em Palermo, ratificado pelo Brasil em fevereiro de 2004. O documento traz o modelo abolicionista, com medidas que visam à recuperação física, psicológica e social, tratando as prostitutas como vítimas da sociedade.[3]

Criticando o sistema abolicionista, a professora Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda sustenta que o referido modelo, na pretensão de proteger os profissionais da exploração de terceiros, *está impregnado pela estigmatização, marginalização e exclusão social das mulheres que fornecem serviços sexuais*:

> Esta proteção, contudo, tem um preço: o de ser considerada a prostituta mais como um objeto do que como um sujeito de direitos. Não são iguais aos demais cidadãos, e nem são companheiras de luta; não podem adensar o debate como pessoas capazes de assumir suas atividades, julgar sua situação e formular suas próprias necessidades, demandas e perspectivas. [...] Não é possível uma organização de prostitutas, para debate e crítica de sua situação formal e material, porque a legislação não favorece que as mulheres assumam publicamente a sua profissão. (LACERDA, ano, p. 148).

A autora assevera ainda que "Em verdade, tanto o modelo abolicionista quanto o de regulamentação da atividade contêm fortes cargas de moralidade e dão uma resposta satisfatória à lógica burguesa da família e do controle da sexualidade extraconjugal". (LACERDA, 2013, p.148).

A mesma crítica é feita por Fernando Bessa Ribeiro, quando demonstra que as prostitutas são jogadas pelo sistema em um limbo social, marcado por formas extremas de estigmatização e exclusão, na medida em que não lhes é permitido trabalhar de uma forma legal, ainda que não sejam legalmente penalizadas pela prática:

> Nem, obviamente, o coletivo de profissionais do sexo quer ser salvo. Como bem mostram os documentos discutidos na Conferência Européia sobre Trabalho Sexual, Direitos Humanos, Trabalho e Migração, realizada em outubro de 2005, em Bruxelas [...] e apesar do estigma que sobre eles é projetado pela ordem moral dominante, as suas lutas visam a plena inscrição do trabalho sexual e daqueles que o exercem na esfera das relações laborais, incluindo o acesso aos mecanismos de proteção social. (RIBEIRO, 2008, p.28).

Os penalistas, por sua vez, igualmente defendem que os tipos penais relacionados à exploração sexual por terceiros só se justificam pela defesa da moral e do que a sociedade tem como *bons costumes*.

Eugenio Raúl Zaffaroni leciona que a moral em sentido estrito, o que chamou de *moral pública*, não é, e nem deve ser, um bem jurídico tutelado pelo Direito. Ainda que seja desejável que a população nutra sentimentos de pudor, é inviável que se cobre e se sancione aquele que não o tem se sua conduta não interfere na esfera de direitos de outro. (ZAFFARONI, 1997).

É claro que não se está a defender a prostituição advinda de ameaça, coação, ou a exploração de menores. Os estudiosos, quando sustentam que não deveria haver incriminação do agente que contribui,

3 Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 19.09.2015.

de alguma forma, para a prostituição alheia, referem-se à prostituição de maiores, consentida, consciente. Guilherme de Souza Nucci é um ferrenho defensor da descriminalização do tipo penal aqui estudado:

> Ora, se a pessoa induzida, atraída, facilmente inserida, dificultada ou impedida (por argumentos e não por violência, ameaça ou fraude, que configuraria o §2º) de largar a prostituição é maior de 18 anos, trata-se de figura socialmente irrelevante. Cuidaria melhor o legislador de proteger o menor de idade ou aquele que é vítima de atos violentos, ameaçadores ou fraudulentos, mas não a pessoa adulta que foi convencida a levar vida promíscua. Ressaltemos, se tal conduta fosse realmente relevante e danosa à sociedade, não se teria a proliferação de anúncios e propagandas de toda a ordem nessa área, com o beneplácito das autoridades. [...] Nãoé crível que, até hoje, persista a cantilena de preservar os bons costumes, sem nem mesmo definir quais sejam, colocando o Direito Penal na procura pelo impossível. A prostituição é fato concreto e, mais, fato penalmente irrelevante.
>
> É evidente haver casas de prostituição de todos os moldes possíveis, com fachadas inocentes, mas onde a autêntica exploração sexual pode acontecer. Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar contas com outras pessoas, as fornecedoras de qualquer auxílio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade. Retirar-se –ia da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado. Em nossa visão, exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento desta pessoa, valendo-se, primordialmente de fraude ou ardil [...] Desse modo, inserir, no art. 229, a mantença de estabelecimento em que ocorra exploração sexual não traz benefício algum. (NUCCI, 2010, p.955).

O Código Penal, que é datado de 1940, configurava em seu texto original, antigo e moralista, como crime a mantença de casa ou lugar destinado a *encontros libidinosos*.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o tipo penal teve alteração na expressão, prevendo, agora, ser crime a mantença de *estabelecimento em que ocorra exploração sexual.* Grandes vozes da doutrina e da jurisprudência criminal sustentam que a alteração legal veio justamente para diferenciar a prostituição praticada por maiores, livre e consentida, da indesejável exploração sexual.

A doutrina e a jurisprudência, como demonstrar-se-á mais adiante com casos práticos, ressaltam a aplicação do princípio da adequação social da conduta, que preconiza a impossibilidade de se punir um indivíduo que pratica uma conduta que, embora tipificada como crime, é aceita e tolerada pela sociedade.

Nossos tribunais e a doutrina penalista levantam, ainda, a ofensa ao princípio constitucional da intervenção mínima, argumentando que o Estado não pode ser totalitário e intervir na vida de todos, preocupando-se, por exemplo, com questões morais, pois, assim, nos tornamos um Estado evasivo e intolerante, violador da dignidade da pessoa humana.

4 O ATUAL ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E O ACOLHIMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO DO PROFISSIONAL DO SEXO

A maneira com que juridicamente se trata o trabalho da prostituta, excluindo essas profissionais da efetiva proteção estatal, afronta nosso ordenamento jurídico, contrariando princípios fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que veio para garantir e petrificar direitos básicos de uma vida digna a todo o ser humano.

A Constituição de 1988 impõe a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, defendendo a proteção do trabalho humano. Em seu artigo 1º, inciso IV, a Carta Magna preconiza como fundamento do Estado brasileiro a *valorização social do trabalho*. Dar valor social ao trabalho é possibilitar que ele seja um meio de inclusão do indivíduo na sociedade; é possibilitar que o trabalhador se veja como uma peça contributiva ao sistema.

O trabalho não é só um meio de garantia da nossa subsistência, mas um meio de sermos úteis à sociedade, de elevarmos nossa autoestima e garantirmos nossa boa saúde mental. A Constituição Federal não só prestigia o trabalho como fator produtivo, mas quer a real valorização social deste, sem fazer, por outro lado, qualquer distinção entre as suas espécies, isto é, em sendo o trabalho lícito, o constituinte determina que deva ser o trabalhador valorizado.

O trabalho da prostituta, não constitui ilícito penal, ou civil, devendo, assim, ser enquadrado como atividade, ocupação ou trabalho. (SILVA NETO, 2008). Quando se analisa a prostituição de pessoas adultas, feita de maneira livre e consentida, fica evidente estarem presentes os elementos caracterizadores do trabalho em relação empregatícia (artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) ou do trabalho como profissional autônomo.

O trabalhador que labora em prostíbulos, sob a direção do dono do empreendimento, cumprindo horários e as demais normas estabelecidas por ele, exerce atividade que preenche todos os requisitos celetistas definidos à relação de emprego (onerosidade, pessoalidade, subordinação e habitualidade). Aquele que labora por conta própria, estabelecendo seu preço e condições, como o faz qualquer outro prestador de serviços, por sua vez, é, sem sombra de dúvidas, um trabalhador autônomo.

A Constituição Federal dispõe, ainda, em seu artigo 3º, inciso I, como objetivo do Estado brasileiro, democrático de direito, a busca pela construção de uma sociedade *livre, justa e solidária.*

Manoel Jorge bem conceitua a sociedade solidária como aquela que *não inimiza os seus indivíduos, buscando soluções tendentes a compatibilizar os interesses em antagonismo*, ou seja, uma sociedade que seja receptiva, ao menos, a todos aqueles não infringirem suas leis.

O mesmo autor, revirando os principais dispositivos constitucionais, menciona os incisos III e IV, do artigo 3º/CF, como outros fundamentos à proteção dos trabalhadores aqui estudados. O inciso III determina a persecução do desenvolvimento nacional:

> Reconhecer o trabalho da prostituta e proteger a sua atividade é viabilizar a elevação de qualidade de vida das pessoas que executam essa espécie de trabalho, tornando concretamente respeitado o objetivo fundamental referente à garantia do desenvolvimento nacional. (SILVA NETO, 2008).

O inciso IV, por sua vez, determina ser objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que deve ser aplicado ainda com mais força ao trabalho lícito prestado por qualquer ser humano, como bem dispõe a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que busca a abolição de qualquer prática discriminatória ilegítima nas relações de trabalho.

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda traz em destaque o princípio da liberdade de exercício profissional, sustentando que todos somos livres para escolhermos a profissão, ou o ofício, que melhor nos proporcionem qualidade de vida e emancipação social, sendo legítima a atividade profissional relacionada com a satisfação sexual de outrem quando exercida por pessoa maior e capaz. (LACERDA, 2013).

Sendo como autônomo ou empregado, fato é que a prostituição é um trabalho e, repisa-se, um trabalho lícito. E, sendo trabalho lícito, não há outro caminho previsto na nossa Constituição senão a sua valorização social e a garantia do Estado à cidadania daqueles que o exerçam.

5 A DICOTOMIA DO ENFRENTAMENTO DA PROSTITUIÇÃO POR NOSSOS TRIBUNAIS CRIMINAIS E TRABALHISTAS

Se os trabalhadores do sexo estão desemparados pelo Legislativo e jogados à margem da sociedade, o Judiciário, igualmente, não garante a proteção constitucionalmente a eles prevista. A contradição que caem os julgados na esfera trabalhista e criminal revelam que as questões morais são replicadas nas decisões judiciais.

5.1 OS JULGADOS NA ESFERA PENAL: DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CASAS DE PROSTITUIÇÃO

A jurisprudência massiva dos tribunais criminais se inclina em absolver qualquer tentativa do Ministério Público em punir aqueles que exploram prostíbulos ou que praticam rufianismo.

A totalidade dos julgados estudados revelaram o entendimento de que a manutenção da atividade, por si só, não é conduta ilícita, limitando-se a aplicar punições a quem explora a prostituição infantil ou qualquer espécie de prostituição não consentida.

Abaixo à análise concreta de alguns desses julgados:

> Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). Recurso com vistas à absolvição. Admissibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Abolitio criminis. Configura-se atípica a manutenção de estabelecimento destinado a encontros libidinosos, mesmo programas sexuais, a menos que presente a elementar típica da "exploração sexual", acrescida ao dispositivo em comento após a reforma legislativa. Exploração sexual que deve ser interpretada a luz da tutela da dignidade sexual, com significado, portanto, relacionado às condutas marcadas pelo ardil, violência, grave ameaça, enfim, pelo prejuízo à vontade e dignidade da vítima prostituída. Ausente comprovação nos autos neste sentido, remanesce a mera mantença de uma casa que sediava programas, impondo-se a absolvição calcada no art. 386, III, CPP. Recurso provido.
>
> [...]
>
> VALDERIR ALVES DOS SANTOS (RG nº 19.929.045) foi denunciado como incurso nos artigos 229 e 230, ambos dispositivos do Código Penal, porque, no ano de 2003, em vários horários, principalmente noturno, no *"Bar e Boate Star Drink Dama da Noite"*, em Monte Aprazível, mantinha mencionado estabelecimento, por conta própria, objetivando lucro e tirando proveito da prostituição alheia, participando diretamente dos ganhos, fazendo-se sustentar parcialmente por quem a exerce. (TJSP. Apelação n. 0003312-42.2003.8.26.0369. DJ 03/11/2004. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 28/04/2018).

Entretanto, a maioria da jurisprudência posiciona-se no sentido de desconsiderar atividade criminosa quando aceita pelas autoridades locais e pela própria sociedade.

> Não fosse apenas este argumento, observa-se que a todo o momento nos deparamos na televisão, jornais e revistas com propagandas sobre o comércio do sexo, incentivando os jovens e instigando menores. Por isto parece-me impossível condenar a ré por ter mantido um lupanar, quando pelos meios de comunicação é levada à ignorância da antijuridicidade de seu agir, julgando ser sua conduta absolutamente legítima. (TJSP. Apelação n. 0003312-42.2003.8.26.0369. DJ 03/11/2004. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 02/09/2015).
>
> APELAÇÃO CRIME. LENOCÍNIO. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Com a evolução dos costumes, a manutenção de estabelecimento comercial no qual ocorre prostituição passou a ser aceita - ou pelo menos tolerada - pela sociedade. Assim, apesar da previsão contida no art. 229 do Código Penal, deve incidir ao caso o princípio da adequação social, resultando a atipicidade material da conduta. Ademais, como bem observa a doutrina, se a própria prostituição não é considerada crime e se nem toda a forma de exploração sexual consiste em atividade ilícita, não se mostra razoável a simples punição da pessoa que mantém local onde possam ocorrer quaisquer dessas atividades. (TJRS. Apelação n. 70044269728. DJ 06/10/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 28/04/2018).

Os votos destacam o princípio da adequação social, que preconiza que se uma conduta é amplamente conhecida e aceita pela sociedade, não restam elementos a justificar a punição do agente que a pratica.

Um bom exemplo disso, trazido por um dos julgadores, é o fato de que o próprio Poder Público rotineiramente concede alvarás para funcionamento de estabelecimentos que desenvolvem esse tipo de atividade, locais que, ainda que com nomes fictícios, são amplamente conhecidos pela comunidade como prostíbulos.

5.2 OS JULGADOS NA ESFERA TRABALHISTA: DA AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Enquanto a jurisprudência criminal majoritária se posiciona pela antijuridicidade da conduta e pela absolvição daqueles que exploram casas de prostituição, os tribunais do trabalho, por outro lado, têm dividido seu entendimento entre os que entendem que a mera ilicitude do objeto gera o julgamento de extinção das reclamatórias movidas pelos trabalhadores do sexo e os que compartilham do entendimento de que o trabalhador, cuja atividade é lícita (ainda que prestada a empregador que explora atividade ilícita), não pode ficar desamparado.

Nos casos em que se entende pela apreciação do mérito da reclamatória, invariavelmente, há o reconhecimento do vínculo empregatício com a casa de prostituição, o que demonstra que a grande maioria (senão a totalidade) desses trabalhadores prestam serviços às *casas de tolerância* com todos os requisitos de uma relação de emprego, mas na total informalidade e na consequente marginalização do trabalho.

Em interessante caso levado ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, narrou-se o ocorrido com uma prostituta de 25 anos, que trabalhava a um reconhecido prostíbulo de Piracicaba (SP), cumprindo jornada de cinco dias semanais fixos, das 21h às 3h. A trabalhadora residia no próprio local, recebendo do dono da casa ordens e alimentação.

O empregador exigia que suas funcionárias consumissem e oferecessem bebidas alcoólicas aos clientes, estipulando, inclusive, metas de consumo diário, com gratificações e descontos salariais.

A exposição do caso real demonstra que durante a jornada de trabalho, a funcionária, já alcoolizada, tentando entrar em seu quarto, caiu da janela e teve trauma vertebral, perdendo todos os movimentos do corpo. A trabalhadora ficou acamada por 18 meses e veio a óbito após ingressar com a reclamatória, deixando um dependente menor sem qualquer amparo previdenciário.

A reclamada, além de negar a existência de vínculo, advogou no sentido de que a profissão de prostituta, por si só, tornaria nula a contratação, o que foi acolhido em primeiro grau. Dentre os argumentos usados como fundamento da sentença, o juízo de primeiro grau aduziu que a tarefa exercida pela reclamante de exposição do próprio corpo é atividade relacionada à sua opção pessoal de vida.

O Tribunal reformou a sentença, em um belo voto da Desembargadora Ana Claudia Torres Vianna cujas razões não se pode deixar de transcrever:

> Ademais, desde que o mundo é o mundo e o ser humano se organizou em sociedade, é sabido que a imagem da mulher exibindo seu corpo e provocando os impulsos mais primitivos do sexo oposto é um excelente meio de vender produtos. Qualquer tipo de produto. Os publicitários atuais (e também não tão atuais assim) bem conhecem esta forma de marketing, que o diga os fabricantes de automóveis, bebidas e até brinquedos.
>
> [...]
>
> O que a mulher faz ou deixa de fazer com o seu corpo é direito exclusivo dela, conquistado em apenas alguns lugares do mundo atual e não sem muitas lutas.
>
> [...]
>
> Se há comércio e existem pessoas trabalhando com habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade, nesse local há vinculo de emprego.
>
> [...]
>
> Nesse sentido, o não-reconhecimento da relação empregatícia importaria em odioso enriquecimento sem causa do empregador. Certamente o efeito seria reverso: estimularia a exploração do corpo humano e permitiria trabalho na condição análoga à de escravo. E mais. No presente caso, com

> patente prejuízo a menor, filho da falecida reclamante, que não contaria sequer com a proteção previdenciária. (TRT15R. Recurso Ordinário n.0006700- 15.2009.5.15.0137. DJ 14/05/2013. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 31/09/2015).

Nesse mesmo julgado, o médico perito que analisou o ambiente laboral fez a interessante consideração de que para os trabalhadores de atividades regulamentadas, como *someliers* e mestres cervejeiros, há ampla fiscalização e controle (no caso, do consumo de álcool), de maneira a propiciar total preservação dos trabalhadores. Aos profissionais do sexo, por sua vez, não há qualquer espécie de controle da atividade, deixando os trabalhadores de todo desamparados.

O que se percebe nos poucos casos trazidos ao judiciário trabalhista é que as empresas reclamadas não temem quaisquer represálias na seara criminal e, cientes de que a mera manutenção de atividade ilícita pode absolvê-las de uma condenação trabalhista, valem-se deste argumento em suas defesas, como se pode verificar, igualmente, no processo nº 02481.2008.086.02.00-9 (TRT2R. Recurso Ordinário n. 02481.2008.086.02.00-9. DJ 27/08/2010. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 02/09/2015).

Muitos julgadores se limitam a entender que, em sendo a atividade de exploração de casa de prostituição ilícita, os trabalhadores que a ela prestam sua mão de obra não merecem abrigo da Justiça do Trabalho e acabam por negar-lhes qualquer direito trabalhista:

> EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. OBJETOILÍCITO.
>
> "GAROTA DE PROGRAMA". Hipótese em que a relação mantida entre as partes envolvia exploração de prostituição, prática considerada ilícita pelo Código Penal. Inviável o reconhecimento de relação de emprego que tem como objeto a prática de ilícito penal. Rejeição da arguição de nulidade processual por cerceamento de defesa. Mantida a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito. (TRT4R. Recurso Ordinário n.0009800-29.2009.5.04.0025. DJ 01/07/2010. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 28/04/2018).
>
> ILICITUDE DA ATIVIDADE DA RECLAMADA, REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO. A atividade da reclamada revestida de ilicitude, conforme comprovação por prova oral, inviabiliza o reconhecimento do contrato de trabalho do recorrente, diante da manifesta ilegalidade de seu objeto. Inobstante o labor do recorrente não ser ilícito, o mesmo resta afetado pela ilicitude da atividade ré. (TRT2R. Recurso Ordinário n.02537-2009-202-02-00-9. DJ 12/08/2010. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 02/09/2015).

Na decisão proferida nos autos da reclamatória n. 0000442- 51.2010.5.04.0301, da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (publicada em 23/04/2014), a juíza relatora entendeu pela inviabilidade do reconhecimento do vínculo empregatício com o trabalhador da casa de prostituição, sob o fundamento "de que sendo ilícito (criminoso) o objeto social da reclamada, inviável a formação de qualquer relação de emprego com o estabelecimento em questão, uma vez que essa ilicitude impede a regular e válida instauração do contrato de trabalho".

Os demais desembargadores, contudo, proferiram voto divergente, bem fundamentando no sentido de que o não reconhecimento do contrato de trabalho implicaria beneficiar justamente o objeto ilícito explorado pela reclamada, eximindo-a de cumprir as obrigações legais decorrentes do vínculo de emprego.

O quadro apresentado, atualmente, pelas decisões de nossos tribunais é o de que o explorador da mão de obra dos trabalhadores do sexo (e aqui afastamos aqueles que se valem da real exploração sexual) acaba por não ser penalizado criminalmente.

Os trabalhadores do sexo, por outro lado, são fortemente penalizados com a omissão do Judiciário trabalhista que, por meio de decisões calcadas em um preconceito, muitas vezes mascarado, afasta qualquer direito trabalhista desses indivíduos:

> [...] a maior perplexidade foi notar que os aplicadores do direito no Brasil nada mais realizam do que reproduzir ad nauseam critérios de interpretação das normas que, em rigor, em rigor mesmo, bem poderiam ser extraídos da Escola da Exegese. (SILVA NETO, 2008).

É contraditório que, justo na seara laboral - destinada à defesa de todo e qualquer trabalho humano – aspectos religiosos e morais do julgador acabem por recusar aos trabalhadores a tutela específica devida, como temos vivenciado nas reclamatórias promovidas pelas prostitutas. (SILVA NETO, 2008).

6 OS PROJETOS DE LEI QUE VISAM REGULAMENTAR A PROSTITUIÇÃO E A VISÃO DOS PARLAMENTARES

A primeira grande discussão pelo Legislativo brasileiro sobre a regularização da prostituição se deu no ano de 2003, com o projeto de lei n. 98/03, de autoria do deputado e líder do Partido Verde, Fernando Gabeira.

Inspirado na legislação alemã de 2002, o projeto de lei bem observa que a prostituição é uma atividade contemporânea à própria civilização. Em sua justificação, assim consta:

> Fazemos profissão de fé que o Legislativo brasileiro possui maturidade suficiente para debater a matéria de forma isenta, livre de falsos moralismos que, aliás, são grandemente responsáveis pela degradação da vida das pessoas que se dedicam profissionalmente à satisfação das necessidades sexuais alheias.[4]

As esperanças dos criadores do projeto de que os parlamentares não envolvessem questões pessoais e a própria religião na decisão, contudo, não pareceram ter tido sucesso. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou a proposta do projeto. O deputado ACM Neto, naquela ocasião, justificou, em suas palavras, que *o sexo é uma criação de Deus, mas o homem distorceu*.

Em julho de 2012, o deputado federal do PSOL do Rio de Janeiro, Jean Wyllys, lançou o projeto de lei n.4.211/2012, que ficou conhecido como *Lei Gabriela Leite*, em homenagem à prostituta militante, fundadora da ONG Dadiva, que lutou em favor dos direitos da classe·

O projeto considera profissional do sexo *toda a pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração*.

O dispositivo conceitua e veda qualquer espécie de exploração sexual, o que configura, pelo projeto, crime hediondo. Além disso, prevê aposentadoria especial aos profissionais do sexo. Em sua justificação constam importantes conclusões:

> A prostituição é atividade cujo exercício remonta à antiguidade e que, apesar de sofrer exclusão normativa e ser condenada do ponto de vista moral ou dos "bons costumes", ainda perdura. É de um moralismo superficial causador de injustiças a negação de direitos de profissionais cuja existência nunca deixou de ser fomentada pela própria sociedade que a condena. Trata-se de contradição causadora de marginalização de segmento numeroso da sociedade.

Compartilha-se do entendimento de Guilherme de Souza Nucci, "vivemos em época diversa do tempo em que foi editado o Código Penal (1940), razão pela qual os atuais legisladores precisam dar-se conta dos avanços advindos". (NUCCI, 2010, p.962).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As poucas tentativas do nosso legislativo em regulamentar a prostituição, conferindo aos profissionais direitos trabalhistas e previdenciários básicos, não lograram êxito, estando os projetos de lei parados.

A surpreendente postura passiva do judiciário trabalhista é reflexo de uma sociedade que ainda vê a atividade daqueles que prestam serviços sexuais como atividade humana indigna e não merecedora da atenção e da custódia do Estado.

4 Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=10469. Acessado em 20.08.2015.

A informalidade dificulta o levantamento de dados precisos, impossibilitando que se conheça a extensão do problema. A exclusão social impede que os garotos e garotas de programa busquem reconhecimento como classe e a efetivação de garantias sociais básicas, como o próprio acesso ao judiciário.

A omissão do Estado impede uma real fiscalização dos prostíbulos. Sem ter a profissão regulamentada, os exploradores da mão de obra (cafetões, rufiões, donos de prostíbulos) têm uma garantia legitimada pela sociedade de que não terão seus estabelecimentos fiscalizados pelo Ministério do Trabalho ou pelo Ministério Público para que garantam condições de higiene adequadas, um meio ambiente de trabalho seguro e livre de assédios. O dono do capital tampouco teme a união dos trabalhadores em sindicatos, ou a reivindicação de direitos há muito conquistados, como o direito à limitação da jornada de trabalho, ao adicional de insalubridade, ao recolhimento previdenciário e de FGTS.

Enquanto o capital se mantém livre de encargos trabalhistas e previdenciários e os trabalhadores (e aqui também incluímos os autônomos) são excluídos da tutela do Estado, a sociedade bem convive com a prostituição.

A comercialização de serviços sexuais, mercado bastante lucrativo, existe em qualquer comunidade. As casas de prostituição são por todos conhecidas. A publicidade, aliás, sequer é tímida: basta abrir os classificados de qualquer jornal para nos depararmos com ampla e descarada oferta de serviços. Não é por menos que os tipos penais aqui estudados vêm sendo desconsiderados.

Nessa realidade, há muito vivenciada, os trabalhadores continuam à espera de uma ação governamental vinda de uma sociedade que insiste em fechar os olhos para a exploração lucrativa de sua energia humana, sob o argumento de que a venda do corpo e de serviços sexuais não é moralmente correta, nem deve ser aceita.

A hipocrisia nos impede de enxergar que, em verdade, a venda do corpo, da saúde física e mental, de tempo de vida é a dolorosa moeda de qualquer trabalhador no cruel sistema capitalista, cabendo ao direito do trabalho dar limites a essa desleal troca. Segundo Souto maior (2008), "O Direito do Trabalho, de uma só vez, valoriza o trabalho, preserva o ser humano, busca proteger outros valores fora do trabalho e regula o modelo de produção, na perspectiva da construção da justiça social dentro do regime capitalista".

Não podemos nos conformar e admitir que a sociedade aceite e consuma os serviços sexuais, cada vez em maior escala (a tecnologia nos propicia, inclusive, a prostituição virtual), ao passo que empurra trabalhadores cada vez mais a uma exclusão social. Precisamos olhar para esta mão de obra, estudá-la e buscar desmistificar alguns preconceitos, a fim de pressionar o legislativo e o judiciário na busca de uma efetiva justiça social, o grande objetivo do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GÓMEZ, Danna. **Según la corte constitucional: La prostitución en Colombia, es un trabajo.** Disponível em: <http://www.utadeo.edu.co/es/noticia/emisora/emisora-oyeme-ujtl/7451/segun-la-corte-constitucional-la-prostitucion-en-colombia-es>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FERNANDES, Daniela. **Mais de 40 milhões se prostituem no mundo, diz estudo.** BBC Brasil. 2012. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/01/120118_prostituicao_df_is> Acesso em: 24 mar. 2018.

SACRAMENTO, Octávio; RIBEIRO, Manuela. Mulheres marcadas: prostituição, ordem e exclusão. **Cuadernos de Trabajo Social** . v. 27-1 p.197-209. 2014

RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. **Revista Bagoas**. Natal:UFRN, v.2. Jan/Jun. 2008.

LACERDA. Rosângela Rodrigues Dias de. Proteção ao Trabalho da Prostituta: Modelo Laboral e Princípio da Justiça Social. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; BASSFELD GNATA, Noa Piatã (org). **Trabalhos Marginais.** São Paulo: Ltr, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. *Revista do Ministério Público do*

Trabalho, n. 36, ano XVIII, set 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, 10. Ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. **O mundo do trabalho**: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2009.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 19.09.2015.

Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas. Disponível em: http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.htm. Acessado em 19.09.2015.

A (IM) POSSIBILIDADE DA CANDIDATURA AVULSA SEM EMENDA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Flávia Miranda Falcão[1]

Marília Medeiros Piantá[2]

RESUMO: O artigo tem por objetivo examinar a possibilidade de candidatura avulsa sem a promulgação de Emenda Constitucional. A análise perpassa pelo estudo dos partidos políticos como organismos de representação democrática popular e da filiação partidária como condição de elegibilidade. Pretende-se verificar se o Supremo Tribunal Federal, sem proceder à mutação de sua jurisprudência, poderá reconhecer ao Pacto de São José da Costa Rica, força normativa para autorizar candidaturas sem vinculação a partido político.

Palavras-chave: Candidaturas Avulsas. Filiação Partidária como Critério de Elegibilidade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pacto de São José da Costa Rica.

ABSTRACT: This article consists on the exam of independent candidacy in Brazil without the need of a constitutional amendment to allow it. The analysis begins at the study of political parties, as organisms created for popular democratic representation, and advances to affiliation as eligibility criterion. It is intended to verify if Federal Supreme Court is legitimate to recognise normative strength to the Pact of San Jose of Costa Rica in order to validate independent candidacy, regardless of precedents and current constitutional rules.

Keywords: Independent Candidacy. Party Affiliation as Eligibility Criterion. Federal Supreme Court Precedents. Pact of San José of Costa Rica.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da possibilidade da candidatura avulsa vem ganhando destaque no cenário nacional. Essa visibilidade desponta como produto da profunda crise de representatividade política das agremiações partidárias, assim como da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, sinaliza exame de compatibilidade do pacto de São José da Costa Rica com a disciplina constitucional que estabelece a filiação partidária como condição de elegibilidade.

Para compreensão da problemática, imprescindível o estudo da gênese dos organismos de representação popular, a filiação partidária como condição de elegibilidade, o *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos e a jurisprudência do STF.

Utilizando-se o método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica, pretende-se verificar se é possível, sem a promulgação de Emenda à Constituição da República, candidatura avulsa. Busca-se igualmente examinar se cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de decidir sobre o tema.

---

1 Técnica Judiciária ~~no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul,~~ e~~specialista em Direito Eleitoral pela Fundação Irmão José Otão/PUCRS, Mestranda em Direito~~ pela Fundação Escola Superior ~~do Ministério Públ~~ico do Rio Grande do Sul, ~~flaviafalcao@tre-rs.jus.br.~~

2 Analista Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul~~, especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS,~~ Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, ~~mariliapianta@tre-rs.jus.br~~

2 PARTIDOS POLÍTICOS - REPRESENTAÇÃO E DEMOCRACIA

Em 1850, com exceção dos Estados Unidos, o mundo não conhecia organismos de representação democrática denominados de partidos políticos, apenas clubes populares, opiniões, associações de pensamento. Passados 100 anos, a realidade mudou, passando a funcionar agremiações partidárias na maior parte das nações civilizadas (DUVERGER: 1970, p. 19).

Como aconteceu essa passagem de uma política apartidária para a realidade pluripartidária que encontramos hoje na maior parte das democracias, ou bipartidária, como nos Estados Unidos? Qual a representatividade dos interesses sociais nos partidos políticos atualmente?

Segundo Duverger, a origem desses agrupamentos políticos é a chave para entendermos o funcionamento das democracias atuais. Os partidos são classificados em duas possíveis categorias: de origem eleitoral- parlamentar e de origem indireta, também chamados partidos de massas.

Os partidos de origem eleitoral-parlamentar surgiram no Parlamento Inglês, no final do Século XVIII, num momento da vida legislativa em que se sentiu a necessidade de constituição de grupos com alguma consistência institucional. Em geral, o parlamentar propunha um projeto de lei sobre assunto de seu domínio. Esse projeto, uma vez proposto, não poderia ser aprovado sem o apoio de outros parlamentares que, por sua vez, exigiam reciprocidade em relação a suas próprias propostas. Essa situação pressupunha um mínimo de identificação de interesses e assim, com o tempo, o pertencimento a um grupo passou a ser um imperativo para que o parlamentar pudesse apresentar projetos e obter sua aprovação. Esperava-se que os membros do grupo votassem a favor uns dos outros, concordando ou não, sob pena de expulsão.

Exemplo contemporâneo dessa situação, ocorrido no Brasil, foi a desfiliação de Plínio de Arruda Sampaio do Partido dos Trabalhadores e ingresso no Partido Socialismo e Liberdade em 2005, pois era contrário à legalização do aborto, pauta defendida pelo partido do qual saíra.

Retornando à Inglaterra do final do Século XVIII, foi dessa forma que grupos institucionalizados passaram a agir como um só ator político, com afetos, oposições e decisões independentes das de seus integrantes. Com isso, adquiriram atributos de uma pessoa e transcenderam à existência de seus membros, pois o grupo continuava existindo independentemente da reeleição desses mesmos integrantes. O parlamentar que tomava a palavra não falava mais em nome próprio, mas em nome da instituição que representava, ao mesmo tempo em que o capital institucional era transferido para si. Com o tempo, a filiação ao grupo não era mais necessária somente como meio para a aprovação de projetos, mas também para o pertencimento ao próprio parlamento, uma condição simbólica e jurídica. Dessa forma, o pertencimento a esses grupos tornou-se condição de elegibilidade, consistente numa chancela ou garantia eleitoral do candidato.

Outro fenômeno observável é que esses grupos parlamentares paulatinamente se consolidavam mas, terminada a legislatura, cada parlamentar necessitava retornar à sua circunscrição para fazer campanha e concorrer novamente. Note-se que, no caso do sistema distrital inglês, os representantes conhecem seus representados mais de perto, têm seu eleitorado mapeado. O eleitor, por sua vez, também tem mais chances de encontrar o representante, conhecê-lo realmente e cobrar as medidas que considera importantes nesse período de campanha, única oportunidade em que os representantes de partidos de origem parlamentar buscam a sociedade.

Para viabilizar a campanha dos candidatos individuais, é constituído um fundo comum pelo grupo ainda durante a legislatura, pois o retorno de cada integrante ou a reposição de seus quadros é de interesse do grupo, que faz a distribuição dos recursos arrecadados. Ao final das eleições, o parlamento passa a apresentar constituição por grupos majoritários e minoritários, dependendo do número de integrantes que consegue eleger.

O segundo tipo de origem partidária é a indireta ou de massas, composta por agrupamentos sociais que se unem para defender diversos interesses, tais como sindicatos, associações, igreja e outros. O nascimento de partidos no meio sindical é observável em vários países do mundo: Partido dos Trabalhadores, no Brasil; Partido Justicialista, na Argentina; Partido Socialista Obrero Español, na Espanha; Parti Socialiste, na França. Observa-se que não há, nos Estados Unidos, partido que dispute o poder central e seja de origem sindical. A gênese de partidos na igreja também é um fenômeno verificável em alguns países, a exemplo

da Democracia Cristã, na Itália, que permaneceu hegemônica de 1942 até o início dos anos 1990; mas o mesmo tipo de organização não ocorreu no Brasil, pois os parlamentares representantes da igreja evangélica encontram-se dispersos em vários partidos. Seja qual for o interesse que representem, o ponto em comum é que partidos de origem indireta, apesar do maior enraizamento na sociedade, entraram em desvantagem numa disputa que já existia, com regras criadas pelos partidos de origem parlamentar.

Assim, necessariamente surgem como oposição, contestação aos interesses já representados no Parlamento. Em seu nascedouro eram partidos que não obrigatoriamente desejavam chegar ao poder pelas vias existentes, mas pela revolução, alternativa viável graças à forte conexão que tinham com a sociedade.

A propósito do reflexo dos interesses representados pelos partidos na sociedade, em 1967, os cientistas políticos Seymour Lippset e Stein Rokkan, propuseram uma explicação para a gênese da representatividade partidária nas forças sociais em atividade pelo sistema de clivagens ou fissuras, classificada em quatro grandes níveis: na primeira clivagem estaria a ideia de maior ou menor atuação do Estado na sociedade, intervenção na esfera individual e em grupos multiculturais, resultado dos processos de unificação política, administrativa e cultural associados à construção dos estados-nação; na segunda, a laicização do Estado e, como resultado, a maior ou menor influência da religião no voto e, na terceira e quarta, resultantes dos processos de industrialização e migração das populações rurais para áreas urbanas, estão a defesa dos interesses rurais e a distribuição de renda e promoção dos direitos sociais na cidade (CALCA: 2010, p. 6).

Apesar de fundamental, o sistema de clivagens pode não ser o mais adequado para explicar a representatividade da sociedade atualmente, como se verá a seguir. *Na maioria das democracias e semi-democracias pós-1978, esses vínculos são fracos e constituem uma parte fundamental do frágil enraizamento partidário na sociedade* (MAINWARING; TORCAL: 2005, p. 249)

Mainwaring e Torcal desenvolvem a ideia no sentido de que o enraizamento social partidário é muito mais forte na maioria das democracias industriais avançadas, comparado à maioria das democracias e semi-democracias pós-1978.

Em breves palavras, o autor analisa duas evidências empíricas dessa variação de força: programas e ideologias como a origem da estabilidade dos vínculos entre eleitores e partidos, critérios definidores das escolhas dos eleitores, que perdeu força nas democracias e semi-democracias atuais, e *vínculos entre eleitores e candidatos mais personalistas na maioria dos regimes competitivos pós 1978 do que nas democracias industriais avançadas. Fora destas, muitos eleitores escolhem os candidatos com base em suas características pessoais, sem levar em conta partido, ideologia ou questões programáticas* (MAINWARING; TORCAL: 2005, p. 250).

Verifica-se, hoje, que a função da maioria dos partidos políticos deixou de ser a de um lastro de identificação ideológica e programática com os interesses sociais para a de uma associação necessária para a elegibilidade e o funcionamento parlamentar, fenômeno que possibilita coligações para a disputa de eleições compostas por partidos cujos nomes representam interesses absolutamente conflitantes, ou ainda, que são concorrentes em alguns municípios e aliados em outros, assemelhando partidos de origem indireta, calcada nos interesses sociais, aos partidos de origem parlamentar, criados para a aprovação de projetos de lei no parlamento, como visto na classificação de Duverger.

Foi nesse contexto que a Constituição Federal Brasileira de 1988 disciplinou os partidos políticos, assegurando-lhes o direito de livre criação, fusão, incorporação e extinção, acesso a recursos do fundo partidário, desde que preenchidos os requisitos de representatividade mínima na Câmara dos Deputados com votação distribuída nas unidades da Federação, e o acesso gratuito ao rádio e à televisão.

3 A FILIAÇÃO PARTIDÁRIA COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE

Duverger distingue a relação entre partido e filiado da relação entre partido e simpatizante. Aponta como diferença principal a integração do filiado ou adepto à organização ou comunidade partidária que, no caso dos partidos de massas, constitui a *própria matéria do partido, a substância da sua ação* (1970, p. 98), realidade posteriormente disseminada aos partidos de origem parlamentar ou de quadros. Para o autor, *a*

noção de adepto é o resultado da evolução que levou os partidos de quadros aos partidos de massas (1970, p. 99).

Distingue a relação entre adeptos ou filiados de partidos de massas e partidos de quadros pelo exame da própria natureza dos partidos de massas que, se depende do apoio financeiro dos filiados para sua manutenção, também oferece formação doutrinária como contrapartida. Partidos de quadros, como conceitua os partidos de origem parlamentar, representantes da burguesia, não dependiam das massas para sua manutenção:

> [...] ela possuía seus arrecadadores de fundos, suas pessoas gradas, suas elites. Julgava suficiente sua cultura política. [...] Foi preciso que o desenvolvimento do comunismo ou dos métodos revolucionários fizesse compreender à burguesia a insuficiência dos partidos de quadros para que ela empreendesse seriamente a criação de partidos de massas (DUVERGER, 1970, p. 103)

Compreendidas algumas ideias desse autor sobre a importância dos filiados à conformação partidária que se observa hoje nas democracias, examina-se o regramento jurídico brasileiro e a importância da filiação como condição de elegibilidade.

O Tribunal Superior Eleitoral define filiação partidária como *o ato pelo qual um eleitor aceita, adota e passa a integrar um partido político. Esse vínculo que se estabelece entre o cidadão e o partido é condição de elegibilidade, conforme disposto no artigo 14, §3º, V, da Constituição Federal.* (Disponível em <http://www.tse.jus.br/partidos/filiacao-partidaria>. Acesso em 07.05.2018).

Essa condição constitucional de elegibilidade encontra-se regulamentada no artigo 19 da Lei dos Partidos Políticos[3]. Há a exigência de que o cidadão, em pleno gozo de seus direitos políticos, esteja filiado a uma agremiação partidária há pelo menos 6 (seis) meses da data fixada para a eleição para que possa concorrer a um cargo eletivo, prazo que outrora foi de um ano, podendo ser fixado período maior conforme estatuto do partido.

A filiação partidária é assunto interno aos partidos, pessoas jurídicas de direito privado com autonomia para estabelecer procedimentos de filiação partidária em seus estatutos e programas. A doutrina define como segue:

> As questões que digam respeito à intimidade dos partidos políticos, inclusive as relações com seus filiados estão imunes a qualquer intervenção estatal, salvo quando envolverem matéria de legalidade, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV, da CF) (ARAS: 2016, p. 152).

Dessa forma, a filiação partidária independe de controle judicial prévio, diante da autonomia constitucionalmente assegurada às agremiações, mas após formado o vínculo, cumpre à Justiça Eleitoral examinar o preenchimento do prazo mínimo para o implemento da condição de elegibilidade para o registro de candidatura a cargo eletivo.

Condição simbólica e jurídica de pertencimento ao Parlamento, agora alargada para eleições ao Executivo, a filiação partidária comporta dois significados: o primeiro é o de alinhamento às ideias de um grupo de origem parlamentar ou surgido no âmago da sociedade, agora definido como partido, e o segundo é o jurídico, que encontra previsão no artigo 14, § 3º, V, da Constituição Brasileira de 1988.

O constituinte de 1988 foi contundente ao demonstrar a intenção de dedicar papel central aos partidos políticos na democracia nacional: arrola o pluralismo político como um dos fundamentos da República no artigo 1º, V; a liberdade de associação no artigo 5º, XVII; a independência partidária e o pluripartidarismo, no artigo 17, e a filiação partidária como condição de elegibilidade.

A filiação partidária é, pois, requisito constitucional à apresentação de uma candidatura. E não só isso, aparece como eixo central de verdadeira opção pelo sistema representativo, pelo sistema político da

3 Art. 19. Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, deverá remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos.

nação.

Diferentemente das demais condições de elegibilidade, como nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, a filiação partidária tem repercussão imediata no sistema eleitoral e mesmo na forma de governo.

Assim, definiu o constituinte que o mandato eletivo deve ser obtido e exercido por cidadãos vinculados a partidos políticos que representam interesses sociais e projetos legítimos para se alcançar o poder, instrumentos de representação popular.

Aliás, uma rápida leitura no texto constitucional, revela inúmeros dispositivos legais que assentam e justificam o papel do partido político, seja ele como encarregado de registrar a candidatura do Presidente da República (art. 77, §2º, CF), seja como articulador nos processos político-administrativos (arts. 53 e 54, CF), seja na eleição proporcional do poder legislativo (art. 45, CF).

A Constituição Federal, ao estabelecer como condição de elegibilidade a filiação partidária, concorde-se ou não, sacramentou a impossibilidade de representação política fora dos partidos políticos.

Os partidos foram eleitos os interlocutores entre o povo e poder. Nas palavras de Monica Herman Salem Caggiano:

> Consequentemente, ao partido é cometida a notável tarefa de mediação entre os dois polos [eleitores/ representados e eleitos/representantes], exatamente no ensejo de viabilizar o implemento objetivo do cânone da representação, qual seja, o equilíbrio social, suporte do ideal democrático. Nesse terreno, o partido passa a configurar peça integrante do processo governamental (1995, p. 18)

4 HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Foi no histórico julgamento acerca da compatibilidade, ou não, da prisão do depositário infiel e o disposto no Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento jurídico por meio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tormentoso tema sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos (STF. RE 466.343/ SP. Relator: Ministro Cezar Peluso).

Naquela oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes trouxe à reflexão a existência de pelo menos quatro correntes doutrinárias versando sobre a temática, que podem ser assim sintetizadas:

a) natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;

b) natureza *constitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;

c) natureza de *lei ordinária* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;

d) natureza *supralegal* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos.

A concepção supraconstitucional encontra obstáculo no princípio da supremacia formal e material da Constituição. A compreensão de superioridade dos tratados e convenções colocaria em risco a possibilidade do controle da constitucionalidade dessas normas internacionais.

As correntes que defendem a natureza constitucional ou de lei ordinária dos tratados perderam força com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu a incorporação dos tratados e convenções no ordenamento jurídico com a hierarquia de emenda constitucional, apenas caso submetidos ao mesmo processo legislativo dessa espécie normativa. Por essa razão, os documentos internacionais ratificados pelo Brasil, antes da EC 45/2004 e que não sofreram o processo específico de emenda, por óbvio, não podem ser considerados de *status* constitucional.

Ao final, após intensos debates, o STF atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos o caráter *supralegal*. Significa dizer, abaixo da Constituição Federal, mas acima hierarquicamente

de todo o ordenamento jurídico. Idêntico entendimento é adotado pela Alemanha, França e Grécia.

Segundo Ferreira, a *supralegalidade consiste em reconhecer uma importância maior aos tratados que à legislação doméstica ordinária, sem, contudo, elevá-los à condição de norma constitucional* (2015, p. 66) .

Pela clareza do que se contém no voto do Ministro Gilmar Mendes, transcreve-se:

> Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.
>
> É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.
>
> Como enfatiza Cançado Trindade, 'a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central'.
>
> Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.
>
> Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.
>
> Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica , não há base legal para aplicação da parte final do art. 5o, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343 SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 05.06.2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em 05.05.2018.)

Portanto, fixou-se naquele julgamento a natureza supralegal do Pacto de São José da Costa Rica que, assim como tal, apesar de não ter força de alterar a previsão constitucional, tem efeito de *paralisar a eficácia da legislação infraconstitucional* que instrumentalizava a prisão do depositário infiel.

Equivale dizer, não foi declarada *inconstitucional* a previsão da segregação do depositário infiel, apenas reconheceu-se a insubsistência da legislação infraconstitucional, como pode se constatar pela ementa do julgado:

> EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343 SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 05.06.2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em 05.05.2018).

No acórdão acima mencionado, outros argumentos foram considerados, como a violação ao princípio

da proporcionalidade como proibição de excesso e da reserva legal proporcional que, entretanto, não serão objeto no presente texto, pois refogem ao âmbito de abordagem temática.

5 A REPERCUSSÃO GERAL DADA À CANDIDATURA AVULSA

Assentada a natureza *supralegal* do Pacto de São José da Costa Rica, cumpre examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu repercussão geral ao tema da candidatura avulsa (STF. ARE n. 1.054.490 QO/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 05.10.2017. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14474833. Acesso em 06.05.2018).

A mencionada repercussão geral originou-se de apreciação de questão de ordem suscitada em processo vindo do Rio de Janeiro, no qual foi indeferido registro de candidatura avulsa às eleições de 2016 daquele município.

Houve a interposição de Recurso Extraordinário no Tribunal Superior Eleitoral, inadmitido naquela Corte Eleitoral. Na sequência, oposição de embargos de declaração e, em seguida, agravo em recurso extraordinário.

Como o pleito já havia ocorrido, o eminente Relator, Ministro Roberto Barroso, constatando a perda parcial do objeto, submeteu ao Plenário, questão de ordem nos seguintes termos: 1 - A perda (ao menos parcial) de objeto do caso concreto impede o reconhecimento da repercussão geral da questão jurídica que ele coloca? 2 - O debate sobre a viabilidade constitucional das candidaturas avulsas tem repercussão geral?

O primeiro questionamento foi objeto de divergência dos Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, em face da prejudicialidade do recurso, prevalecendo, por maioria, a tese do Ministro Relator Roberto Barroso no sentido de que, apesar do transcurso das eleições, remanesceriam os pedidos de anulação das eleições de 2016 e de reconhecimento do direito à candidatura avulsa em eleições futuras.

No que diz respeito à repercussão geral, manifestou-se no sentido do indiscutível interesse no debate da questão constitucional sobre o alcance do significado da exigência da filiação partidária à luz do Pacto de São José da Costa Rica. Acrescentou, ainda, a crise política vivenciada pelo Brasil, o impeachment de uma presidente da República, a corrupção e o desemprego na ordem de 13% da população economicamente ativa.

Sobre a viabilidade constitucional de candidaturas independentes, discorreu o Ministro Barroso, no sentido de que poderia gerar *desbloqueio* do acesso do cidadão comum à política, *ampliação* da concorrência eleitoral e *reforçar* a legitimidade do sistema político e sua credibilidade aos olhos da população.

No que refere à questão de fundo, afirmou não desconhecer a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que exige a filiação partidária como condição de elegibilidade, ressaltando, no entanto, que não há na literalidade do texto do art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal , vedação expressa à candidatura independente, já que há menção da expressão *na forma da lei:*

> Art.14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos , e, nos termos da lei, mediante:
>
> [...]
>
> § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
>
> [...]
>
> V - a filiação partidária;

Também o Ministro Barroso sustentou que o debate travado é o mesmo que ocorreu em face da questão da prisão civil por dívida.

Assim, caberia ao STF analisar se norma do artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica poderia invalidar a previsão constitucional de filiação partidária. Transcreve-se o dispositivo:

> Artigo 23 - Direitos políticos
>
> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
>
> a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
>
> b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
>
> c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
>
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Seguiu-se observação pertinente do Ministro Ricardo Lewandovski, contrário à repercussão geral, diante da taxatividade da Constituição Federal e porque *a grande esmagadora maioria dos doutrinadores que tratam do tema dizem que não é possível o funcionamento da democracia representativa sem partidos políticos. Eu penso, com o devido respeito, que os nossos constituintes devem ter se inspirado justamente nesses doutrinadores.*

Acrescentou o eminente Ministro Lewandowski, não ser o Supremo Tribunal Federal, o foro apropriado para reforma política, apesar da indiscutível relevância do tema, porque há o que se chama de reserva de lei e, no caso, reserva de lei qualificada.

A respeito da semelhança com o tema da prisão do depositário infiel, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção de não haver possibilidade de se comparar aquela situação com a filiação partidária. No caso da prisão civil, foi dito que o Pacto de São José da Costa Rica derrogava a legislação processual que operacionalizava a segregação. Entretanto, no caso, o comando constitucional em discussão é a filiação partidária, que é a condição básica para candidatar-se. Dessa forma, se não houvesse regulamentação de prazos de filiação, no nosso sistema não haveria possibilidade de alguém disputar uma eleição sem filiação a um partido.

6 O STF E A FALSA EXPECTATIVA DE POSSIBILIDADE DE CANDIDATURA AVULSA

O reconhecimento da repercussão geral ao tema filiação partidária tem gerado celeuma nos foros judiciais, causando equivocada expectativa de viabilidade de candidatura independente.

Em 17.01.2018, decisão oriunda da 132ª Zona Eleitoral, do Município de Aparecida de Goiânia (PET 25-54.2017.6.09.0132), ao apreciar pedido formulado por Mauro Juqueira e União dos Juízes Federais deferiu tutela *para determinar que o Tribunal Superior Eleitoral, desenvolvesse softwares e códigos fontes para inscrição de candidato não vinculado a partidos políticos.*

Essa decisão foi suspensa por força da concessão de suspensão de segurança n. 0600030-98.2018.6.09.0000, em 31.01.2018, da lavra do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, ao entendimento de que a candidatura avulsa causaria grave lesão à ordem pública, colocando em risco o planejamento do processo eleitoral de 2018.

No Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul também aportou pedido de declaração de plena condição de apresentação de candidatura avulsa, formulado por Sérgio Augusto Pereira de Borja (PET 0600088-68.2018.6.21.0000), indeferido pelo Relator Desembargador Eleitoral Silvio Ronaldo Santos de Moraes, ao assentar que o tema candidatura avulsa apenas poderia ser implementado no Brasil, *mediante substanciosa reforma política,* pois vigente o sistema proporcional, sendo as agremiações partidárias as

detentoras de acesso aos recursos do Fundo Partidário, tempo de propaganda eleitoral no rádio e televisão.

7 PROPOSTAS DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, foram propostas pelo menos oito emendas versando sobre candidatura avulsa. A mais antiga remonta o ano de 2006 e a mais recente é de 2017.

Em apertada síntese, todas as propostas fundamentam-se na crise de representatividade que atinge as agremiações partidárias, diante do distanciamento entre os anseios do povo e a condução dos rumos do Legislativo, assim como o enfraquecimento e fragmentação das siglas.

Em contraponto a esse argumento, sustenta-se que a solução está em fortalecer os partidos e não autorizar a atuação fora deles.

De qualquer forma, o debate está longe de ter um fim.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os partidos políticos são imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito e a filiação partidária é o instrumento escolhido pelo legislador constituinte originário para o exercício da representação democrática popular.

O Supremo Tribunal Federal reconhece, até o momento pelo menos, natureza supralegal ao Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, no plano hierárquico, situa-se abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional.

Sendo a filiação partidária de estatura constitucional, como consectário lógico, o Pacto de São José da Costa Rica não pode se sobrepor à norma hierarquicamente superior.

Ainda que o Pacto de São José da Costa Rica tivesse força paralisante sobre a legislação ordinária que regulamentou a filiação partidária, a obrigatoriedade do vínculo não poderia ser dispensada.

Dessa forma, a menos que o STF empreenda mutação em sua jurisprudência, não é possível candidatura avulsa no Brasil.

A arena própria para esse debate, contudo, não é no Judiciário. A discussão sobre a continuidade ou não do monopólio partidário no sistema eleitoral do país, deve ser feita por meio de ampla e profunda reforma política e não por meio decisão judicial.

A corroborar a afirmação, as inúmeras propostas de Emendas à Constituição Federal, que devem ser examinadas e sopesadas, por meio de seus representantes legítimos, escolhidos pelo sufrágio.

Se o Legislativo está a se omitir, cumpre à sociedade civil organizada, exigir atitude e reforma política para a correção das desigualdades e mazelas que adoecem nossas instituições e nosso POVO BRASILEIRO.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária: Efetividade e Aplicabilidade.* 1. ed. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA*. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 16.05.2018.

BRASIL. DECRETO N. 678, DE 06 DE NOVEMBRO DE 1992, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 06.05.2018

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política: proposta para uma rearquitetura da democracia.* São Paulo, Angelotti Ltda., 1995.

CALCA, Patrícia. As Clivagens Políticas e os Partidos: uma abordagem, CIES e-Working Papers, 2010. Disponível em <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2176/1/CIES-WP99_Calca.pdf.> Acesso em 06.05.2018.

DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. 1. ed. Zahar Editores, 1970.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino Ramos. *O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos Políticos e Inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MAINWARING, Scott; TORCAL, Mariano. *Teoria e Institucionalização dos Sistemas Partidários Após a Terceira Onda de Democratização*, in: Opinião Pública, Ed: Campinas, Vol. XI, n. 2, Outubro, 2005, p. 249-286. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/op/v11n2/26416.pdf.> Acesso em 06.05.2018.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Candidaturas sem partido, eleição sem ficha limpa.* Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/candidaturas-sem-partido-eleicao-sem-ficha-limpa-03102017b>. Acesso em 06.05.2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343 SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 05.06.2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 05.05.2018.

STF. ARE n. 1.054.490 QO/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 05.10.2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14474833>. Acesso em 06.05.2018

NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: AS LIÇÕES DE OTTO BACHOF E O ENTENDIMENTO DO STF

Autor

RESUMO: Nesse limiar de século XXI, o Constitucionalismo assume crescente relevância nos estados contemporâneos, afirmando-se que o próprio Estado Constitucional tem origem na Constituição. Daí a importância do estudo das normas constitucionais com destaque à possibilidade, ou não, de que padeçam da mácula da inconstitucionalidade por violação a normas, valores e princípios fundantes consagrados, na própria Carta, de forma implícita ou explícita, ou que violem normas de valores suprapositivos, e da possibilidade do reconhecimento dessa inconstitucionalidade pela Corte Constitucional, no caso brasileiro, o STF.

Palavras-chave: Estado. Norma. Constituição. STF. Valores.

ABSTRACT: At this threshold of the XXI century, the constitutionalism assumes growing significance in contemporary states, arguing that the own constitutional originates in the Constitution. Hence the importance of studying the constitutional requirements with emphasis on possibility, or not, that suffer the taint of unconstitutional for violating the norms, values and founding principles enshrined in the Constitution, either implicitly or explicitly, or that violate not specified rules of values, and the possibility of the recognition that unconstitutionality by the Constitutional Court, in the Brazilian case, the Supreme Court.

Key-words: State. Rule. Constitution. Supreme Court. Values.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo assume, nesse limiar de século XXI, papel de crescente relevância nos estados contemporâneos, a ponto de se afirmar que o próprio Estado Constitucional tem origem na Constituição, ou seja, juridicamente, a cada nova Carta, tem-se um novo Estado jurídico, embora sobre o mesmo território, com a mesma gente e a mesma história.

Assim, com o presente trabalho, busca-se analisar o Poder Constituinte com ênfase ao Poder Constituinte Originário, responsável pela elaboração de uma nova Constituição, perpassando-se, ainda que em rápidas linhas, as próprias noções de Estado e de Constituição, perquirindo-se mais exatamente acerca da existência, ou não, de limites materiais do Poder Constituinte e sua vinculação, ou não, a valores consagrados pela sociedade que funda o Estado.

Dessa análise, passa-se ao reconhecimento de que já quando do exercício desse Poder Constituinte podem ser feitas normas constitucionais que se contraponham a valores e princípios fundantes consagrados, na própria Carta, sejam de forma implícita ou explícita, ou, ainda, que violem normas de valores suprapositivos.

Num próximo passo, será levada a efeito a diferenciação, em sede de inconstitucionalidade, entre invalidade e ilegitimidade, adentrando-se a análise das lições de Otto Bachof, jurista alemão de reconhecida importância no Constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, expostas na obra "Normas Constitucionais Inconstitucionais".

Em seguida, breves análises de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, Ações Diretas de Inconstitucionalidade nrs. 815 e 4097, com críticas às decisões da Corte responsável pelo controle concentrado de Constitucionalidade no Brasil.

2 AS LIÇÕES DE OTTO BACHOF

Já no prefácio para a tradução portuguesa da obra, Otto Bachof sinaliza não haver espaço para se pensar no exercício de qualquer parcela de poder ou função estatal dissociada de valores suprapositivos, sobretudo a idéia de um direito justo, nem mesmo quando do exercício de atividade pelo Poder Constituinte originário. Diz o jurista:

> As questões dos limites da actuação estadual em todas as suas formas – seja mesmo na veste da actuação constituinte -, da relação entre a legitimidade e a legalidade, das possibilidades e limites do controlo judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada ao direito e à justiça: pois elas são, em último termo, as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do direito[1].

Contudo, antes de adentrar-se o tema proposto, cabem pertinentes e breves considerações, a saber:

Como noção de Direito, opta-se pela lição de Geörg Jellinek[2] que o concebia como um *minimum* ético, aquele *minimum* de que a sociedade necessita para continuar vivendo e sendo reconhecida como tal. Objetivamente, representa as condições de conservação da sociedade, tanto que estas condições podem depender da vontade humana, razão pela qual o *minimum* de existência das normas éticas, visto que subjetivamente é o *minimum* dos atos morais que a sociedade exige de seus membros. Nesse sentido, a variabilidade do conteúdo da ética implica a do Direito, porque este recebe impulsos do progresso das forças sociais que o condicionam.

Quanto à noção de Estado, segundo Gierke[3] tem-se que é *"a mais alta e compreensiva forma de comunidade, não perceptível para os sentidos, mas real para o espírito, que nos revela uma existência comum sobre a existência individual. Este elemento comum é a unidade permanente, viva, a unidade que quer e atua e na qual se encerra todo o povo. Assim, o Estado é apresentado como um organismo social humano com vida comum própria, distinta de seus membros, formando uma unidade real"*, concepção essa que evoluiu aos dias de hoje em que se percebe a reinvenção do Estado, por obra do direito comunitário, que passa a ser superior ao próprio Estado.

Quanto ao conceito de Constituição, Geörg Jellinek (Teoria Geral do Estado, 1900) referiu inicialmente que ela seria:

> Toda associação de caráter duradouro necessita de um ordenamento, pelo qual sua vontade é conformada e executada, seu âmbito delimitado, a posição de seus membros nela e para com ela é regulada. Um tal ordenamento chama-se Constituição. Necessariamente cada Estado tem a partir disso uma Constituição. Um Estado sem Constituição seria anarquia. Basta a existência de uma força de fato, que mantenha a unidade estatal, para que se tenha por satisfeito um mínimo de Constituição, do qual o Estado precisa para sua existência. Para os povos aculturados a regra é de um ordenamento juridicamente promulgado, composto de preceitos de Direito.
>
> A Constituição do Estado abrange, a partir disso, via de regra os preceitos jurídicos que descrevem os mais altos órgãos do Estado, que fixam o modo de sua criação, suas relações recíprocas e seu âmbito de atuação, e, além disso a posição básica do indivíduo em relação ao Poder do Estado.

Modernamente, em face de Constituições como a brasileira de 1988, que abrangem praticamente todas as matérias jurídicas, e não somente o estatuto político do Estado, prefere-se o conceito baseado em Konrad Hesse de Constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade, estabelecendo também as bases da criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente seu conteúdo.

De fato, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, houve sensivelmente o predomínio das idéias de constitucionalistas "comunitários", a exemplo de José Afonso da Silva e Paulo Bonavides.

---

1 BACHOF, Oto, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Ed. Almedina, 2008, pág. 3.

2 Citado por Anísio Pires Gavião Filho, *in* Revista da Faculdade de Direito da FMP, nº 01, pág. 37.

3 Idem.

Nesse sentido, Gisele Cittadino define o traço comunitário da Constituição como sendo "a ordem concreta de valores partilhada pela comunidade que, através dos mais diversos mecanismos de participação político-jurídica, deve buscar realizá-la, concretizando, assim, o seu direito à autodeterminação".

Para tanto, a Constituição torna-se o elo de unidade do inteiro sistema jurídico da comunidade.

No que respeita à supremacia da Constituição, Ferdinand Lassale - "O que é uma Constituição" (Berlim, 1862/1863)[4] – já referia que:

> Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, ela será (...) uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir deste instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental.

Segundo Otto Bachoff[5], importa, ainda, distinguir entre a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material:

> Nos termos desta distinção, Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais – particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da Constituição.
> Por constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objetiva, mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador.

Sobre o Poder Constituinte, Paulo Bonavides[6] leciona:

> Alguns juristas vêem no poder constituinte o problema fundamental e primordial do direito constitucional, mas esse problema, após os incisivos debates teóricos dos séculos XVIII e XIX, permanecia de último um tanto deslembrado dos tratadistas do direito público. (...) O poder constituinte tanto poderá exprimir do ponto de vista sociológico um confisco ou uma usurpação de soberania como um quadro de valores ou de legitimidade. (...) O Direito Constitucional da liberdade lhe pertence. Esse poder constituinte das teses liberais e democráticas da nação e do povo soberano é o único legítimo para instituir um Estado de Direito. Outros poderes constituintes poderão existir, têm existido, nosso País mesmo já os conheceu em manifestações que não enaltecem o passado das instituições. Nunca porém lograrão eles fazer Constituições capazes de exprimir a vontade legítima do povo ou conter a verdadeira dimensão da soberania nacional. É portanto o poder constituinte da nação soberana, seu exercício único e exclusivo pelo povo, ou por suas Constituintes, aquele que cabe na legítima tradição constitucional do país.

Quanto ao exercício desse Poder Constituinte, tem-se, conforme Jorge Miranda[7], que, "embora sendo o titular do poder constituinte, não é o povo que exerce esse mesmo poder, dada a "impossibilidade fática" de uma "reunião de todos do povo" para deliberar sobre a Constituição normativa (o texto final a ser aprovado).

Ganha aqui relevo o problema da "Assembléia Constituinte", e também o problema da invocação do povo como "titular" do poder constituinte embora possa haver a sua ausência (ou proibição) de participar do processo constituinte. Daí trabalhar-se com a dicotomia "poder constituinte material" (a idéia de direito que se pretende e que emana de seu titular) e "poder constituinte formal" (quem efetivamente "escreve" a Constituição)".

---

4 Conforme material de aula do Curso de Especialização em Direito Público da ESMP, disponibilizado pelo Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, 3º encontro tendo como tema "Teoria do Poder Constituinte".

5 Ob. cit. p.39.

6 Curso de direito constitucional, 7ª. ed., p. 146.

7 Manual. vol. II, p. 62/63.

Ainda, costuma-se dividir o Poder Constituinte em três grandes espécies: Originário; Derivado; e Decorrente.

Sendo o que interessa ao presente estudo, restringimos a análise ao Poder Originário, como sendo aquele instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.

O objetivo fundamental do Poder Constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, possuindo, como características, ser inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica, e rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior; autônomo, visto que a estruturação da nova constituição será determinada autonomamente por quem exerce esse poder constituinte originário; ilimitado juridicamente, no sentido de que não tem de respeitar os limites postos pelo direito anterior, sendo incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, porque não tem de submeter-se a qualquer forma prefixada de manifestação (Lenza, 2008)[8].

Assim, perpassados, ainda que mui rapidamente, tais conceitos básicos, o tema das normas constitucionais inconstitucionais tem em Otto Bachof, jurista alemão, o expoente inicial de tais indagações.

Bachof proferiu conferência sobre o tema em 1951, em Heidelberg, ou seja, após vivenciar o holocausto de uma Alemanha dominada pelo regime totalitário irracional dos anos 30 e 40 do século passado.

Esse contexto em que Otto Bachof apresentou suas idéias tem como superior virtude a preocupação do jurista contra a existência, no corpo da Constituição, de normas que conflitassem com os preceitos fundamentais de justiça, lastreados inclusive pelo Direito Natural, tal como referiu o deputado Carlo Schmidt, no Congresso de Constança, em 1947: "Temos que aprender de novo que a justiça está antes do direito positivo e que são unicamente as suas categorias intocáveis pela vontade dos homens que podem fazer das leis direito – seja o legislador quem for, um tirano ou um povo"[9] .

Nessa senda, assenta-se a idéia de o Direito ser uma integração normativa de fatos segundo valores prévios, informando os postulados fundamentais de um povo como parâmetros ou nortes orientadores do Constituinte Originário e Derivado.

Por esse prisma, um Estado de Direito caracteriza-se pela obrigatoriedade em que são colocadas e conservadas todas as normas jurídicas provenientes de um Poder Soberano, que se diz legítimo pela soberania popular que assim o consagrou, ou seja, "o Direito deve ser sempre 'uma tentativa de Direito Justo', por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade"[10].

Portanto, configurado o Direito como um sistema de normas, resta consabida a existência, ao menos potencial, de conflitos e incompatibilidades entre essas normas.

Assim, havendo Estado de Direito pressupõe-se a existência de uma constituição que tenha como função precípua a estruturação de uma ordem normativa fundamental que vincule todos os poderes públicos, até mesmo em razão da supremacia das normas constitucionais.

Além do princípio da constitucionalidade das leis, há o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição, que exige, inclusive, que atos não normativos submetam-se à lei maior e com ela guardem consonância.

Seguindo esse raciocínio, pode-se escalonar os graus de sanção das normas existentes dentro das incompatibilidades normativas respectivas, denominando-as de invalidade e ilegitimidade[11].

Nesse sentido, Bachof[12] leciona:

---

8 Como Poder Constituinte Derivado entende-se a elaboração de Emendas Constitucionais e por Poder Constituinte Decorrente, o exercido pelos outros entes da federação, como Estados, DF e Municípios, ao elaborarem suas Constituições e Leis Orgânicas (art. 25 da CRFB, por exemplo).

9 *Apud*: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994. p.45.

10 REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 20° ed. 2002, p. 115.

11 ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas Constitucionais Inconstitucionais.* Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, vol. 1, 2003, pág. 142.

12 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994. p.42.

A validade (*Geltung*) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido da sua existência como plano e expressão de um poder efectivo, e a obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.

Como hipóteses de normas constitucionais inválidas o autor refere que a distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material conduz a que igualmente se distinga entre a inconstitucionalidade de normas jurídicas resultante da infração da Constituição escrita (formal) e a resultante da infração do direito constitucional material não escrito[13], elencando, como casos de violação da Constituição escrita:

> a) Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais: A questão da validade (Geltung) de uma Constituição põe-se, em geral, apenas em relação à ilegitimidade, não à legalidade da mesma. Teria pouco sentido, de facto, fazer depender a validade (Geltung) de uma Constituição da sua legalidade, entendida esta como a feitura de acordo com os preceitos da Constituição antes em vigor.
>
> É isto o que acontece, em primeiro lugar, quando o próprio documento constitucional torna a sua entrada em vigor dependente de condições.
>
> Mas também pode carecer de legalidade uma norma constitucional isolada, se é apenas esta norma que não corresponde aos requisitos postos pela Constituição, como por exemplo, a ratificação através de um plebiscito[14].
>
> Depois, e como Grewe assinalou, pode a legalidade de uma norma da Constituição assumir ainda significado quando o processo constituinte tiver sido estabelecido por leis pré-constitucionais: a observância deste processo será, então, condição da validade da Constituição. Todavia, as leis pré-constitucionais podem obrigar apenas o poder constituído, não o titular do poder constituinte, o qual a todo o tempo pode contorná-las, através de um acto constituinte originário (...) Por conseguinte, uma norma constitucional só poderá ser considerada como inválida ou inconstitucional, em virtude da infracção de semelhantes disposições processuais, se e enquanto os titulares do poder
>
> constituinte continuarem a reconhecer essas leis como obirgatórias, e estas últimas portanto, forem, ainda, elas próprias, direito constitucional vigente".
>
> b) Inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição[15]:
>
> Uma lei de alteração da Constituição (...) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal(...).
>
> Cumpre, todavia, fazer a esta afirmação uma restrição essencial:
>
> Como já se disse, a legitimidade de uma Constituição não significa que esta tenha de ser produzida de acordo com os preceitos da Constituição anteriormente em vigor: os preceitos sobre a revisão de uma Constituição apenas podem obrigar o poder constituído, nunca o poder constituinte.(...) Já não se trata de uma revisão, mas de uma remoção (eventualmente só parcial) da Constituição que até aí existia; já se não trata de um acto, regulado pela lei constitucional e, portanto, fundamentalmente limitado, do *pouvoir constituté*, mas de um acto originário do *pouvoir constituant*.(...)Constituição, de facto originariamente inconstitucional, poderia transformar-se, por força de uma ulterior aprovação pela volunté generale, num acto constituinte autêntico e eficaz".
>
> c) Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior
>
> Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional[16].

13 Op. Cit., p. 49.
14 Op. Cit., p. 50.
15 Op. Cit., p. 52.
16 Op. Cit., p. 55.

E a solução é assim posta por Bachof[17]:,

> Enquanto o legislador constituinte actua autonomamente, estabelecendo normas jurídicas que não representam simples transformação positivante de direito supralegal, mas a expressão da livre decisão de vontade do *pouvoir constituant*, pode ele, justamente, por força desta sua autonomia, consentir também excepções ao direito assim estabelecido. A meu ver, nenhuma diferença faz aqui que essas normas constitucionais sejam importantes ou menos importantes, não me parecendo possível considerar inconstitucional uma norma da Constituição de grau inferior, em virtude da sua pretensa incompatibilidade com o conteúdo de princípio da Constituição, desde que esse conteúdo de princípio da Constituição seja ainda produto de uma autónoma criação de direito.(...) É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais excepções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa – não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do carácter arbitrário da excepção.

Ainda refere o autor alemão a inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais com a cessação da vigência sem disposição expressa, apontada por Krüger[18], ou seja, a transformação de uma norma transitória numa norma permanente, concluindo que "as normas constitucionais cuja limitação temporal não se encontra claramente fixada através do estabelecimento dum prazo com data certa ou da ocorrência de um determinado acontecimento permanecem formalmente como parte integrante do documento constitucional até à sua expressa revogação, pelo que, no caso de elas se haverem tornado incompatíveis com o conteúdo material da Constituição, em virtude do desaparecimento dos respectivos pressupostos, bem poderiam ser com alguma razão qualificadas como normas que se tornaram inconstitucionais"

Ainda, o autor reconhece a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional, no sentido de que "à Constituição, e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito supralegal, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional". Para Bachof, "uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, simultaneamente contrária ao direito natural e constitucional".

Em seguida, Bachof menciona possibilidade de violação de direito constitucional não escrito, nos casos de infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição, infração de direito constitucional consuetudinário e infração de direito supralegal não positivado:

Em relação à infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição, diz o autor[19]:

> Tais princípios constitutivos, no entanto, encontram-se – na medida em que não forem expressão de direito supralegal – à disposição do titular do poder constituinte. Já não estão, porém, senão muito condicionadamente – se é que em alguma medida o estão – ao dispor dos órgãos do pode constituído. Estes princípios não podem ser modificados à vontade, seguindo o caminho do processo de revisão regulado pela lei constitucional: a faculdade de revisão não poder romper o quadro da regulamentação legal-constitucional em que assenta[20].
>
> Assim, não seria só inconstitucional, (...)uma lei que viesse a alterar a articulação da Federação em Estados Federados, substituindo-a por uma estrutura estadual unitária: também o seria, ao invés, uma lei que, através de uma redução desmedida, em favor dos Estados federados, das competências da Federação, pusesse em perigo a coesão e a capacidade de actuação dessa última, pois que tal lei estaria a infringir um princípio constitutivo não escrito, anterior a todas as regras singulares, segundo o qual a República Federal está dirigida à conservação da unidade alemã.

Quanto à inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário, referindo que "uma norma jurídica também pode ser inconstitucional por infracção de tal direito consuetudinário", mas, no que respeita a normas da Constituição, esta possibilidade praticamente não se verifica.

17 Op. Cit., p. 56.
18 Idem, p. 59.
19 Op. Cit. P. 66.
20 Citando C. Schmitt.

Por fim, não sem admitir outras possibilidades de normas constitucionais inválidas (inconstitucionais), o autor trata da inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado[21], afirmando que "mais importante do que a incorporação terminológica do direito supralegal, é, porém, de novo, o facto de uma norma constitucional que infrinja tal direito não poder reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica, independentemente da questão de saber se e em que medida o direito supralegal violado foi transformado em direito constitucional escrito. E importante é, além disso, a questão – a discutir só ulteriormente – de saber se a competência judicial de controlo se estende à verificação da compatibilidade de normas jurídico-positivas, incluindo as normas constitucionais, com o direito supralegal (não escrito)"[22].

E conclui:

> O meu objetivo foi simplesmente mostrar que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da impossibilidade lógica de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste à análise[23].

Se houver incompatibilidade material ou formal com os preceitos fundamentais prescritos pela Constituição, deve ser declarada inválida essa norma, uma vez que a validade é pressuposto para a norma ser seguida, pois, para Norberto Bobbio[24] a validade é a "pertinência de uma norma a um Ordenamento".

Lado outro, as normas compreendem as regras e os princípios, sendo que os princípios por serem informadores de todo o sistema jurídico, coexistem ainda que antagônicos entre si, algo impensável em relação às regras, que, para Dworkin, são aplicáveis à maneira do tudo ou nada[25] .

Os princípios, além de atuarem normativamente, têm, como principal característica, serem funcionais, cimentando a unidade do ordenamento, indicando o conteúdo de direito de determinado tempo e lugar, fixando, assim, os *standards* de justiça, laborando como a principal ferramenta na solução de distúrbios sistemáticos que, de vez em vez, assolam o ordenamento jurídico.

Ainda, o Poder Constituinte, mesmo que originário, há de levar em conta a forte carga de valores existente na sociedade, ficando, pois, vinculado aos valores essenciais do povo.

Isso porque, se pensássemos numa ordem jurídica apenas e absolutamente normativa (como "puro dever-ser"), ainda assim haveria valores prévios que determinariam o conteúdo dessas normas, pois fundam o próprio dever ser da norma, nascem com os homens, são indissociáveis e possuem funções bem determinadas de criar, alterar e modificar a realidade. De toda a sorte, seriam o parâmetro para uma nova realidade[26].

Logo, toda a produção de Direito será oriunda de uma Carta Constitucional que deverá estar em consonância com a ordem de valores de um povo, inserido em determinada cultura, sob pena de ser declarada ilegítima.

É como afirma Canotilho[27]:

> Neste complexo processo de positivação constituinte nunca é demais pôr em relevo a dimensão constitutiva da experiência dos valores. Não se trata de escolher aprioristicamente valores e isolá-los num "reino de valores", mas de afirmar a íntima conexão do sentimento jurídico com certos valores (realizados ou não) como, por exemplo, o valor da liberdade, da igualdade, da paz, da confiança, da segurança, da ecologia.

Ainda, cumpre referir a distinção entre os conceitos de inconstitucionalidade e ilegitimidade.

---

21 Op. Cit., p. 67.
22 Op. Cit. P. 68.
23 Op. Cit., p. 70.
24 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UNB, 6º ed, 1995.
25 DWORKIN, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit*., p. 253.
26 ESTRELLA, p. 147.
27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes "Direito Constitucional", p. 121, ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

Para Jorge Miranda[28], "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição – e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido."

Já a ilegitimidade, comporta-se num plano de maior abrangência, sendo vinculante e transcendendo a Ordem Jurídica. É a própria Constituição que deverá estar alinhada com a Ordem de Valores essenciais de um povo, sob pena de banimento da norma constitucional desobediente aos valores que por ela deveriam ser consagrados e realizados, ainda que sejam valores não positivados no texto constitucional. É a garantia do Ordenamento Jurídico[29].

Portanto, a idéia de Otto Bachof encontra amparo no relacionamento entre o direito suprapositivo, vinculador do constituinte originário, colocando limites a um Poder originariamente ilimitado, com sua obra, a Constituição.

Entende que, como o direito suprapositivo é inerente ao Estado de Direito, atribui também às normas formalmente constitucionais a incrustação desse direito, tendo já destacado ser matéria de Constituição o direito suprapositivo, qualificando de ilegítima, no atributo de sua obrigatoriedade, a norma constitucional que violar direito suprapositivo plasmado na Constituição. Portanto, o autor coloca no mesmo patamar de igualdade o direito suprapositivo com conteúdo fundamental da Constituição.

São lições de Bachof[30]: "O direito supralegal assim delimitado é uma ordem objetiva. Cumpre em especial separar inteiramente o recurso a esta ordem, do recurso à consciência individual como fundamento de validade ou fonte de decisões judiciais".

Nessa senda, refere Canotilho[31]:

> A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de "valores jurídicos". O critério da legitimidade do poder constituinte não é mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as "ideias de justiça" radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa (HABERMAS) e a convicção, por parte da colectividade, da sua "bondade intrínseca.

Assim, novamente com base em Bachof[32], "se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e, de harmonia com o exposto supra, carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como inconstitucional, se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a incorporação material (Ipsen) dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição".

Canotilho[33] também reconhece ser perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a existência de "contradições transcendentes" entre o direito constitucional positivo e os "valores", "directrizes" ou "critérios" que servem para a modelação do direito positivo, permitindo a análise de "constitucionalidade da constituição".

E suscita a indagação sobre quem controla a conformidade da constituição com o direito supraconstitucional, referindo que o Tribunal Constitucional Alemão, ao admitir uma ordem de valores vinculativamente modeladora da constituição, considerou-se igualmente competente para "medir"

28 MIRANDA, Jorge "Manual de Direito Constitucional", tomo II, p. 273/274, item n. 69, 2ª ed., Coimbra Editora Limitada.
29 ESTRELLA, op. cit., pág. 150.
30 Ob. cit. págs. 44/45.
31 Op. Cit. p. 115.
32 Ob. cit. p. 62.
33 Op. Cit. p. 240.

valorativamente a própria constituição, exercendo papel de "guia" na defesa da ordem de valores constitucionais[34].

Seguindo-se esses parâmetros, portanto, é possível também perguntar-se sobre a possibilidade de normas constitucionais em nosso ordenamento jurídico, e se o Supremo Tribunal Federal se considera competente para uma tal declaração de inconstitucionalidade.

2 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 FUNDAMENTOS NA ADIN 815-3

Trata-se de importante *leading case* sobre a eventual inconstitucionalidade originária de norma constitucional.

Com efeito, referida ADIN teve por objeto a argüição da inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da CRFB de 1988, sob o fundamento de tratamento desigual e desproporcional dado ao voto dos cidadãos brasileiros.

Isso porque a referida norma feriria, no entendimento do autor da ação, o então Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Alceu Collares, princípios constitucionais superiores, albergados pelas cláusulas pétreas, as quais, por consubstanciarem concreções positivas do direito supralegal[35], estariam num patamar superior de hierarquia.

Tratava-se, conforme a exordial, de violação dos princípios da Igualdade (artigo 5º da CRFB/88), da Igualdade do Voto (artigo 14 da CRFB/88), do exercício, pelo povo, do poder (artigo 1º parágrafo único da CRFB/88), da cidadania (artigo 1º, inciso II, da CRFB/88), da Democracia (artigo 1º da CRFB/88) e do Regime Federativo (artigo 60, parágrafo quarto, inciso I c/c artigo 1º da CRFB/88).

Também, foi desfilada argumentação no sentido da desproporção e discriminação na divisão existente entre a população do país, sua participação no PIB – Produto Interno Bruto - e a composição do Congresso Nacional.

Demonstrou o postulante que as regiões brasileiras do SUL/SUDESTE abrigavam, à época, 57,7% da população do país, contribuindo com cerca de 77,4% do PIB, porém ocupando apenas 45% das cadeiras no Congresso Nacional, enquanto que as regiões NORTE/NORDESTE abrigavam 42,3% da população, contribuindo apenas com 22,6% do PIB e, contudo, ocupando 54,3% das cadeiras do Congresso Nacional.

Portanto, sustentava que a previsão constitucional originária consagrava tratamento díspar em evidente descompasso na divisão das cadeiras no Congresso Nacional, que se tornava discriminatória e injusta, porquanto atribuía pesos diferentes a

34 Idem.

35 BACHOF, Oto, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Ed. Almedina, 2008, págs. 44/45.

cidadãos absolutamente iguais, em inegável colisão entre os valores de justiça e de eqüidade.

Segundo Estrella[36], o mesmo entendimento é corroborado por José Afonso da Silva[37]:

> Essa expressão – voto com valor igual para todos, constante do artigo 14 – é mais do que a simples relação de igualdade de voto entre eleitores. Ela, além do princípio one man, one vote, traz a idéia da igualdade regional da representação, segundo a qual a cada eleito, no País, deve corresponder o mesmo número ou um número aproximado de habitantes. Contraria a regra do valor igual o fato de que um voto, por exemplo, no Acre, vale cerca de vinte vezes mais do que um voto em São Paulo, pois para se eleger um Deputado Federal naquele bastam cerca de dezesseis mil votos, enquanto neste são necessários aproximadamente trezentos mil votos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, funcionando como Relator o Ministro Moreira Alves.

É a ementa do Julgado[38]:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, ressaltou o Supremo Sodalício a impossibilidade de controle do Poder Constituinte Originário por parte do Poder Judiciário, um Poder Constituído.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, tem a função precípua de guardião da Constituição, no sentido de impedir qualquer ataque à Constituição por meio de atos infraconstitucionais. Assim que se observa a sua jurisdição.

Segundo o Pretório Excelso, admitir a função de verificar se o constituinte originário desrespeitou o direito suprapositivo seria despropositada e usurpadora de uma função, que caberia somente ao constituinte originário.

Novelino[39] comunga desse entendimento, explicando:

> As normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios. (...) A idéia de unidade afasta a possibilidade de se estabelecer uma hierarquia normativa entre os dispositivos da Constituição, impedindo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária.

Também na decisão em análise, o Supremo rejeitou a idéia de hierarquia entre normas constitucionais apoiada em normas de grau superior, como as cláusulas pétreas.

---

36 ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas Constitucionais Inconstitucionais.* Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, vol. 1, 2003, pág. 162.

37 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 14º ed, 1997. p.338.

38 Fonte: Site do STF: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=815.NUME.+E+ADI.SCLA.&base=baseAcordaos

39 NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade,* ed. Jus Podivm, 2008, pág. 121.

Fundamentou o Ministro Moreira Alves, no que foi acompanhado à unanimidade, no sentido de que tal entendimento não teria cabimento no sistema de rigidez constitucional adotado pela Constituição de 1988 (a rigidez constitucional coloca limites à atividade legislativa).

As cláusulas pétreas servem como limites ao constituinte derivado, impondo-lhe maior rigidez na escolha das matérias que poderão ser alteradas por via de Emenda Constitucional, e não como parâmetro de superioridade frente às outras normas, uma vez que todas as normas inseridas no texto constitucional são ditas constitucionais, não cabendo a denominação de normas formal ou materialmente constitucionais.

Ainda, depreende-se da própria ementa do Acórdão que o fundamento do julgado fora o mesmo já adotado em Portugal, quando o Tribunal Constitucional Português rechaçou a hipótese de norma constitucional inconstitucional[40], conforme expõe Canotillho a respeito da legitimidade da norma constitucional proibitiva do *lock-out*[41].

No mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, Canotilho[42] refere, sem afirmar, que "a probabilidade de uma norma constitucional originariamente inconstitucional é praticamente impossível em estados de legalidade democrática. Por isso é que a figura das normas constitucionais inconstitucionais, embora nos reconduza ao problema fulcral da validade material do direito, não tem conduzido a soluções práticas dignas do registro".

2.2 FUNDAMENTOS NA ADIN 4097

Também pela impossibilidade jurídica do pedido o Supremo Tribunal Federal indeferiu a inicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base nos termos do art. 295, I, do Código de Processo Civil, c/c art. 21, § 1º, do RISTF, proposta pelo Partido Social Cristão, na qual fora postulada a pronúncia da inconstitucionalidade da parte final do § 4º do art. 14 da Constituição Federal[43], sustentando que tal dispositivo afronta o art. 5º da própria Constituição.

Nesse Julgado, monocraticamente firmado pelo Ministro Cezar Peluso, e unanimemente confirmado em sede de agravo regimental, restou consignado *(verbis):*

> Patente, dessarte, que o pedido é de todo em todo impossível, pois implicaria admitir declaração de invalidade de preceito constitucional por ofensa ora (i) ao direito suprapositivo não positivado (direito natural, consubstanciado em "princípios naturais e critérios isonômicos, gerais e coletivos da lei de um estado democrático", vagamente invocados às fls. 05), ora (ii) a norma constitucional positivada, alegadamente de maior hierarquia (como seria o art. 5º, em relação ao art. 14, § 4º, no entendimento do autor). O Supremo Tribunal Federal carece de competência para fiscalizar o Poder Constituinte originário quanto ao dito direito suprapositivo, esteja este positivado, ou não, na Constituição.
>
> Esta Corte tem por missão constitucional precípua guardar a Constituição da República. Sua competência está expressamente prevista no art. 102, que a descreve à estima intra-sistemática das normas, sem lhe facultar cognição da sua legitimidade ou justiça pré-jurídicas ou suprapositivas.

Dos fundamentos esposados pelo relator, merecem destaque os trechos:

> É coisa fora de dúvida que, nos precisos termos do art. 102, I, a, da Constituição da República, o objeto primário da ação direta de inconstitucionalidade só pode ser lei ou ato normativo, ou, quem sabe, rectius, norma das classes de lei em sentido formal e material ou de ato normativo.
>
> É certo que também pode sê-lo norma do "chamado direito constitucional secundário, uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II, III, §§ 1º, 2º, 3º, da Constituição, como também

40 ESTRELLA, ob. cit., pág. 163.

41 CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Almedina, 2002, p. 235.

42 CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*. Ed. Livraria Almedina, 1991, p. 235.

43 § 4º - são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

> as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). A aferição da constitucionalidade de uma emenda constitucional em sentido formal e material, foi reconhecida já em 1926" (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", SP, Saraiva, 5ª ed., 2005, p. 194, nº 2. Grifos do original), e, como relembra o mesmo autor, na vigência da atual Constituição foram e têm sido propostas várias ações contra emendas constitucionais (op. cit., p. 195).
>
> Mas o que, em absoluto, se não admite, em sistemas como o nosso, de Constituição rígida, é ação tendente a atacar norma editada pelo constituinte originário: "No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer de suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede"[44] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Coimbra Ed., 2001, tomo VI, p. 18.

E concluiu o Ministro Peluso, agasalhado pelo colegiado, referindo como precedente a anterior ADIN 815-3:

> A tese da inicial, que defende a viabilidade da declaração da inconstitucionalidade de norma constitucional constante do texto originário, não encontra suporte algum no ordenamento brasileiro, perante o qual a "jurisprudência do STF assentou, igualmente, a inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de norma constitucional originária, enfatizando que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias, que dá azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de constituição rígida" (GILMAR FERREIRA MENDES, op. cit., p. 195), como, aliás, se vê à ementa de decisão exemplar (...)

Como se vê, neste caso o Supremo evoluiu no exame, tratando, também, de afastar a possibilidade de controle de constitucionalidade com base em normas de direito suprapositivo.

3 CRÍTICAS AOS JULGADOS DO STF

Contudo, ousa-se discordar de ambos os julgados.

Com efeito, na análise da ADIN 815, a Suprema Corte Brasileira abstraiu-se de apreciar o tema sob o prisma da ordem de valores.

Isso porque o julgado apenas analisou a possibilidade/impossibilidade de contradição entre duas normas constitucionais igualmente escritas, embora, mesmo em tal hipótese a doutrina referida por Canotilho[45] admita tal controle, referindo que "a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior (*rangniedere Norm*) e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior (*ranghöre Norm*).

Percebe-se que o pedido parecia limitado a tal hipótese, de confronto entre a norma impugnada e o disposto nos artigos 1º, inciso II e parágrafo único, 5º, 14 artigo inciso II, e 60, § 4º, inciso I c/c artigo 1º, todos da CRFB/88, ou seja, normas escritas, positivadas no texto constitucional o que, de fato, exigiria o reconhecimento, também afastado por Canotilho, da existência de normas constitucionais hierarquicamente inferiores em relação a outras, enquanto na ADIN 4097, o Supremo referiu, expressamente a impossibilidade do cotejo, em sede de controle de constitucionalidade de normas constitucionais que conflitem com o normas de direito suprapositivo.

Ora, é da essência do controle de constitucionalidade concentrado o fato de a causa de pedir enunciada pelo proponente não limitar a corte, ao contrário do que se tem em âmbito processual civil atinente a relações intersubjetivas, bem como, pelo caráter objetivo do controle, pode e deve a Corte analisar o pedido sob todos os aspectos, inclusive, valorativo, ainda que reconhecido em sede suprapositiva.

Nesse sentido, ao abster-se de enfrentar o fundamento da igualdade como causa de pedir em sede

44 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Coimbra Ed., 2001, tomo VI, p. 18.

45 Op. Cit, p. 241.

de valor suprapositivo, ao contrário de cumprir suas funções no suposto limite constitucional, adotou visão limitada da Constituição, como se somente aquilo que esteja efetivamente escrito mereça tal proteção.

É o que se depreende da comparação das decisões em comento com a doutrina de Bachof, para quem se deve, por consequência, assentar que aos tribunais constitucionais também compete o "controlo da constitucionalidade de normas da Constituição, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da validade (Geltung) das normas constitucionais à luz de todo o direito incorporado na Constituição (Lei Fundamental ou Constituição de um Estado federado) ou por ela pressuposto"[46].

E conclui o autor:

> Até onde esta competência de controlo chegar, chega também a faculdade de decisão prevista no art. 93, nº I, alínea 2, e no art. 100 da Lei Fundamental (alemã), de maneira que os tribunais constitucionais podem não apenas recusar o efeito a uma norma constitucional inválida pela via do controlo incidental, como também declarar expressamente sua invalidade.

Portanto a Suprema Corte brasileira, nos precedentes citados, perdeu oportunidades de consolidar-se como Corte Constitucional, responsável, também, pela tutela dos valores consagrados, ainda que em sede suprapositiva, pelo povo brasileiro, em especial, o da igualdade.

Tais valores confundem-se com os princípios fundamentais da Constituição Federal, ou seja, ainda que não se admitisse a possibilidade do controle de normas constitucionais com base em normas de direito suprapositivo, parece evidente que, nos casos em tela, ao menos em tese, o controle de constitucionalidade poderia ter sido levado a efeito tendo como parâmetros os princípios fundamentais da Carta de 1988.

De igual sorte, inegável que tais princípios, positivados, são, parafraseando Edson Luis Sampel, "lídimos valores morais"[47].

E segue o autor, indicando a quem compete a identificação desses valores, reconhecidos no seu tempo[48]:

> O que é moral e valor faz-se jurídico, depois de escrito na constituição. Todavia, não perdeu sua natureza ontológica de moral e valor, malgrado venha revestido na forma de norma do direito. Assim, o operador do direito não deve olvidar este aspecto, sob pena de elaborar uma interpretação muito acanhada e burocratizada dos aludidos princípios.
>
> Quem quiser escrutar o espírito da lei, no que toca aos princípios precisará levar em conta este alicerce de valores. Este mister pertence ao jurista, que não é tão-somente um técnico, porém necessita atuar (sic) como um homem que se responsabiliza pela implementação dos valores do seu tempo.

Bem assim no que respeita aos princípios constitucionais, Carmem Lúcia Antunes Rocha, citada por Sebastião Alves dos Reis[49], afirma:

> Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...)
>
> (...) As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem às diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizadora em Estado.

46 Op. Cit. p. 86.

47 *Os Princípios Fundamentais da Constituição e os Valores da Sociedade,* Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins. Lex Editora, 2005, p. 353.

48 Op. Cit., p. 354.

49 Op. Cit, p. 931.

> (...) E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas"

Nesse contexto, parece evidente que o Supremo Tribunal Federal é apto ao controle de constitucionalidade, ainda que de preceitos inseridos na Constituição, desde que violadores de princípios e valores, ao menos, implícitos da Constituição de 88, ressaltando em ambos os casos a igualdade como princípio fundamental violado.

Com efeito, a igualdade deve ser reconhecida como base do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de serem vedadas as arbitrariedades e as discriminações em face do legislador e da aplicabilidade da lei por parte do Estado, ou seja, como refere Alan Jeffeson Lima de Moraes[50].

> Decorre do princípio da igualdade um dos mais importantes princípios de uma nação democrática. Esse princípio, assim como todos os outros tem uma função informadora, interpretativa e normativa e se coloca em face do legislador e do Estado que em face de uma de suas funções, ou seja, o judiciário, quem irá aplicar a norma e dizer o direito.

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir no sentido de que o Poder Constituinte, nem mesmo em sede originária, é, de todo, ilimitado. Com efeito, nenhuma parcela do poder do Estado pode ser exercida sem atenção aos valores e princípios reconhecidos como normas de direito suprapositivo, pena de carecerem as normas de legitimidade perante a sociedade.

Contudo, tal controle, no atual estágio de evolução do Estado brasileiro, ainda merece refração pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que esse sodalício não se reconhece, por ser fruto, também, da Constituição Federal, como apto a reconhecer como inconstitucional norma que viole, por exemplo, o primado da igualdade, havendo vácuo jurisdicional sobre tais hipóteses, uma vez que nos precedentes citados o STF seguiu a senda da impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, sequer analisou o mérito dos feitos de controle de constitucionalidade.

Como exposto, não nos parece a solução mais adequada, em especial ao atual estágio do Estado brasileiro, que, a duras penas, busca afastar-se, de modo definitivo do autoritarismo, privilegiando a efetiva democracia, da qual o controle jurisdicional se configura em especial baluarte, porquanto superado o modelo liberal em que a função Legislativa gozava absoluto e ilimitado prestígio, bem como o Estado Social, em que a função Executiva predominava.

Vivem-se tempos em que a função Jurisdicional, obviamente sem interferências na independência dos demais Poderes, deve ser, na forma harmônica ordenada pela Constituição, exercida em sua plenitude, mesmo que na tutela dos valores suprapositivos da sociedade brasileira, e, ainda mais, quando se pode depreender que a norma inquinada de inconstitucional viola princípios implícitos da Constituição.

Obviamente que não se está defendendo a ditadura do Judiciário ou o decisionismo, tão nefastos, em especial à segurança jurídica.

Sustenta-se, sim, o pleno exercício da Jurisdição, ainda que em sede de controle de constitucionalidade de preceitos inseridos na própria Carta, adequado aos moldes conferidos pelos valores consagrados pela sociedade brasileira.

---

50 *O princípio da igualdade e as ações afirmativas: uma abordagem a cerca da reserva de vagas no ensino superior,* artigo disponível em http://jusvi.com/artigos/40322. Acesso em 31 de março de 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

---------- **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

---------- **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, vol. 1, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - tomo II, 2. ed. Coimbra:Limitada.

MORAES, Alan Jeffeson Lima de. **O princípio da igualdade e as ações afirmativas: uma abordagem a cerca da reserva de vagas no ensino superior**. Disponível em : <http://jusvi.com/artigos/40322> Acesso em 31 mar. 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Sebastião Alves dos. **Os Princípios Fundamentais da Constituição e os Valores da Sociedade**: Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros,1997.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA DECOLONIALIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger[1]

Bruno Ruiz de Souza[2]

RESUMO: Este trabalho analisa a hermenêutica constitucional no que concerne a interpretação dos direitos fundamentais. Procura defender que a interpretação da Constituição pressupõe a utilização de métodos que atendam às peculiaridades da norma constitucional, por isso a relevância de se utilizar uma metodologia apropriada a hermenêutica constitucional principalmente na interpretação dos preceitos referentes aos direitos fundamentais, visando uma hermenêutica decolonizadora. A metodologia de abordagem privilegia o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Hermenêutica. Constituição. Direitos Fundamentais

ABSTRACT: This work analyzes the constitutional hermeneutics on what concerns the fundamental rights interpretation. It intends to advocate that the constitutional interpretation presupposes the use of methods which complies with the constitutional norm on its peculiarities, therefore the importance of using a suitable constitutional hermeneutic, specially on the interpretation of precepts concerning fundamental rights, aiming for a decolonizing hermeneutics. The methodology approach emphasizes the inductive method and the bibliographic research technique.

Key-words: Hermeneutics. Constitution. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a hermenêutica constitucional no que concerne a interpretação dos direitos fundamentais. Procura defender que a interpretação da Constituição pressupõe a utilização de métodos que atendam às peculiaridades da Norma constitucional, por isso a relevância de se utilizar uma metodologia apropriada a hermenêutica constitucional principalmente na interpretação dos preceitos referentes aos direitos fundamentais.

Pretende-se demonstrar que as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais não contêm uma regulamentação completa ou perfeita, nem tem a mesma certeza de conteúdo, nem a mesma clareza de sentido e a mesma determinabilidade conceitual. Essas restrições permitem que se busque a utilização de outros métodos de interpretação não tradicionais, pois estes, ao serem aceitos como tradicionais, demonstraram-se insuficientes em sua aplicação e interpretação constitucional relativa aos direitos fundamentais, por isso, pretende-se uma hermenêutica decolonizadora para tais direitos.

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora convidada na FURB - Blumenau. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados

2 Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP/RS), vinculado à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação da professora doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger.

2 CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO

O processo de aplicação das normas constitucionais passa necessariamente (o que acontece igualmente com todas as demais normas jurídicas) por um processo de interpretação. Assim, não se pode aplicar as normas constitucionais sem um conjunto de atos interpretativos, sem o estabelecimento do seu conteúdo e do seu alcance, de seu significado e de sua abrangência regulativa.

Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar, renovar o significado e o alcance dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. É um trabalho de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar os preceitos constitucionais.

Dessa forma, para se interpretar a Constituição surgiram alguns métodos entre eles o método tópico-problemático, científico-espiritual método hermenêutico concretizador.

Segundo J. J. Gomes Canotilho,

> O método tópico-problemático parte das seguintes premissas: a) caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda interpretação procura resolver casos concretos; b) caráter aberto e fragmentário ou indeterminado da Lei constitucional; c) preferência pela discussão do problema em virtude da abertura das normas constitucionais que não permitem qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmas.(CANOTILHO, 1989, p. 1085).

Com a utilização desse método a Interpretação da Constituição reconduzir-se-ia, assim, um processo aberto de argumentação entre vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar à norma constitucional ao caso concreto. As várias argumentações teriam, portanto, a função de *topois* (opiniões) a partir dos quais se obteria a interpretação mais adequada ao problema. A grande deficiência desse método é que ele pode levar a um grande casuísmo jurídico, sacrificando-se, nesse sentido a primazia da norma constitucional em prol da prioridade do problema.[2]

O método tópico-problemático[3] "constitui-se na técnica de pensamento que orienta para o problema, permite pensar o problema", isso significa que é atípica no âmbito do Direito Constitucional inaugurando uma hermenêutica renovadora, que permite uma reflexão profunda do direito, do estado e da Constituição. (BONAVIDES, 2017, p. 452)

Da forma, para J. J. Gomes Canotilho,

> Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários topoi ou pontos de vista, sujeitos a prova das opiniões pró e contra, a fim de descortinar, dentro de várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente ao problema.(CANOTILHO, 1989, p.1136).

A primazia do problema é a redução da Norma e do sistema a meros *topoi*, se questionada por Böckenförde:

> en sus decisiones fundamentales y normaciones singulares, la constitución se convierte, cn esto, en una combinación de puntos de vista relevantes para la solución de problemas, junto a outros, cuya relevancia en le caso concreto no viene ya determinada por sí mesmos, sino por la correspondiente precompresión consensuada. (BÖCKENFÖRDE, 1993, p.23).

Para a renovação da metodologia contemporânea, pode-se, nesse sentido, demonstrar que a tópica representa uma das correntes mais empenhadas em tal modificação no que concerne ao ato de interpretar as regras tradicionais, principalmente no campo do Direito Constitucional.

Outro método de interpretação que compõe juntamente com a tópica as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição é o método científico-espiritual de Rudolf Smend. (BONAVIDES, 2017, p.455).

---

3 Partindo de Nicolai Hartmann, Theodor Viehweg faz distinção entre o pensamento problemático (aporético) e pensamento sistemático. O Pensamento problemático é típico da jurisprudência . Ela utiliza o pensamento tópico. Para Viehweg a tópica não é um método, mas um estilo. É uma técnica de pensar problemas, que se orienta por problemas. (VIEHWEG, 1979, p.32).

Segundo J. J. Gomes Canotilho (1989, p.1.139):

> As premissas básicas do chamado método científico-espiritual baseiam-se na necessidade de que a interpretação da Constituição deve ressaltar: (i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração. O recurso a ordem de valores obriga a uma concepção Espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional.

A ideia de que a interpretação visa não tanto dar respostas ao sentido do texto constitucional, mas fundamentalmente, compreender o sentido e a realidade de uma lei constitucional, conduz a articulação desta lei na integração espiritual da Comunidade (com os seus valores e a realidade existencial do Estado). (CANOTILHO, 1989, p.1.139).

O que se pode observar é que tanto o método tópico, quanto o método científico-espiritual servem é certo como esteio para uma reflexão da cientificidade da teoria da Constituição e da própria Constituição. No entanto, embora a tópica produza uma orientação básica para doutrina, "corre ela o grave risco de tomar na Esfera do Direito Constitucional uma dimensão metodológica cujos reflexos, impelida a teoria aos últimos efeitos, seriam ruinosos para a normatividade da Constituição.(BONAVIDES, 2017, p.455). Da mesma forma o método científico-espiritual.

Segundo Böckenförde, ambos os métodos - tópico e científico-espiritual - são acusados de

> la degradacion de la normatividade de la Constitución. referido por entero el punto de partida al problema fundamental de la interpretación constitucional, derivado de la indeterminación material de las normas y principios constitucionales, aquelos métodos no limitan esta indeterminación, sino que la ensanchan e internsifican. *(*BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 35-36).

Nesse sentido, para Paulo Bonavides (2017, p. 465),"um dos métodos de interpretação das constituições que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista dá "constituição aberta", teorizado na Alemanha por Peter Häberle, importante autor e inovador das obras de Direito Constitucional."

> O método concretizador trabalha com a ideia de que a leitura de um texto normativo começa pela pré-compreensão de seu sentido através de ser um intérprete. A Interpretação da Constituição também não foge deste processo: uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. Este método bem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: primeiro os objetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; segundo os objetivos, isto é, o contexto, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica.(HESSE, 1998, p.61).

No caso específico da leitura - compreensão - e interpretação, o círculo hermenêutico funciona como um todo e com uma circulação relacional entre os três polos do processo comunicativo - autor- texto - intérprete. Essa relação entre texto e contexto, mais criação do intérprete, transformam a interpretação no movimento de ir e vir (círculo hermenêutico) e de constante atualização da Norma constitucional. (CANOTILHO, 2017, p. 1.138)

A grande vantagem deste método é que ele recupera a primazia do texto constitucional.

Embora influenciado pelo método tópico que concebe a interpretação constitucional sobre o primado do problema ou por meio de *topoi* (pontos de vista). o método hermenêutico-concretizador, ao contrário, busca o caminho inverso, recuperando a primazia da Norma, já que parte desta para o caso concreto.(PEIXINHO, 2015, p. 73).

Assim, para J. J. Gomes Canotilho, o método - concretizador "funda-se na compreensão de sentido do texto legal, onde o intérprete, a partir da percepção prático-normativa, procura concretizar a norma a situação histórica". (CANOTILHO, 2017, p. 151).

Nesse sentido, a interpretação requer um procedimento de concretização, ou seja,

> não se parte da Norma ao caso concreto no sentido adotado pela interpretação tradicional decorrente de subsunção, antes leva-se em conta o próprio resultado da concretização da Norma. Este método encarna a ideia de que a Norma Jurídica não se identifica com o seu texto, mas é resultado da concretização da Norma. Desta forma, a norma não é o ponto de partida da concretização, mas é isto sim o seu resultado.(CANOTILHO, 1989, p.151).

A interpretação constitucional é, portanto, concretização. Tal concretização, pressupõe um entendimento do conteúdo da Norma a ser concretizada. Esse entendimento, por sua vez, decorre da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto a ser resolvido.

Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho (1988, p.49), a interpretação constitucional a partir da ideia de concretização pode ser entendida como

> processo intelectivo através do qual, partindo da Fórmula linguística contida no ato normativo, chega-se ao conteúdo ou significado. O momento final do processo interpretativo e a aplicação da Norma Jurídica, ocasião em que se dá a sua concretização, pela efetividade incidência sobre a realidade do fato.

Aqui se pode vislumbrar que "não há Norma Jurídica que dispense a interpretação". (BONAVIDES, 2017, p.398).

A efetiva incidência da concretização da norma sobre a realidade do fato permite um resgate das contribuições de Gadamer, ou seja, o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica. Este autor entende o conteúdo da norma de uma pré-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças. Segundo Gadamer citado por Hesse (1998, p.61). Toda compreensão do problema pressupõe, um entendimento; ela é, por causa disso, igualmente dependente da pré-compreensão do intérprete que por sua vez, carece de fundamentação teórico constitucional. (HESSE, 1998, p.61).

De um lado, a atividade do intérprete deve excluir pontos de vista estranhos ao problema; de, deve incluir no programa e no âmbito normativo os elementos concretizantes oferecidos pela norma constitucional e a constituição como um todo. (HESSE, 1998, p.43).

São os princípios mais do que normas, são eles que orientam todo sistema. para Hesse, os princípios "corresponde lá misión de orientar y encauzar el processo de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema."(HESSE, 1998, p. 62).

No próximo tópico, enfatizar-se-á a importância de tais princípios para a interpretação constitucional.

3 OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA IMPORTÃNCIA

Ao realizar a interpretação constitucional, o intérprete deve levar em consideração os seguintes princípios classificados por Joaquim José Gomes Canotilho, desenvolvidos por uma postura metódica hermenêutico-concretizante. Tais princípios são abordados no sentido de contribuir ou pela identificação com o método concretizador. (CANOTILHO, 1989, p. 1148). São eles:

O *princípio da unidade da constituição* o intérprete deve considerar a Constituição em sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar, ou seja, o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema inteiro, unitário, de normas e princípios.(CANOTILHO, 1989, 1148).

O *princípio do efeito integrador* trabalha na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, ou seja, dá primazia aos critérios e pontos de vista que reforçam a integração política e social e o reforço da unidade política da nação. (CANOTILHO, 1989, p.1149). Já *o princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência* enfoca Aspectos relacionados à atribuição que deve ser dada a norma constitucional, ou seja, o

sentido atribuído a esta deve proporcionar ao caso concreto a maior eficácia possível.(CANOTILHO, 1989, p.1149).

O outro princípio que deve ser levado em consideração no que concerne a interpretação constitucional é o da *justeza ou da conformidade funcional*. De acordo com ele, os órgãos encarregados da interpretação da lei constitucional não podem chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.(CANOTILHO, 1989, p.1149).

Conforme Konrad Hesse, este princípio se aplica principalmente nas relações entre o legislador e o tribunal constitucional. Este ao exercer a função de controle, não pode restringir o poder conformador do legislador mais do que permite a Constituição. (HESSE, 1998, p.47). O *princípio da concordância prática ou da harmonização*, reduzido ao seu núcleo essencial, impõe aos órgãos encarregados da interpretação da lei constitucional que estes não podem chegar a um resultado que subverta ou retire a coordenação e a combinação dos textos jurídicos em conflito de forma e evitar o sacrifício total de um bem em detrimento de outro bem jurídico. (CANOTLHO, 1989, p. 1150).

Conforme prega o *princípio da força normativa da Constituição*, quando da solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição normativa, contribuem para uma eficácia plena da Lei fundamental. Consequentemente, deve-se dar primazia as soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a "atualização" normativa, garantindo, assim, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1989, p. 1150). O *princípio da supremacia da base principiológica da Constituição* demonstra que essa deve ser interpretada a partir de sua base principiológica, ou seja, a partir de seus princípios, disposições fundamentais que se difundem sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a descoberta de seu verdadeiro significado. (CANOTILHO, 1989, p.1150). Segundo o *princípio do conteúdo implícito das normas constitucionais*, é possível afirmar que estas devem ser interpretadas não só pelo que explicitamente postulam, Mas também de acordo com que implicitamente projetam.

Para o *princípio da constitucionalidade material*, a interpretação constitucional deve transcender o texto da constituição para inserir-se na realidade do caso concreto. Através da interpretação, a Constituição deve se aproximar da realidade sobre a qual atua. De acordo com o *princípio da Constituição aberta*, pode ser ela aberta, a sua interpretação também o é, ou seja, como a Constituição dá liberdade para a conformação Legislativa, suas normas estão abertas as diferentes interpretações, que respeitando seu espírito e sua ideologia realizem os fins ou satisfação dos interesses nela estabelecidos. (CANOTILHO, 1989, p. 1150). Para outro princípio, o do *respeito ao espírito e a ideologia da Constituição,* a interpretação constitucional deve respeitar sempre o espírito e a ideologia adotada pela Constituição. No entanto, para o princípio da obediência à supremacia das normas constitucionais, a constituição deve ser interpretada com referência a legislação previamente existente em um determinado Estado, mas não entendida de modo a limitar-se ou revogar-se por aquela legislação.(CANOTILHO, 1989, p. 1150).

O *princípio da excepcionalidade da interpretação restritiva* prevê para a interpretação constitucional a restrição do texto apenas quando haja na própria norma ou em outras normas constitucionais um interesse específico a ser protegido.

O Princípio da imperatividade das normas constitucionais prevê que as regras permissivas ou facultativas de uma constituição são tão vinculantes quanto às demais, pois um ato ou lei que as contrarie são fulminados por inconstitucionalidade.(CANOTILHO, 1989, p.1151). *O princípio do sentido usual das expressões nas normas constitucionais* demonstra que as palavras expressas no texto constitucional deve ser tomadas e seu sentido comum, usual, quando esta interpretação leva ao absurdo, a ambiguidade ou contradições insolúveis com o sistema constitucional, situações em que se deve optar pelo sentido técnico das expressões ou a qual outro significado que as reconcilia com o restante do texto constitucional. (CANOTILHO, 1989, p.1151).

Por fim o *princípio do sistema constitucional*, que trabalha com a possibilidade de que os conceitos e externos ao direito constitucional, isto é os conceitos provenientes de outros ramos do direito o mesmo do campo extrajurídico, Devem ser, desde que contidos nas normas constitucionais, interpretados a partir do sentido que adquirem por força de sua inserção no sistema constitucional.(CANOTILHO, 1989, p. 1151).

Estes princípios se identificam, com o método concretizador, são princípios que auxiliam na captação e transformação das normas a concretizar uma decisão prática. Todos estes princípios no que concerne os direitos fundamentais são de extrema importância/ utilidade quando da interpretação/ concretização desses direitos, a busca da eficiência, efetividade, segurança nas decisões, proteção de bens jurídicos, etc.

Os métodos hermenêuticos constitucionais, em conjunto com princípios específicos, auxiliam a interpretação e possibilita o entendimento de porque os métodos tradicionais ou clássicos não podem ser utilizados em sua completude na interpretação dos direitos fundamentais. Diante disso, o próximo tópico aborda algumas considerações a respeito dos direitos fundamentais e a necessidade de uma interpretação mais aberta de seus preceitos.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA DECOLONIALIZADORA

Para alcançar uma real compreensão do que significa "direitos fundamentais" num ordenamento jurídico determinado é preciso conceituá-lo de acordo com algumas posições jusfilosóficas, conformadoras do pensamento jurídico.

Para Antonio Perez Luño (1995, p.294), "los derechos fundamentales aparecem como categorias técnico-jurídicas dirigidas a reformular em normas positivas las exigencias mantenidas por La teoria de los derechos naturales de afirmar determinadas liberdades Del indivíduo frente al poder estatal. (PERALTA, 1994, p. 99). Esse tipo de interpretação dos direitos fundamentais elimina de sua interpretação qualquer tipo de valor ação ética ou axiológica, ficando o processo interpretativo restrito às normas previamente estabelecidos.

Outra teoria da interpretação proposta aos direitos fundamentais e a institucional, formulada por Peter Haberle. "esta teoria está relacionada con el concepto de Estado social de derechos, cuya naturaleza vendría a dar un caráter muy determinado a los derechos fundamentales". (PERALTA, 1994, p. 101).

Assim, esses direitos seriam garantias da liberdade individual; por outro lado, tem uma dimensão institucional porque seu conteúdo se funcionalisa de acordo com os fins sociais proclamados na Constituição.

A interpretação jusnaturalista considera os direitos fundamentais como "aquellas normas superiores que, en orden a un sistema de valores básicos confieren un sentido global unitario al ordenamiento jurídico positivo, fundamentado sobre postulados éticos".(PERALTA, 1994, p.101). Esta teoria Demonstra o tipo de interpretação objetiva, pois trabalha a parte de um sistema objetivo de valores.

Como se observa, a positivação das normas de direitos fundamentais demonstra uma série de problemas técnicos-jurídicos que, seguindo a doutrina, caracterizam-se principalmente por duas questões:

> por una parte aparece un problema de linguage jurídico referido a la necessidad d e enunciar estos derechos con claridad e precisión; por outra parte, existe un problema de orden sistemático que obliga a fijiar, a estabelecer con nitidez la relación, el nexo que une conjuntamente a todos los derechos fundamentales, respondiendo su formulación a un determinado princípio de orden, es decir, que se promulguen como un catálogo cuya estructura sea coherente." (PERALTA, 1994, p.101).

A indeterminação das normas jurídicas positivas definidoras de direitos fundamentais, exige, do intérprete um trabalho jurídico de sistematização e compreensão destes direitos.

Dessa forma, se as normas definidoras de direitos fundamentais são de um lado materialmente em determinadas, por outro há o princípio da eficácia imediata destes direitos. Segundo Böckenförde (1993, p.44), "la vigencia de los derechos fundamentales com derechos directamente aplicable [...] confiere a la interpretación de los derechos fundamentales una especial y trancendental importancia".

Por isso, para se interpretar direitos fundamentais, é necessário, como já especificamos a utilização de uma metodologia interpretativa diferenciada, que trabalha com métodos e, principalmente, princípios interpretativos especificamente constitucionais. Segundo Paulo Bonavides (2017, p.535),

> toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, por necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais, esta por sua vez, a uma teoria da constituição, e ambas - a teoria dos direitos fundamentais e a Teoria da Constituição - a uma indeclinável concepção de estado, da Constituição e da Cidadania.

Consciente ou inconscientemente, sempre há uma teoria dos direitos fundamentais orientando o intérprete. (BÖCKENFÖRDE ,1993, p.45),

Esta teoria dos direitos fundamentais que orientam intérprete, pode ser entendida, conforme Böckenförde (1993, p.535), como

> una concepción sistematicamente orientada acerca del caráter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoria tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción de y/o en una determinada teoria de la Constitución. su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sini en integrarla en el contexto general de una concepcion del Estado/ teoria de la Constitución."

A interpretação dos direitos fundamentais a partir de uma teoria (como exposta acima) não trabalha com caráter ideológico do intérprete, ela ocorre devido a indeterminação material dos preceitos relativos a direitos fundamentais devido a sua abertura semântica e estrutural. Nesse sentido, uma teoria dos direitos fundamentais conjuntamente com uma teoria da constituição possibilitarão uma teoria material da Constituição, processo importante para a discussão da hermenêutica dos direitos fundamentais.[47]

Com essa textura teórica, é possível averiguar a ideia de legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, bem como a insustentabilidade daquele dedutivismo formalista que excluía da ciência do direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o substrato estrutural da Constituição e dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2017, p.535).

É com princípios e valores que a interpretação deve realizar-se, ou seja, sem estes fica afastada a ideia de interpretação e legitimidade da Constituição. São necessários rigor e interpretativo, concretização e pré-compreensão. Não havendo principalmente "pré-compreensão", quase todo direito público tende a ficar abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade.(GUERRA FILHO, 1997, p.36) A nosso ver, e isso significa que hoje a circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação para as minorias ainda discriminadas, mormente nos países capitalistas periféricos. uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando a elas o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que dela se almeja. uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição - símbolo e faça emergir a Constituição - instrumento de cidadania.(GUERRA FILHO, 1994, p.36).

Dessa forma, mesmo reconhecendo que uma teoria jurídica deve, sobretudo, levar em consideração a realidade jurídico-constitucional positiva na sua produção e desenvolvimento, tal constatação não inviabiliza a utilização de uma metodologia diversificada que atente para os aspectos políticos, sociologia, históricos e antropológicos. A contribuição da ciência política e da Sociologia na elaboração de uma teoria de direitos fundamentais pode, assim, ser de importância capital, dando substrato ao processo de produção de categorias mais elementares de uma teoria democrática acerca de Tais direitos, capaz de impulsionar, inclusive, a sua efetiva realização numa sociedade aberta. (HABERLE, 1997, p. 13)

Dessa forma, para Peter Häberle (1997, p.13),

> a interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vinculados´ as corporações (zünftmässige interpreten) E aqueles participantes formais do processo constitucional. a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta [...] sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und

> von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Este é, portanto, o aspecto inolvidável de uma teoria dos direitos fundamentais que se pretenda, ao mesmo tempo, crítica e dogmática, assecuratória dos referidos direitos e possibilitadora das transformações necessárias na estrutura social. Sem essa perspectiva dialética, torna-se praticamente inconcebível a produção de uma sólida teoria dos direitos fundamentais, que possa servir de instrumento consistente na efetivação de tais direitos. (GUERRA FILHO, 1997, p.37).

É a partir dessa constatação que o direito constitucional, ao criar nova hermenêutica, não mais concentrada no formalismo e apartada do universo real, acolheu no plano científico considerações axiológica, referidas unicamente aqueles valores vazados (contraditórios) no direito positivo e que desde muito, por um certo ângulo, constituem a matéria-prima dos sociologismo jurídico ou do concretismo. com isso o direito constitucional, senão arruinou, pelo menos fez arcaico o formalismo metodológico da teoria pura do direito.

Dessa forma, é importante a discussão no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais, isto é, perpassa a idéia de concretização, busca o emprego de categorias hermenêuticas por inteiro, distintas daquela metodologia tradicional adotada por Savigny.

Isto significa que, para se interpretar direitos fundamentais, os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente ás leis no campo do direito privado, são de todo inadequados e insuficientes para captar o sentido das cláusulas, não raro principais de uma constituição ou o alcance normativo pluridimensional do de um direito fundamental (BONAVIDES, 2017, p.556). Isto porque, como já salientado anteriormente, a Constituição se apresenta naturalmente aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema, e os preceitos concernentes a direitos fundamentais da mesma forma, ou seja, não possuem clareza de sentido nem determinabilidade conceitual.

Tal constatação permite identificar que esse ato de concretização em face do problema significa a utilização do método hermenêutico-concretizador como um dos mais apropriados à interpretação constitucional dos Direitos Fundamentais. Conforme J.J. Gomes Canotilho (1989, p.556):

> O Método hermenêutico concretizador arranca a idéia de que um texto normativo se inicia pela compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma atividade prático- normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórico-concreta. [...] o método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método no primado do texto constitucional, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no primado do texto constitucional em face do problema.

Peter Haberle estudou e teorizou tal método. Com ele a tópica foi levada às últimas conseqüências mediante uma série de "fundamentações" e "legitimações" que se aplicam excelentemente, ao campo dos estudos constitucionais. Todos resultantes de uma democratização do processo interpretativo, não se restringem ao corpo clássico dos intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional mas a todos os cidadãos. (DEPAULA, 1998, p.276).

Dessa forma, três pontos principais, merecem destaque no estudo realizado por Peter Haberle: há uma alargamento do círculo dos interpretes da constituição, o próprio conceito de interpretação passa a ser visto como um processo aberto e público e, finalmente, a referência desse conceito á Constituição, como uma realidade constituída e publicizada.(DE PAULA, 1998, p.277).

Nesse sentido, é possível afirmar que, com a nova hermenêutica, induziu-se o conceito novo de concretização, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abertas e genéricas do texto constitucional. Com isso, é possível dizer que há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. É o chamado consenso da

sociedade aberta dos intérpretes.

Assim, é possível identificar o papel da nova hermenêutica – concretizadora – e o préstimo jurídico dessa unidade no que concerne a direitos fundamentais. Por fim, em matéria de direitos fundamentais, não encontramos praticamente preceitos que se satisfazem com o método tradicional. Quando se interpreta direitos fundamentais, procura-se realizar uma interpretação histórico-cultural fundada na consideração tanto da história quanto da tradição e vinculada à compreensão de seu conteúdo objetivo, bem como a elucidação material de seus problemas. (BONAVIDES,2017, p. 546).

A partir desta perspectiva de uma hermenêutica concretizadora é possível falar de uma hermenêutica decolonizadora[4]. A partir dessas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador (hermenêutica tradicional e seus métodos) e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado. O que se busca com uma hermenêutica decolonizadora exige uma prática do reconhecimento do direito como expressão relevante para a convivência humana sem que, entretanto sejam desprezadas as múltiplas expressões relacionadas ao fenômeno jurídico.(LIXA; SPAREMBERGER, 2016). Portanto, em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas contemporâneas que se autorreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que ainda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências democráticas participativas. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes. Adotando segundo Lixa e Sparemberger (2016) a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermeneuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do "reconhecimento", "transferência de poder" e "mediação jurídica" são legítimos espaços de luta por dignidade humana e direitos fundamentais.(LIXA; SPAREMBERGER, 2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto demonstrou a elucidação material de um problema que faz com que alguns aspectos sejam considerados como essenciais quando da interpretação de normas constitucionais concernentes a direitos fundamentais, ou seja, a sua função protetora, capacitada a impor limites e deveres, tanto à autoridade legislativa quanto á administrativa. O caráter unitário e unificador de que são dotadas tais normas de direitos fundamentais, sem embargo de sua variedade material de conteúdo e também o princípio da efetividade desses direitos, mediante o qual se determina que, em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar, com maior intensidade, a eficácia jurídica do direito fundamental. Assim, em matéria de direitos fundamentais, é necessário ressaltar que vive-se num Estado Democrático de Direito em que os conflitos estabelecem um nexo inexorável com a política e, por isso, a lei (e assim as normas constitucionais) não é uma panacéia para todos os casos, é preciso sustentar sua eficiência quando da aplicação ao caso concreto. E aí, a sustentação da idéia de concretização das normas constitucionais.

4 A decolonialidade enquanto projeto político e epistêmico implica uma análise da relação entre conhecimento e colonialidade. Trata-se de um lugar de crítica da epistemologia eurocêntrica e, desta maneira, dos discursos coloniais. Além disso, a decolonialidade também diz respeito à emergência de distintos saberes que surgem a partir de diferentes espaços de pensamento. Seguindo essa perspectiva, buscaremos neste trabalho discutir a decolonialidade do conhecimento no âmbito jurídico, problematizando especificamente a relação colonial de conhecimento.(DAMAZIO, 2009).

REFERENCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa.** Coimbra: Almedina, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. 2.ed. São Paulo: saraiva, 1988.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**.Tradução de Juan Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden:Ges, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**.São Paulo: 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Descolonialidade e interculturalidade dos saberes político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento descolonial, **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v4, n. 6, p. 109-122, jan./jun. 2009.

DE PAULA, Vera Cecília Abage. Interpretação constitucional: método concretista. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 30, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: livraria do advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direitos fundamentais na República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LIXA, Ivone F. M. SPAREMBERGER, Raquel F. **Direito e hermenêutica**: elementos para uma revisão. Blumenau: Edifurb, 2016.

LUÑO, Antonio Perez. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1995.

PEIXINHO, Manoel M. **Interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. RJ: Lumen Juris, 2015.

PERALTA, Ramón. **La interpretación del ordenamento jurídico conforme a la norma fundamental**.Madri: universidade Complutense de Madri, 1994.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasilia: Departamento de Imprensa nacional, 1979.

SISTEMA PENITENCIÁRIO: A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO INCLUSIVO AOS DETENTOS[1]

Camila Taís Menegoto

Graduada no curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Brasil

Discente no Programa *strictu sensu* em Educação na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Brasil

Thaís Janaina Wenczenovicz

Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais/UNOESC. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO.
Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

Resumo: Historicamente, o sistema prisional sempre fora um mecanismo que visava a manutenção da ordem social, buscando-a manter através de meios punitivos para os transgressores de normas. Esse trabalho tem como objetivo não apenas discorrer sobre o sistema prisional, mas acima disso, estudar a educação no sistema penitenciário, levando em consideração o que dispõe as normas jurídicas, buscando compreender a educação nos estabelecimentos prisionais com observância ao direito penal, sendo dever do Estado providenciá-la, visando à prevenção do crime e orientação do indivíduo à convivência social. No Brasil, a educação é garantida pela Constituição Federal/1988, sendo um direito de todos. A Lei de Execução Penal (LEP) determina a obrigatoriedade de o Estado garantir este direito também às pessoas privadas de liberdade. É imprescindível analisar e refletir sobre a história da prisão e sua importância para o Estado. Promovendo o estudo da assistência educacional faz com que se valorize o preso como sujeito histórico e humano, com direitos e perspectivas de mudança de sua condição. Busca-se esclarecer que a educação é fundamental para a mudança do sistema prisional, melhorando o cenário social dos detentos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação prisional. Sistema prisional.

Introdução

O presente artigo visa conduzir a compreensão da educação inserida em um contexto peculiar - a prisão - nesse cenário, há um processo de rejeição social, em configuração ao enfrentamento do Brasil as dificuldades em manter o controle social, interferindo desse modo para a afirmação de práticas educativas. Portanto, a realidade do Sistema Penitenciário é preocupante, assinalada pelo crime, com banalização aos direitos humanos, corrupção, dentre outros enfrentamentos, são elementos que comprometem o Estado Democrático de Direito.

O Brasil, situado na semiperiferia do sistema capitalista ainda não conseguiu encontrar meios para substituir um dos principais objetivos do sistema penal: manter a ordem. A incapacidade do país em oferecer mecanismos e procedimentos de socialização e conhecimento afeta a população nacional, principalmente a parcela social com ausência de recursos econômicos.

Considerando que o Estado é o principal responsável pelos estabelecimentos penais e que a educação

1 O estudo compreende um desdobramento de pesquisa realizada em 2017 para o Trabalho de Conclusão de Curso, respectivo ao curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE/PR).

é garantia assegurada através do ordenamento jurídico, inclusive para os indivíduos privados de liberdade, é o que dispõe o Plano Nacional de Educação (PNE), Constituição Federal/1988, Resolução nº 3/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Lei de Execução Penal, dentre outras normas e diretrizes, inclusive internacionais, que visam o fortalecimento e a concretização da educação a jovens e adultos na prisão.

O entendimento do senso comum sobre a educação nos estabelecimentos prisionais, bem como a compreensão do sistema prisional, é diversa da apresentada nesse trabalho. Se observa diariamente, que grande parcela da sociedade não acredita ou leva em consideração a educação como um direito a ser implementado no cárcere e que esta em pouco reflete na formação do sujeito preso. Contudo, os sentenciados, assim como todos os demais entes sociais, têm o direito à educação, garantida através do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, busca-se analisar a importância da educação para todas as parcelas sociais, e que sua ausência pode acarretar graves prejuízos para uma população, como uma das consequências: a prisão. Ainda, é difícil demonstrar socialmente que, em um país com baixas condições escolares para crianças e jovens, possa estar ofertando ensino para uma parcela discriminada, e por vezes, abandonada pelo Estado.

A opção pelo tema da pesquisa foi feita com a constatação de que, após levantamento bibliográfico poucos são os trabalhados desenvolvidos sobre educação nas prisões. O trabalho se divide em três etapas para maior compreensão do assunto através da metodologia analítica de pesquisa, tendo como pesquisa principal o ordenamento jurídico vigente no Brasil, e secundariamente autores que estudam a educação como forma de contribuição ao sistema carcerário.

Embora haja preocupação por parte do Estado em promover políticas públicas que assegurem direitos aos sentenciados, é evidente que processos serão questionados e que algumas conclusões que serão alcançadas nesse trabalho não são definitivas, pois, a época em que estamos é de grande incerteza.

1 A HISTÓRIA DO SISTEMA PRISIONAL: DISCIPLINA E CONTROLE SOCIAL

A compreensão do mecanismo da pena e da prisão e o desenvolvimento da assistência educacional e sua importância é tarefa árdua, sendo imprescindível fazer um estudo acerca do que é prisão e sua origem histórica na sociedade a fim de alcançarmos a especificidade da educação no sistema prisional.

Embora a prisão passe a existir como consequência de outras penas, por dever preceder a declaração jurídica do delito, não deixa de ter, como demais gêneros de castigos, o caráter de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso empregá-la (BECCARIA, 1764, p. 14).

A prisão significa que "em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações" (FOUCAULT, 1987, p. 163), portanto, sempre existiram no decorrer da história diversas técnicas a fim de manter o controle social.

Em meados do século XVIII, o suplício era uma das principais técnicas de controlar a sociedade. Ocorria a apropriação do corpo do indivíduo condenando, em razão de conduta não aceita na sociedade, com o objetivo de fazê-lo sofrer e destruí-lo. Essa punição era modificada conforme os crimes praticados, podendo chegar à morte (FOUCAULT, 2014, p. 13).

Segundo Foucault (1987, p. 260), "a prisão, peça essencial do conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade".

Nesse sentido:

> A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é "onidisciplinar". Além disso, a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa;

> sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante (FOUCAULT, 1987, p. 264).

Observa-se que no decorrer da trajetória histórica da humanidade, do sistema político/econômico e, incluindo o sistema penal, houve uma similitude entre quem aprisionar e quem eram/foram os sujeitos presos. De acordo com Julião (2010, p. 530), parece certo que o sistema penal fora instituído socialmente com o objetivo de aprisionar as mazelas sociais.

Importante abordar que em diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, estão apresentando taxas elevadas de encarceramento (JULIÃO, 2010, p. 529). Com o aumento de sujeitos no sistema carcerário, o sucateamento desse sistema é a consequência, a qual prejudica as condições mínimas apropriadas para atender a tutela de presos.

Neste contexto, indica Foucault (1987, p. 22), que "as prisões não se destinam a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar a sua periculosidade, a modificar as suas disposições criminosas". No entanto, o que verificamos atualmente são o domínio de crimes, modelos e procedimentos prisionais ineficazes e a estigmatização e vulnerabilidade crescente da sociedade.

A estigmatização se configura como uma das consequências mais dolorosas que as pessoas que cumprem ou cumpriram pena em instituições fechadas enfrentam, quando são reinseridas no convívio social.

O conceito de estigma a que estamos nos referindo é definido por Goffman (1978, p. 7) como "a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena". O estigma compreende desde os sinais corporais, como marcas ou defeitos físicos, até a forma preconceituosa de tratar o desvio.

Diante do processo de perda de identidade do sujeito e do individualismo exacerbado que o sistema de globalização e ultra-liberalismo tem causado, esse processo de estigmatização vivenciado pelos infratores poderá levar à sua autoculpabilização pelo fracasso nos papéis sociais previamente definidos e atribuídos culturalmente. Nesse processo, ela é incapaz de perceber todas as implicações sociais que contribuíram para colocá-la nesta condição.

Segundo Zizek (2014), a apologia pós-moderna da tolerância não passa de uma máscara para ocultar as raízes das desigualdades e desviar a atenção das verdadeiras causas da violência e dos preconceitos em geral. A demagogia ambientalista das elites que lucram com a devastação do meio ambiente é um exemplo da nova conjuntura política, cuja influência permeia boa parte das consciências. O simulacro de um pluralismo cultural e religioso por parte dos defensores do liberalismo econômico não consegue esconder que as raízes das desigualdades encontram-se numa realidade sistêmica e que apenas uma revolução poderá reverter tal ordem de coisa, ou seja, a lógica puramente econômica e mesquinha do capital. Ao contrário dos que defendem arremedos econômicos e soluções conciliatórias com a lógica perversa da globalização, Zizek demonstra que esta ordem mundial que se define pós-ideológica não consegue responder às grandes questões de nossa época, nem tampouco explicar o caos e a violência que recrudesce a cada dia por todo o planeta, gerando a sensação de que estamos vivendo no fim dos tempos.

Neste aspecto, o processo de ressocialização deve abranger, necessariamente, os aspectos que envolvem a construção da imagem do indivíduo, concreto e subjetivo, reconhecendo o papel da educação, da qualificação e do trabalho no cárcere.

Mas, todos os aspectos negativos acerca da prisão, para Bitencourt (2004, p. 168), demonstram que esta é aparelho inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o sentenciado, reforçando a questão que a prisão, como resposta "penalógica", encontra-se em crise.

A obra "Vigiar e Punir" de Foucault, é um estudo importante para a análise do sistema prisional brasileiro, nele se explica que a prisão fora um meio criado para domesticar pessoas, moldando-as de acordo com aquilo que se achava correto pela sociedade e Estado, bem como que a prisão é uma peça importante na história, no conjunto das punições, e em relação à justiça penal, que seria o acesso à "humanidade", assim, explica:

> A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho

> judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência (FOUCAULT, 2014, p. 223).

Até aqui, a observação recai em que não nos enquadramos em um modelo de sociedade disciplinar, mas sim, em um modelo de punição, sem processos concretos para melhorar o sistema prisional. Embora ocorridos avanços, ainda falta muito a construir até alcançarmos um ideal de prisão, que possa fornecer aos presos uma perspectiva de vida melhor, e, ao menos, mais dignidade dentro dos estabelecimentos penais, que, com algumas ressalvas, estão em ruínas, em conjunto com a manutenção da segurança pública.

Para maior compreensão do assunto, também é importante se estudar sobre a origem da pena, diversa da origem da prisão, pois àquela é relacionada ao sistema carcerário, de forma a ser aplicada tanto como castigo, bem como reparação.

A conceituação do termo "pena" engloba a construção de ideias, adotando-se aqui, em conformidade com Garrutti e Oliveira (2012, p. 4), que a "pena" significa uma consequência jurídica, imposta aqueles que transgridam as normas jurídicas.

A punição servia como controle social, uma vez que, produzia medo, através do espetáculo da execução penal pública. A pena, para Abbagnano (1998, p. 749), "é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração".

Verificou-se que a pena tinha como objetivo distribuir os indivíduos, partindo de uma visão que em que cada ser tinha um local correto para estar em sociedade, fazendo com que ficassem submissos e amedrontados, com encarceramento para os infratores, que consequentemente resultou na prisão daqueles considerados como vagabundos e miseráveis (FOUCAULT, 1987, p. 168).

No final do século XVIII e início do XIX, a pena imposta a determinado delito, com o passar do tempo, deixou de ser um espetáculo público. Assim, as penas que cominassem em espetáculo começaram a ter cunho negativo. As cerimônias penais realizadas deixaram de ser compreendidas, e o fechamento do crime ficou considerado da seguinte forma:

> Ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a freqüência (*sic*) dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração (FOUCAULT, 2014, p.13-14).

Mesmo a pena adquirindo outra interpretação no século XIX, que não mais o poder sobre o corpo, não deixou de existir. A pena não mais como forma de suplício, mas se concretizou historicamente como a perda de um bem ou de um direito (FOUCAULT, 2014, p. 20-21). Verifica-se que, até hoje o estudo de Foucault se mantém presente, levando em consideração que nosso sistema jurídico aplica para os transgressores de normas, a perda de alguma parte de sua vida, como bens os direitos.

A diferença entre as épocas, é que, atualmente as penas tem cunho mais voltado para a proteção da sociedade, sendo um dos seus objetivos a reeducação e ressocialização do delinquente. Desse modo, a justiça penal deve abranger a técnica processual, conjuntamente com as necessidades da pessoa humana, a fim de um tratamento penal que possibilite condições de alcance do objetivo da pena.

Logo, se adota a noção de que pena é consequência jurídica, imposta ao transgressor das normas. De acordo com Boschi (2013, p. 86), a função retributiva tem por finalidade exclusivamente castigar o delinquente, "ao mal do crime, o mal da pena".

A função preventiva da pena, conforme explica Boschi (2013, p. 111), significa que a punição

possui um duplo escopo, que é desestimular a prática de crimes e prevenir o cometimento de novos delitos. Consequentemente, leva a privação de liberdade, em se tratando da perspectiva retributiva, buscando assegurar o retorno do preso à sociedade, com o objetivo de prevenção de novas infrações.

Não obstante de haver diferentes formas de controle social, sendo algumas mais sutis e difíceis de restringir que o próprio direito penal, o Estado emprega a pena para resguardar eventuais lesões de determinados bens jurídicos. A pena e Estado são conceitos que se relacionam entre si. O desenvolvimento do Estado está unido ao da pena. Logo, o sistema socioeconômico do Estado é que desenvolve o sistema sancionador (BITENCOURT, 2004, p. 103).

Deve-se levar em consideração que é a condição material/econômica que determina o indivíduo, e assim, parcela da sociedade brasileira se vê frente a condições difíceis e trazem resultados prejudiciais para o desenvolvimento do país, e esse sistema econômico trás consequências como a prisão.

É preciso uma reflexão sobre prisão e pena e qual é sua função. Logo, se compreendeu que a prisão, se utilizando da educação como programa de reinserção social, e que, sofre demasiadas críticas pela sociedade, tem como motivos pelas críticas a ausência de lapso temporal para quantificar e qualificar o processo de reinserção social e reincidência em crimes, bem como falta de investimento público em educação de base (antes da prisão), e a educação durante e após o processo de prisionização, estabelecido pelo Estado.

Segundo Fonseca (2006, p. 540), a educação tem como objetivo proporcionar a reabilitação dos indivíduos presos, mas os programas de operação penitenciária tem tentado adaptar os sentenciados às normas, como a organização penitenciária, manutenção da ordem interna e o controle da massa carcerária, e o objetivo principal foi anulado, que seria a autonomia para um aprendizado eficaz.

Dessa forma, o Brasil passa por dificuldades no cenário carcerário, com severas críticas e penalidades em razão do modelo de prisão, levando em consideração a violação aos Direitos Humanos, com a falta de estruturação do sistema e a insuficiência de investimento institucional. Portanto, de acordo com Wacquant:

> Uma última razão, de simples bom senso, milita contra um recurso acrescido ao sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil. É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com *campos de concentração para pobres,* ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção (WACQUANT, 1999, p. 7).

Alcança-se o resultado do modelo prisional atual, a partir do encarceramento, quando verificamos que o sujeito é submetido ao sentimento de rejeição e a indiferença com a qual é tratado pela sociedade e pelo Estado ao ser inserido novamente a sociedade, comprovando que a pena privativa de liberdade não se tornou eficaz para a ressocialização.

Julião (2007, p. 21) afirma que a educação é um direito, o qual a sociedade deve aceitar, mas sem a necessidade de transformá-la em objetivo de ressocialização, pois essa não é uma justificativa para se ter a educação no sistema prisional, sendo que, é papel do sistema penitenciário a ressocialização, conforme prevê a Lei de Execução Penal, dependendo de tratamento penal autorizado para que ocorra.

Com os resultados alcançados através do estudo, a educação é vista como positiva para o desenvolvimento do preso, mas não se pode implementá-la apenas para o fim de reinserção social, deve ser voltada também, como garantia de direitos à todas as pessoas privadas de liberdade. É importante que se compreenda que a educação é relevante para o desenvolvimento humano. Seguindo essa premissa, se pode falar em 'tratamento' penitenciário sem o risco de compará-lo a algum tipo de sistema opressor do detento.

2 SOCIEDADE BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA O SISTEMA PRISIONAL

O sistema penitenciário brasileiro está entre os dez maiores do mundo de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2016). Entende-se como sistema penitenciário o conjunto das unidades de regime aberto, semiaberto e fechado, que podem ser masculinas e/ou femininas, incluindo nesse sistema os

estabelecimentos em que o recluso ainda não foi condenado, sendo estas unidades chamadas de estabelecimentos penais.

O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Em dezembro de 2014, era de 622.202. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, ainda não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. (DEPEN, 2016).

De acordo com o relatório DEPEN (2017), 89% da população prisional estão em unidades superlotadas. São 78% dos estabelecimentos penais com mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663. A taxa de ocupação nacional é de 197,4%. Já a maior taxa de ocupação é registrada no Amazonas: 484%

Uma vez dentro dos estabelecimentos penais, o indivíduo condenado se encontra sob a custódia do Estado, e a este incumbe prestar assistência àquele, atendendo as necessidades essenciais, devendo atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, em concordância com a Constituição Federal/1988, em seu art. 1º, inciso III:

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

Para entender o cenário carcerário brasileiro, *é necessário* compreender alguns aspectos sobre as políticas públicas utilizadas pelo país em face do sistema penitenciário: a prática de políticas públicas está relacionada à necessidade de promover o bem comum da sociedade por meio de leis, planos de governo, decisões do corpo político e regulamentações. Compreende-se por política pública "o conjunto de decisões e ações de um governo para solucionar problemas que em um dado momento os cidadãos e o próprio governo de uma comunidade política consideram prioritários ou de interesse público" (CALDAS; CRESTANA, 2005, p. 10).

Em relação ao sistema prisional, as políticas públicas abrangem a de segurança, que constituem um tipo particular de políticas públicas. Como preceitua Neto (2006, p. 189), os objetivos das políticas de segurança no Brasil são: manter a lei e a ordem, preservar a vida, a liberdade e segurança das pessoas.

Logo, para que ocorra o funcionamento do sistema prisional brasileiro, há a necessidade de proporcionar a esse sistema recursos capazes de atender as suas demandas, atendendo os direitos de seus responsáveis, bem como daqueles que estão restritos de liberdade, possibilitando o atendimento aos Direitos Humanos, tão importantes para a manutenção da dignidade de toda pessoa.

O marco para que o Brasil buscasse seguir as regras relacionadas aos Direitos Humanos na área penal, no que se refere ao tratamento da pessoa presa, se deu principalmente a partir da participação do país como membro do Conselho de Defesa Social e Econômica da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em nível nacional, a Constituição Federal/1988, reservou o artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, incluindo nele, à proteção das garantias do homem preso. Há ainda legislações específicas, como a Lei de Execução Penal que dispõem sobre as etapas da pena e da prisão, bem como os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal e o Decreto-Lei nº 7.626/2011, que, de forma específica institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional.

Estudos específicos como o de Onofre (2013, p. 2), a prisão no Brasil é uma instituição fechada tendo como objetivo aplicar técnicas corretivas sobre seus tutelados, buscando recompô-los, segundo os pressupostos básicos da vida que lhes quer incutir, acabando por desestruturá-los física e psiquicamente.

O Conselho Nacional do Ministério Público (2016, p. 17), chegou à conclusão de que "o sistema prisional brasileiro, com suas graves deficiências estruturais, superlotação carcerária e condições desumanas de custódia, tem impingido ao país a nódoa da violação de direitos fundamentais."

O Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, afirma que:

> Os números estampam a necessidade de assegurar, o quanto antes, o cumprimento de pena no país condizente com a dignidade da pessoa humana, assegurada a integridade dos apenados e dos seus familiares, e a possibilidade de verdadeira ressocialização (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016, p. 17).

Consoante aos estudos efetuados por Foucault, a prisão, bem como as penas, apresentaram com o passar dos anos, um aspecto mais humanizado, se comparado aos episódios do suplício, embora, não sendo o ideal. Atualmente, o sistema prisional tem se convertido em dispositivo que, além de punir, deve ter como propósito, tornar-se socialmente mais responsável, com proteção social e exercício de direitos que correspondem à condição humana.

Nesse contexto, atualmente no Brasil se tem as assistências aos presos, mas são poucos os estudos e informações consistentes sobre essas, principalmente a assistência educacional, tomando como base a noção de direitos humanos, definidos como, indivisíveis, universais e interdependentes, destinados a garantir a dignidade humana.

A educação como direito de todos, não deve ser limitada a apresentar as possibilidades da leitura da escrita e do cálculo. Para Maliska (2001, p. 157), deve-se garantir a todos "o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual".

De pronto, qual seria a importância da educação? Qual a sua extensão? Em que consiste o direito à educação? E se ela poderia transformar a função da pena. Com fulcro na Constituição Federal, esta garante, em seu artigo 205:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A assistência educacional dentro dos estabelecimentos penais, não é, conforme preceitua Maeyer (2006, p. 21), uma segunda chance de educação. Bem como não deve ser compreendida como uma primeira ou última oportunidade de se fazer parte da sociedade, ou seja, daqueles que estudaram e têm conhecimento. Ainda, afirma que não é um prêmio de consolação ou um tipo de educação reduzida a ser oferecida àqueles que, por razões sociais, familiares ou políticas, não foram capazes de tê-la durante a infância. Conclui-se, que, não é uma educação pobre para pobres.

A fundamentação do DEPEN-PR (Departamento Penitenciário: departamento de Execução Penal), estabelece que a oferta de educação no sistema penitenciário, é realizada com parceria expressa em Resolução Conjunta, estabelecida entre a Secretaria de Estado da Educação e a Secretaria de Estado da Segurança Pública e Administração Penitenciária que, desde 1982, vem viabilizando as pessoas privadas de liberdade a oferta de educação básica para o processo de ressocialização.

A concepção de educação está intrinsicamente ligada como sendo um direito humano, e que reconhece o indivíduo preso como sujeito de direitos. Segundo Julião e Onofre (2013, p. 56), os fins da educação nas unidades prisionais são distintos dos fins da pena, pois, no sistema penitenciário, ocorre o descarte das práticas sociais que promovam processos educativos. De acordo com os estudiosos, para corrigir que os fins das penas sejam os mesmo que os fins educacionais, com o reconhecimento da educação dentro do espaço prisional deve haver a compreensão de que a educação é para todos:

> Corrigir tal descompasso é uma exigência da educação para todos, por toda a vida, uma vez que o reconhecimento da cidadania dos privados de liberdade é o ponto de partida para a defesa de seus direitos educativos. A liberdade de ir e vir e o afastamento do convívio social por um tempo determinado é a pena a ser cumprida por um crime cometido – todos os demais direitos humanos ficam preservados (JULIÃO; ONOFRE, 2013, p. 56).

Assim, a educação seria uma das maneiras encontradas para que o indivíduo preso, não perca a palavra e a própria identidade. É por meio da educação penitenciária que o detento terá a possibilidade de se reconhecer como protagonista, podendo criar e recriar a própria história.

O direito à educação, também não deve ser considerado como apenas formação profissional, ou usado como ferramenta de reabilitação social. Para Maeyer (2006, p. 22), a educação é ferramenta democrática de progresso, não mercadoria. A educação deve ser aberta, multidisciplinar e contribuir para o desenvolvimento da comunidade. A educação não deve ser usada como ferramenta para lidar com conflitos dentro da prisão e esse direito não deve ser aplicado e tolerado apenas para os de boa conduta.

Nesse rumo, Maeyer (2006, p. 19) questiona como explicar para a sociedade que deve ocorrer investimento na educação penitenciária, sendo que, o orçamento para as escolas regulares é insuficiente, ficando difícil explicar por que a educação na prisão precisa de dinheiro público.

Além da problemática sobre o investimento em questões orçamentárias, Fonseca (2006, p. 541), explica acerca das dificuldades dentro dos estabelecimentos penais. Uma das principais dificuldades consiste nas atividades na área da reabilitação, educação, recreação, esportes, biblioteca e demais cursos, que assumem uma posição secundária, se comparadas ao sistema de controle da prisão, "cuja prioridade é fazer com que o encarcerado aprenda a ter complacência com as autoridades e com os regulamentos penais" (FONSECA, 2006, p. 541).

Portanto, a assistência educacional, dentro dos estabelecimentos penais, deve ser trabalhada entre todos àqueles que têm sua liberdade restrita, independentemente do regime penal, visando o desenvolvimento da coletividade. É necessário que a assistência educacional valorize o preso, desenvolvendo a capacidade de superar obstáculos.

3 OS PROCESSOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL COMO DIREITO ADQUIRIDO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988

Após estudo sobre a história a prisão e pena, a educação no sistema penitenciário atual, não tem apenas o objetivo de disciplinar indivíduos presos, mas traz uma percepção de melhoramento do cenário carcerário brasileiro, e consequentemente, uma evolução social, e esta evolução é uma das causas da mitigação de recursos para o sistema carcerário nacional.

A importância da educação somente foi reconhecida nos termos de Gorczevski (2009, p. 211), para a formação dos indivíduos e de toda a sociedade, quando do surgimento de segmentos de uma sociedade privilegiada, em que a educação era apenas para as classes dominantes, educadas para governar, dirigir e conquistar o Estado.

A popularização da educação a diferentes camadas sociais se iniciou a partir do século XVI, com grandes transformações na sociedade europeia, que perduraram durante os séculos XVII e XVIII, com a descoberta do Novo Mundo e nova ciência, com diversos métodos de conhecimento. Assim, a transformação social política e o surgimento do Estado, conforme conhecido atualmente, fez com que a educação ocupasse um papel central na preocupação de intelectuais e políticos (GORCZEVSKI, 2009, p. 211-213).

Nos termos de Vasquez *et al*. (2017, s.p.), a instrução escolar no Brasil a partir do século XIX foi ofertada a população carcerária, sendo mencionada nos regulamentos penitenciários da Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, Presídio de Fernando de Noronha, Casa de Correção de Porto Alegre, Colônia Correcional de Dois Reis, Casa de Correção de São Paulo, dentre outras instituições.

Portanto, as ideias educacionais no sistema prisional surgiram antes mesmo da Lei de Execução Penal, criada no ano de 1984. Nesse contexto, Vasquez *et al*. (2017, s.p.), apontam que a oferta da instrução escolar na prisão ocorreu durante o Brasil Império, análoga à organização da instrução pública em nível de ensino primário.

Para Julião, a educação na prisão deve se basear nos Direitos Humanos. Segundo o autor "ela constitui um valor em si mesma, um conjunto de ferramentas e de capacidades que ampliam as possibilidades de implementação de projetos que contribuam para a inclusão social, cultural e econômica das pessoas aprisionadas" (2013, p. 52).

A partir do século XX, nos moldes dos estudos de Vasquez *et al.* (2017, s.p.), ocorreu à implementação do ensino supletivo no país, denominada atualmente de Educação de Jovens e Adultos (EJA), sendo que, algumas instituições passaram a atuar nos sistemas penitenciários nos Estados.

A partir de então, surgiram algumas peculiaridades sobre a educação na prisão, mas ainda não era modalidade de ensino específica, conforme prevê a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), (Lei Federal nº 9.394, de 20/10/1996), que implementou a modalidade de Educação de Jovens e Adultos, na Seção V do Capítulo II.

Deve-se levar em consideração o que preceituam Sauer e Julião:

> O Brasil já ultrapassou a etapa que discute o direito à educação dentro do cárcere. Está agora no estágio em que deve analisar as suas práticas e experiências, procurando instituir programas, consolidar e avaliar propostas e políticas. Precisamos buscar possíveis e novos caminhos para o plano institucional que abriga homens e mulheres em situação de privação de liberdade em prol da implementação de políticas públicas voltadas para oferta educacional de qualidade no Sistema Penitenciário (SAUER; JULIÃO, 2012, p. 4).

Atualmente, os processo de implementação da educação no sistema penitenciário brasileiro, segue o ordenamento jurídico, levando em consideração a Constituição Federal/1988, que, no artigo 208, inciso I, define de que a educação deve ser efetivada, estabelecendo o Ensino Fundamental obrigatório e gratuito para todos, inclusive para "todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria", alcançando a maioria dos presos.

Entretanto, somente no início desse século XXI, produziram-se regras mais específicas a fim de implementar a educação no sistema prisional, com o parecer do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB 11/2000), que esclareceu sobre a educação para jovens e adultos, devendo esta atender aos segmentos historicamente marginalizados, ofertando a estes a educação pública.

O Plano Nacional de Educação (Lei n.º 10.172/2001) dispõe em seu Capítulo III, à modalidade de Educação de Jovens e Adultos, a qual estabelece "implementar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional".

Por fim, além de algumas determinações internacionais sobre os direitos dos presos, no Brasil, somente no ano de 2011 através do Decreto-Lei nº 7.626/2011 ocorreu à implementação do Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, que abarca mais especificadamente a assistência educacional dentro dos estabelecimentos prisionais.

Portanto, há normas regulamentando que a educação é direito de todos, alcançando também os indivíduos presos. Embora haja leis garantindo a assistência educacional, àqueles que devem colocar em prática as mesmas, batem de frente com outro sistema, que é do investimento e estruturação do sistema penitenciário, além de serem necessários estudos mais aprofundados sobre os sujeitos que se encontram presos, pois há pluralismo de culturas e saberes, bem como se precisa estudar quais as consequências da implementação da educação que alcance a todos os sentenciados.

Silveira *et al.* (2007, p. 448) afirmam que "apesar de sucessivas constituições brasileiras proclamarem que a educação é um direito de todos, ainda é notória a diferença entre direitos proclamados e direitos efetivamente desfrutados". Ainda, alegam:

> É bem verdade que, no Brasil, conquanto tenhamos avançado na definição e regulamentação do direito à educação, sua efetividade em termos de garantia de acesso, permanência e qualidade de ensino ainda está por acontecer. É, pois, tarefa de todos os que trabalham em prol da promoção e defesa dos direitos humanos, lutar pela efetividade do direito à educação ao tempo em que também nos compete denunciar sua violação. Em termos de princípios, adjudicamos a idéia (*sic*) de que o direito à educação só será efetivado na medida em que todas as crianças e jovens deste país puderem ter acesso à educação básica. A universalização do ensino representa, assim, o mecanismo mediante o qual é possível garantir a igualdade de acesso à escola. Na educação formal, universalização, obrigatoriedade e gratuidade formam parte de um único processo. A obrigatoriedade e a gratuidade da educação representam, simultaneamente, a garantia da universalidade do acesso à educação, ao tempo em que asseguram o direito do homem à educação (SILVEIRA; DIAS *et al.,* 2007, p. 449).

Portanto, o termo "universalização" da educação abarca inclusive aqueles que se encontram sob a custódio do Estado, dentro dos estabelecimentos prisionais, e que, da mesma forma merecem ser respeitados e ter o tratamento que a Constituição Federal dentre outros dispositivos legais determinam, com o acesso educacional.

Nota-se, que é necessário levar em consideração as peculiaridades de cada segmento e conduta social, pois não há ausência de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em face da Constituição Federal, no entanto – se observa que ocorre a não efetivação desses direitos - ou seja, embora se tenha direitos, a sociedade de modo geral não os respeita de forma plena. Não falta questionamento de que a educação é um direito de todos, incluindo os indivíduos presos, mas a ausência de questionamentos sobre a adoção de ações de como ocorrer à efetivação do sistema educacional e ações de ajuda aos cidadãos egressos na sociedade.

Conclusão

Insta afirmar que o direito a educação é de pertencimento coletivo, sendo uma garantia enquanto direito fundamental para àqueles que estão sob a responsabilidade do Estado, em especial, aos restritos à liberdade. Compreendeu-se que, embora este direito esteja presente no ordenamento jurídico brasileiro, não é um assunto de fácil resposta. Inúmeras são as dificuldades: acesso, implantação, implementação, estrutura física e amparo pedagógico. Neste diapasão, cumpre a permanência de diálogo em busca da efetivação deste direito fundamental social.

A fase histórica da função da pena como mecanismo de disciplina social, passou por inúmeras mudanças até chegar aos dias atuais como noção de consequência jurídica, imposta ao transgressor das normas. A pena atualmente está direcionada para as consequências sociais, ou seja, como irá ocorrer a reinserção do indivíduo após o cumprimento da pena. Contudo, ainda se verifica resquícios fortes de modelos prisionais apenas de forma a atender o Direito Penal quanto à função de condenação e punição, sem considerar novos mecanismos que viabilizem aos presos condições de vida mais digna e fora da criminalidade.

Destaca-se a educação prisional como maneira de trabalhar conhecimentos de uma forma crítica, bem como a formação dos valores democráticos, os princípios violados pelos sentenciados, com o papel de promover a reflexão sobre a busca de sentido para as suas vidas.

A assistência educacional é um direito de todos, direito este, garantido no Brasil, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases de Educação, Decreto-Lei nº 7.626/2011 e pela Lei de Execução Penal.

A responsabilidade do Estado citado no artigo 5º da Constituição Federal/1988 e no artigo 10 da Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Desse modo, um programa destinado a reinserção social deve ter como base a assistência material, moral e intelectual, afinal, a readaptação social necessitam de intensa ação educativa. Seguindo essa premissa, se poderia falar em "tratamento" penitenciário sem o risco de compará-lo a algum tipo de sistema opressor do detento.

Para ser um elemento transformador, a educação deve envolver relações sociais e familiares, tendo oportunidade para debates sobre a reabilitação de presos e sobre sua volta à sociedade, bem como discutir sobre o direito a educação, permitindo a integração entre a sociedade e as políticas públicas necessárias à melhoria das condições prisionais no estado.

Portanto, é necessário compreender que os indivíduos restritos de liberdade são colocados na prisão como punição e não para punição, ou seja, a Penitenciária é local de consequências, onde o sujeito que cometeu transgressões normativas recebe uma pena. Contudo, os sujeitos presentes nesse local precisam aprender novas possibilidades de viver em sociedade, atendendo as demandas legais, e, uma possibilidade para que a prisão cumpra com o papel estabelecido pelo ordenamento jurídico, os quais: reabilitação e ressocialização é através da oferta de ensino qualificado.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** 2. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo, SP: Saraiva, 3ª ed., 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 11, jul., 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

_____. Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 04, nov., 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7626.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/sigepsemiaberto/CNJ_relatorio_parana.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

_____. **Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária**: Departamento Penitenciário – Depen. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

_____. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. In: **Conselho Nacional do Ministério Público**. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff e CRESTANA, Silvério. Políticas Públicas Municipais de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **In: Revista Sebrae.** São Paulo, SP, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

FELBERG, Rodrigo. **A reintegração social dos cidadãos-egressos, uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas**. São Paulo, SP, 2013. Disponível em: < http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Rodrigo_Felberg.pdf >. Acesso em: 25 de maio de 2017.

FONSECA, Karina Prates da. (Re)Pensando o Crime como uma relação de antagonismo entre seus autores e a Sociedade. **In: Psicologia Ciência e Profissão**. v. 26, nº 04, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400002>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

_____, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 27. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GARRUTTI, Selson; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **A prisão e o sistema penitenciário:** uma visão histórica. 2012. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_ppe_2012/trabalhos/co_02/036.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro**. In: Revista Brasileira de Educação**, v. 15, nº 45, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v15n45/10.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

_____, Elionaldo Fernandes. Educação para jovens e adultos privados de liberdade: desafios para a política de reinserção social. In: **EJA e educação prisional.** 2007. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/eja_prisao/saltopfuturo_edprisional.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre, RS: Diagramação e Arte, 2001.

MAEYER, Marc de. Na prisão existe perspectiva da educação ao longo da vida? **Alfabetização e cidadania: revista de educação de jovens e adultos.** Brasília, DF: RAAAB, UNESCO, Governo Japonês, Nº 19. Jul., 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001465/146580por.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MENEGOTO, Camila Taís. **O plano estrat**égico de educação no âmbito do Sistema P**risional brasileiro**: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão – PR. Paraná, PR. 2017.

NETO, Paulo de Mesquita. Fazendo e Medindo Progresso em Segurança Pública. **In: Revista Praia Vermelha** (UFRJ), Rio de Janeiro, v. 14-15, 2006. Disponível em: <http://www.ess.ufrj.br>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano; JULIÃO, Elionaldo Fernandes. A educação na prisão como política pública: entre desafios e tarefas. **In: Educação e Realidade**, Porto Alegre, RS: v. 38, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/edu_realidade>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

SAUER, Adeum Hilario; JULIÃO. Elionaldo Fernandes. A educação para jovens e adultos em situação de restrição e privação de liberdade no Brasil: questões, avanços e perspectivas. In: **Ministério da Educação: Conselho Nacional de Educação - Seminário Educação nas Prisões**, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10586-educacao-nas-prisoesreferencia-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS. Adelaide Alves; FERREIRA. Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA. Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE. Maria de Nazaré Tavares. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa, PB: Universitária, 2007. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2014/07/merged.compressed.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

VASQUEZ, Eliane Leal; NEVES. Edmar Souza das; CARVALHO. Lucidea Portal Melo de; VASQUEZ. Zoar de Oliveira. **Política pública para educação penitenciária**: panorama de debate atual e desafios para sua implantação no Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.aurineybrito.com.br/post/2017/03/22/artigos/politica-publica-para-educacao-penitenciaria-panorama-de-debate-atual-e-desafios-para-sua-implantacao-no-brasil#_ftn6>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1999. Disponível em: <http://files.femadireito102.webnode.com.br/200000039-62f056357d/As%20Prisoes_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf.>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

ZIZEK, Slovaj. **Violência. Seis Reflexões Laterais.** São Paulo: Contexto, 2014.

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA: O COMBATE À MARGINALIZAÇÃO DOS TRABALHADORES DO SEXO

Suiara Haase Pacheco

Advogada trabalhista, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC e pela FUNDAÇÃO ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO – FEMARGS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

E-mail: suiara.pacheco@zavagnagralha.com.br

Resumo: O estudo busca trazer a discussão sobre a viabilidade da regularização do trabalho do profissional do sexo. Exporá a atual marginalização da atividade, buscando um confronto com nosso ordenamento jurídico, em especial com os princípios constitucionais. Trará casos práticos, apresentando a maneira com que a sociedade, o judiciário e o legislativo têm tratado o problema dos trabalhadores do sexo.

Palavras-chave: Prostituição. Regulamentação. Justiça Social.

Abstract: The brings the discussion on the feasibility of regulating the work of sex professionals. It displays the current marginalization of the activity, seeking a confrontation with our legal system, especially with constitutional principles. It brings practical cases, with the way society, the judiciary and the legislature have dealt with the problem of sex workers.

Keywords: Prostitution. Regulation. Social justice.

1INTRODUÇÃO

A prostituição é uma das profissões cujos relatos de existência são os mais antigos – mesmo antes do surgimento do capitalismo já havia quem se valesse do sexo como meio de subsistência -, falar e estudar sobre a prostituição, ainda hoje, é um tabu.

Os valores "morais", que, em verdade, estão enraizados em estigmas sociais, ainda não possibilitam trabalhar o problema da marginalização da profissão das prostitutas sob um viés mais humano, aplicando a justiça social e considerando esses trabalhadores como sujeitos de direito.

Algumas poucas sociedades, como recentemente ocorreu na Colômbia, já vêm caminhando na busca de tornar os profissionais do sexo trabalhadores visíveis aos olhos do Estado.

O Brasil, no final de 2002, reconheceu, sob o código 5198-05, o trabalho realizado pelos profissionais do sexo como profissão ao incluí-lo na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

A busca pela regulamentação da prostituição, contudo, ainda é muito tímida e são poucas as doutrinas sobre o tema em nosso país. Não obstante, enquanto isso, milhares de trabalhadores ainda estão expostos a situações degradantes e à exploração indevida de sua mão de obra: estima-se que, em 2012, mais de 40 milhões de pessoas no mundo se prostituíam. (FERNANDES, 2012).

O presente trabalho inicia explorando a questão da estigmatização da prostituição, buscando, em seguida, abordar esta espécie de trabalho dentro da ciência jurídica e social.

Aborda-se-á a inserção da regulamentação da prostituição dentro do nosso ordenamento trabalhista e criminal. Analisar-se-á a compatibilidade da normatização do trabalho das prostitutas dentro dos preceitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988, nossa Carta Magna.

O artigo enfatizar-se-á, por meio de casos concretos e atuais, uma perspectiva de como o problema

em tela tem sido enfrentado por nossos tribunais.

Por fim, far-se-á uma análise dos atuais projetos de lei que tratam da regulamentação da prostituição e de como o assunto vem sendo tratado por nossos parlamentares, na busca de incentivar a discussão sobre o tema.

2 PROSTITUIÇÃO: UM ESTIGMA SOCIAL

A prostituição nem sempre foi socialmente vista de maneira estigmatizada. Na antiga sociedade egípcia, por exemplo, a figura da prostituta era tida como uma imagem sagrada, relacionada à deusa Innana.

Assim também o era na Grécia antiga, onde as prostitutas costumavam ser mulheres instruídas e que ocupavam, em regra, elevada posição social.

Foi só com o advento da tradição judaico-cristã que a prostituição passou a ser tomada como um mal à moral e aos preceitos cristãos, protetores da monogamia, mal este que vem sendo combatido – sem sucesso, diga-se – até os dias de hoje. (SACRAMENTO, 2014).

Essa cultura, dominante em todos os cantos do mundo, que cria um tabu em torno de qualquer ato sexual e de tudo o que é relacionado à sexualidade, empurra a mulher à obrigação de preservação de um padrão comportamental perante o sexo e perante suas vontades. A mulher deve "preservar-se" e preservar o modelo ideal de esposa e mãe, enquanto, ao homem, é permitida a livre exploração de seu corpo e do corpo alheio:

> Com efeito, o rótulo puta, mais que a conceptualização de características específicas das mulheres que se prostituem, representa, acima de tudo, uma construção social sancionatória da transgressão dos valores hegemônicos que regulam a intimidade e as relações de gênero. Simultaneamente, expressa muitos dos fantasmas ainda existentes em relação à sexualidade, sobretudo à feminina, e, bem assim, o forte investimento dispendido no seu controle por parte de uma sociedade em que prevalece a dominação masculina. (SACRAMENTO, 2014, p.199).
>
> Mais, o "mau sexo", nomeadamente aquele que é praticado na esfera mercantil, corrompe também a visão moderna do amor romântico, no qual a sexualidade se cumpre no quadro de uma relação amorosa duradoura, desejavelmente para sempre, entre dois seres humanos. (RIBEIRO, 2008, p.25).

Um exemplo recente desta estigmatização ocorreu no início de maio de 2003, quando um grupo de três mulheres da cidade de Bragança (SP) organizou um movimento, conhecido como o Movimento das Mães de Bragança, em que protestavam e culpavam as prostitutas pela degradação dos ambientes familiares e pelo comportamento adúltero, mas escusável, dos maridos, exigindo uma conduta ativa dos governantes.

Os referidos estigmas que norteiam a prostituição acabam por empurrar, ainda mais, os trabalhadores do sexo à margem da sociedade, tornando-os indignos do acesso aos serviços de saúde básicos e expostos ao preconceito, ao consumo de drogas e à violência física e psíquica, dando a esses profissionais baixas perspectivas de um futuro, ou de melhores condições de trabalho.

Os garotos e garotas de programa se tornam invisíveis ao Estado, que se mantém comodamente inerte, ainda que a prática em questão seja por todos conhecida e amplamente ativa em qualquer sociedade:

> Conceber que o sexo é um trabalho implica uma ruptura com a ideia de que as mulheres devem ter uma entrega ilimitada nas relações heterossexuais. Este mito sexual patriarcal alicerça as visões tradicionais sobre a prostituição, ocultando a capacidade de decisão e de negociação das prostitutas. Talvez por causa deste entendimento seja difícil aceitar sua independência pessoal e econômica, voltando-se o imaginário popular para uma imagem distorcida da realidade, na qual as prostitutas são sempre vistas como exploradas ou vítimas. (LACERDA, 2013, p.151).

A sociedade, movida por impulsos *morais*, confrontando direitos humanos básicos, acaba por discriminar os profissionais do sexo. O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890, a exemplo, previam o crime de estupro de prostitutas com pena 36 vezes menor que aquela imputada ao estupro da *mulher honesta*.

O estigma social nos torna uma sociedade hipócrita, que, por um lado, quer esconder a prática da prostituição e marginalizar aqueles que se valem do sexo como trabalho, mas que, por outro, parece se preocupar, exclusivamente, com a saúde daqueles que exploram o corpo alheio.

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda (2013) ao comentar o fato de que, em países como a França, Bélgica, Áustria e Alemanha, há a cobrança de imposto sobre as atividades sexuais, embora seja proibido o lucro pela prática - bem observa que, o que pretendem essas sociedades é evitar um prejuízo público e assegurar a invisibilidade social das prostitutas, atendendo também às necessidades masculinas, à proteção das mulheres decentes. "A autora finaliza concluindo que a finalidade do modelo de regulamentação, por conseguinte, não é defender os interesses das prostitutas, nem tampouco protegê-las da violência ou de possíveis abusos, mas proteger a sociedade deste denominado 'mal necessário". (LACERDA, 2013).

O depoimento prestado pela Coordenadora-Geral da Associação das Prostitutas da Bahia, Fátima Medeiros, prestado no Procedimento Preparatório do Inquérito Civil Público sob o n. 1/2008, que tramita na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, expressa bem a realidade desses trabalhadores (SILVA NETO, 2008):

> [...] que a violência e a exploração são os principais problemas vivenciados pelas prostitutas no Estado da Bahia; [...] que o empresário sexual dá uma ordem à prostituta a fim de que transe sem camisinha, porque, se se recusar, a prostituta não continuará na casa de prostituição.

Em resposta à ausência de proteção do Estado e ao tratamento despendido pela sociedade, muitos profissionais se reúnem na busca de reconhecimento e de melhores condições de trabalho.

Em 2 de junho de 1975, um grupo de 150 prostitutas, em Lyon, na França, ocupou a Igreja de Saint-Nizier para exigir o reconhecimento de seu trabalho, requerendo fosse ele equiparado a qualquer outro, a fim de dar à atividade mais dignidade. Foram denunciados abusos e preconceitos. As manifestantes acabaram sendo expulsas da cidade pela polícia, mas sua coragem as fez parte da história mundial de luta da classe. (LACERDA, 2013).

A busca, ainda que tímida, desses profissionais por reconhecimento, trouxe a aprovação da Carta Mundial dos Direitos das Prostitutas, pelo Comitê Internacional dos Direitos das Prostitutas, em 1985, manifesto em que se exigia que a atividade fosse retirada do rol de atividades proibidas, desde que exercida com ampla liberdade de escolha, por profissionais adultos, tornando os trabalhadores do sexo sujeitos de direito. O manifesto requeria que fossem criadas cláusulas a fim de coibir a estigmatização das prostitutas.[1]

Todas as mobilizações ocorridas ao longo da história, contudo, ainda não foram suficientes para quebrar o preconceito e para aproximar o Estado desses profissionais, que ainda vivem desamparados e expostos a todo o tipo de violência e desrespeito social.

3 A PROSTITUIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO PENAL

A prostituição é instituto tratado pelo direito penal sob o prisma do sistema legal da proibição da regulamentação da atividade, ou sob o prisma abolicionista.

O Brasil adota o sistema abolicionista, movimento que teve origem na Inglaterra, no final do século XIX, quando um grupo de mulheres da classe média travou uma luta contra a regulamentação da prostituição, em nome da moral e da família. (LACERDA, 2013).

O abolicionismo trata o profissional do sexo como uma vítima da sociedade, um indivíduo que, sem outra alternativa, entregou-se ao comércio do próprio corpo, o que, para seus defensores, seria moralmente reprovável.

O referido modelo não pune quem se prostitui, mas criminaliza aqueles que exploram a prostituição. No Brasil, a prostituição não é crime, mas um mal que deve ser combatido pela penalização daqueles que se

[1] Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas. Disponível em: http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.htm. Acessado em 19.09.2015.

aproveitam da exploração do corpo alheio.

O Título VI do nosso Código Penal, denominado *Dos crimes contra a dignidade sexual*, elenca, em seus artigos 228, 229 e 230, respectivamente, os crimes de *Favorecimento da Prostituição ou outra forma de exploração sexual*, manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual e o crime de rufianismo.

Explorar a atividade sexual, ainda que sem auferir lucro, é conduta tipicamente ilícita no nosso sistema, sendo o explorador tratado como um criminoso que empurra aquele que se prostitui a cometer o ato socialmente reprovado.

O termo *abolicionista* tem íntima ligação com a abolição da escravidão, num contexto em que as prostitutas são encaradas como indivíduos que precisam ser libertados, como sujeitos que não têm autonomia sobre o seu corpo, para que, assim (libertas), possam enxergar o mal que sofrem pela atividade. (LACERDA, 2013).

A Assembleia Geral da ONU aprovou, no ano 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em Palermo, ratificado pelo Brasil em fevereiro de 2004. O documento traz o modelo abolicionista, com medidas que visam à recuperação física, psicológica e social, tratando as prostitutas como vítimas da sociedade.[2]

Criticando o sistema abolicionista, a professora Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda sustenta que o referido modelo, na pretensão de proteger os profissionais da exploração de terceiros, *está impregnado pela estigmatização, marginalização e exclusão social das mulheres que fornecem serviços sexuais*:

> Esta proteção, contudo, tem um preço: o de ser considerada a prostituta mais como um objeto do que como um sujeito de direitos. Não são iguais aos demais cidadãos, e nem são companheiras de luta; não podem adensar o debate como pessoas capazes de assumir suas atividades, julgar sua situação e formular suas próprias necessidades, demandas e perspectivas. [...] Não é possível uma organização de prostitutas, para debate e crítica de sua situação formal e material, porque a legislação não favorece que as mulheres assumam publicamente a sua profissão. (LACERDA, ano, p. 148).

A autora assevera ainda que "Em verdade, tanto o modelo abolicionista quanto o de regulamentação da atividade contêm fortes cargas de moralidade e dão uma resposta satisfatória à lógica burguesa da família e do controle da sexualidade extraconjugal". (LACERDA, 2013, p.148).

A mesma crítica é feita por Fernando Bessa Ribeiro, quando demonstra que as prostitutas são jogadas pelo sistema em um limbo social, marcado por formas extremas de estigmatização e exclusão, na medida em que não lhes é permitido trabalhar de uma forma legal, ainda que não sejam legalmente penalizadas pela prática:

> Nem, obviamente, o coletivo de profissionais do sexo quer ser salvo. Como bem mostram os documentos discutidos na Conferência Européia sobre Trabalho Sexual, Direitos Humanos, Trabalho e Migração, realizada em outubro de 2005, em Bruxelas [...] e apesar do estigma que sobre eles é projetado pela ordem moral dominante, as suas lutas visam a plena inscrição do trabalho sexual e daqueles que o exercem na esfera das relações laborais, incluindo o acesso aos mecanismos de proteção social. (RIBEIRO, 2008, p.28).

Os penalistas, por sua vez, igualmente defendem que os tipos penais relacionados à exploração sexual por terceiros só se justificam pela defesa da moral e do que a sociedade tem como *bons costumes*.

Eugenio Raúl Zaffaroni leciona que a moral em sentido estrito, o que chamou de *moral pública*, não é, e nem deve ser, um bem jurídico tutelado pelo Direito. Ainda que seja desejável que a população nutra sentimentos de pudor, é inviável que se cobre e se sancione aquele que não o tem se sua conduta não interfere na esfera de direitos de outro. (ZAFFARONI, 1997).

É claro que não se está a defender a prostituição advinda de ameaça, coação, ou a exploração de menores. Os estudiosos, quando sustentam que não deveria haver incriminação do agente que contribui,

[2] Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 19.09.2015.

de alguma forma, para a prostituição alheia, referem-se à prostituição de maiores, consentida, consciente. Guilherme de Souza Nucci é um ferrenho defensor da descriminalização do tipo penal aqui estudado:

> Ora, se a pessoa induzida, atraída, facilmente inserida, dificultada ou impedida (por argumentos e não por violência, ameaça ou fraude, que configuraria o §2º) de largar a prostituição é maior de 18 anos, trata-se de figura socialmente irrelevante. Cuidaria melhor o legislador de proteger o menor de idade ou aquele que é vítima de atos violentos, ameaçadores ou fraudulentos, mas não a pessoa adulta que foi convencida a levar vida promíscua. Ressaltemos, se tal conduta fosse realmente relevante e danosa à sociedade, não se teria a proliferação de anúncios e propagandas de toda a ordem nessa área, com o beneplácito das autoridades. [...] Nãoé crível que, até hoje, persista a cantilena de preservar os bons costumes, sem nem mesmo definir quais sejam, colocando o Direito Penal na procura pelo impossível. A prostituição é fato concreto e, mais, fato penalmente irrelevante.
>
> É evidente haver casas de prostituição de todos os moldes possíveis, com fachadas inocentes, mas onde a autêntica exploração sexual pode acontecer. Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar contas com outras pessoas, as fornecedoras de qualquer auxílio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade. Retirar-se –ia da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado. Em nossa visão, exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento desta pessoa, valendo-se, primordialmente de fraude ou ardil [...] Desse modo, inserir, no art. 229, a mantença de estabelecimento em que ocorra exploração sexual não traz benefício algum. (NUCCI, 2010, p.955).

O Código Penal, que é datado de 1940, configurava em seu texto original, antigo e moralista, como crime a mantença de casa ou lugar destinado a *encontros libidinosos*.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o tipo penal teve alteração na expressão, prevendo, agora, ser crime a mantença de *estabelecimento em que ocorra exploração sexual.* Grandes vozes da doutrina e da jurisprudência criminal sustentam que a alteração legal veio justamente para diferenciar a prostituição praticada por maiores, livre e consentida, da indesejável exploração sexual.

A doutrina e a jurisprudência, como demonstrar-se-á mais adiante com casos práticos, ressaltam a aplicação do princípio da adequação social da conduta, que preconiza a impossibilidade de se punir um indivíduo que pratica uma conduta que, embora tipificada como crime, é aceita e tolerada pela sociedade.

Nossos tribunais e a doutrina penalista levantam, ainda, a ofensa ao princípio constitucional da intervenção mínima, argumentando que o Estado não pode ser totalitário e intervir na vida de todos, preocupando-se, por exemplo, com questões morais, pois, assim, nos tornamos um Estado evasivo e intolerante, violador da dignidade da pessoa humana.

4 O ATUAL ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E O ACOLHIMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO DO PROFISSIONAL DO SEXO

A maneira com que juridicamente se trata o trabalho da prostituta, excluindo essas profissionais da efetiva proteção estatal, afronta nosso ordenamento jurídico, contrariando princípios fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que veio para garantir e petrificar direitos básicos de uma vida digna a todo o ser humano.

A Constituição de 1988 impõe a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, defendendo a proteção do trabalho humano. Em seu artigo 1º, inciso IV, a Carta Magna preconiza como fundamento do Estado brasileiro a *valorização social do trabalho*. Dar valor social ao trabalho é possibilitar que ele seja um meio de inclusão do indivíduo na sociedade; é possibilitar que o trabalhador se veja como uma peça contributiva ao sistema.

O trabalho não é só um meio de garantia da nossa subsistência, mas um meio de sermos úteis à sociedade, de elevarmos nossa autoestima e garantirmos nossa boa saúde mental. A Constituição Federal não só prestigia o trabalho como fator produtivo, mas quer a real valorização social deste, sem fazer, por outro lado, qualquer distinção entre as suas espécies, isto é, em sendo o trabalho lícito, o constituinte determina que deva ser o trabalhador valorizado.

O trabalho da prostituta, não constitui ilícito penal, ou civil, devendo, assim, ser enquadrado como atividade, ocupação ou trabalho. (SILVA NETO, 2008). Quando se analisa a prostituição de pessoas adultas, feita de maneira livre e consentida, fica evidente estarem presentes os elementos caracterizadores do trabalho em relação empregatícia (artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) ou do trabalho como profissional autônomo.

O trabalhador que labora em prostíbulos, sob a direção do dono do empreendimento, cumprindo horários e as demais normas estabelecidas por ele, exerce atividade que preenche todos os requisitos celetistas definidos à relação de emprego (onerosidade, pessoalidade, subordinação e habitualidade). Aquele que labora por conta própria, estabelecendo seu preço e condições, como o faz qualquer outro prestador de serviços, por sua vez, é, sem sombra de dúvidas, um trabalhador autônomo.

A Constituição Federal dispõe, ainda, em seu artigo 3º, inciso I, como objetivo do Estado brasileiro, democrático de direito, a busca pela construção de uma sociedade *livre, justa e solidária.*

Manoel Jorge bem conceitua a sociedade solidária como aquela que *não inimiza os seus indivíduos, buscando soluções tendentes a compatibilizar os interesses em antagonismo*, ou seja, uma sociedade que seja receptiva, ao menos, a todos aqueles não infringirem suas leis.

O mesmo autor, revirando os principais dispositivos constitucionais, menciona os incisos III e IV, do artigo 3º/CF, como outros fundamentos à proteção dos trabalhadores aqui estudados. O inciso III determina a persecução do desenvolvimento nacional:

> Reconhecer o trabalho da prostituta e proteger a sua atividade é viabilizar a elevação de qualidade de vida das pessoas que executam essa espécie de trabalho, tornando concretamente respeitado o objetivo fundamental referente à garantia do desenvolvimento nacional. (SILVA NETO, 2008).

O inciso IV, por sua vez, determina ser objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que deve ser aplicado ainda com mais força ao trabalho lícito prestado por qualquer ser humano, como bem dispõe a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que busca a abolição de qualquer prática discriminatória ilegítima nas relações de trabalho.

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda traz em destaque o princípio da liberdade de exercício profissional, sustentando que todos somos livres para escolhermos a profissão, ou o ofício, que melhor nos proporcionem qualidade de vida e emancipação social, sendo legítima a atividade profissional relacionada com a satisfação sexual de outrem quando exercida por pessoa maior e capaz. (LACERDA, 2013).

Sendo como autônomo ou empregado, fato é que a prostituição é um trabalho e, repisa-se, um trabalho lícito. E, sendo trabalho lícito, não há outro caminho previsto na nossa Constituição senão a sua valorização social e a garantia do Estado à cidadania daqueles que o exerçam.

5 A DICOTOMIA DO ENFRENTAMENTO DA PROSTITUIÇÃO POR NOSSOS TRIBUNAIS CRIMINAIS E TRABALHISTAS

Se os trabalhadores do sexo estão desemparados pelo Legislativo e jogados à margem da sociedade, o Judiciário, igualmente, não garante a proteção constitucionalmente a eles prevista. A contradição que caem os julgados na esfera trabalhista e criminal revelam que as questões morais são replicadas nas decisões judiciais.

5.1 OS JULGADOS NA ESFERA PENAL: DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CASAS DE PROSTITUIÇÃO

A jurisprudência massiva dos tribunais criminais se inclina em absolver qualquer tentativa do Ministério Público em punir aqueles que exploram prostíbulos ou que praticam rufianismo.

A totalidade dos julgados estudados revelaram o entendimento de que a manutenção da atividade, por si só, não é conduta ilícita, limitando-se a aplicar punições a quem explora a prostituição infantil ou qualquer espécie de prostituição não consentida.

Abaixo à análise concreta de alguns desses julgados:

> Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). Recurso com vistas à absolvição. Admissibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Abolitio criminis. Configura-se atípica a manutenção de estabelecimento destinado a encontros libidinosos, mesmo programas sexuais, a menos que presente a elementar típica da "exploração sexual", acrescida ao dispositivo em comento após a reforma legislativa. Exploração sexual que deve ser interpretada a luz da tutela da dignidade sexual, com significado, portanto, relacionado às condutas marcadas pelo ardil, violência, grave ameaça, enfim, pelo prejuízo à vontade e dignidade da vítima prostituída. Ausente comprovação nos autos neste sentido, remanesce a mera mantença de uma casa que sediava programas, impondo-se a absolvição calcada no art. 386, III, CPP. Recurso provido.
>
> [...]
>
> VALDERIR ALVES DOS SANTOS (RG nº 19.929.045) foi denunciado como incurso nos artigos 229 e 230, ambos dispositivos do Código Penal, porque, no ano de 2003, em vários horários, principalmente noturno, no *"Bar e Boate Star Drink Dama da Noite"*, em Monte Aprazível, mantinha mencionado estabelecimento, por conta própria, objetivando lucro e tirando proveito da prostituição alheia, participando diretamente dos ganhos, fazendo-se sustentar parcialmente por quem a exerce. (TJSP. Apelação n. 0003312-42.2003.8.26.0369. DJ 03/11/2004. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 28/04/2018).

Entretanto, a maioria da jurisprudência posiciona-se no sentido de desconsiderar atividade criminosa quando aceita pelas autoridades locais e pela própria sociedade.

> Não fosse apenas este argumento, observa-se que a todo o momento nos deparamos na televisão, jornais e revistas com propagandas sobre o comércio do sexo, incentivando os jovens e instigando menores. Por isto parece-me impossível condenar a ré por ter mantido um lupanar, quando pelos meios de comunicação é levada à ignorância da antijuridicidade de seu agir, julgando ser sua conduta absolutamente legítima. (TJSP. Apelação n. 0003312-42.2003.8.26.0369. DJ 03/11/2004. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 02/09/2015).
>
> APELAÇÃO CRIME. LENOCÍNIO. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Com a evolução dos costumes, a manutenção de estabelecimento comercial no qual ocorre prostituição passou a ser aceita - ou pelo menos tolerada - pela sociedade. Assim, apesar da previsão contida no art. 229 do Código Penal, deve incidir ao caso o princípio da adequação social, resultando a atipicidade material da conduta. Ademais, como bem observa a doutrina, se a própria prostituição não é considerada crime e se nem toda a forma de exploração sexual consiste em atividade ilícita, não se mostra razoável a simples punição da pessoa que mantém local onde possam ocorrer quaisquer dessas atividades. (TJRS. Apelação n. 70044269728. DJ 06/10/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 28/04/2018).

Os votos destacam o princípio da adequação social, que preconiza que se uma conduta é amplamente conhecida e aceita pela sociedade, não restam elementos a justificar a punição do agente que a pratica.

Um bom exemplo disso, trazido por um dos julgadores, é o fato de que o próprio Poder Público rotineiramente concede alvarás para funcionamento de estabelecimentos que desenvolvem esse tipo de atividade, locais que, ainda que com nomes fictícios, são amplamente conhecidos pela comunidade como prostíbulos.

5.2 OS JULGADOS NA ESFERA TRABALHISTA: DA AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Enquanto a jurisprudência criminal majoritária se posiciona pela antijuridicidade da conduta e pela absolvição daqueles que exploram casas de prostituição, os tribunais do trabalho, por outro lado, têm dividido seu entendimento entre os que entendem que a mera ilicitude do objeto gera o julgamento de extinção das reclamatórias movidas pelos trabalhadores do sexo e os que compartilham do entendimento de que o trabalhador, cuja atividade é lícita (ainda que prestada a empregador que explora atividade ilícita), não pode ficar desamparado.

Nos casos em que se entende pela apreciação do mérito da reclamatória, invariavelmente, há o reconhecimento do vínculo empregatício com a casa de prostituição, o que demonstra que a grande maioria (senão a totalidade) desses trabalhadores prestam serviços às *casas de tolerância* com todos os requisitos de uma relação de emprego, mas na total informalidade e na consequente marginalização do trabalho.

Em interessante caso levado ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, narrou-se o ocorrido com uma prostituta de 25 anos, que trabalhava a um reconhecido prostíbulo de Piracicaba (SP), cumprindo jornada de cinco dias semanais fixos, das 21h às 3h. A trabalhadora residia no próprio local, recebendo do dono da casa ordens e alimentação.

O empregador exigia que suas funcionárias consumissem e oferecessem bebidas alcoólicas aos clientes, estipulando, inclusive, metas de consumo diário, com gratificações e descontos salariais.

A exposição do caso real demonstra que durante a jornada de trabalho, a funcionária, já alcoolizada, tentando entrar em seu quarto, caiu da janela e teve trauma vertebral, perdendo todos os movimentos do corpo. A trabalhadora ficou acamada por 18 meses e veio a óbito após ingressar com a reclamatória, deixando um dependente menor sem qualquer amparo previdenciário.

A reclamada, além de negar a existência de vínculo, advogou no sentido de que a profissão de prostituta, por si só, tornaria nula a contratação, o que foi acolhido em primeiro grau. Dentre os argumentos usados como fundamento da sentença, o juízo de primeiro grau aduziu que a tarefa exercida pela reclamante de exposição do próprio corpo é atividade relacionada à sua opção pessoal de vida.

O Tribunal reformou a sentença, em um belo voto da Desembargadora Ana Claudia Torres Vianna cujas razões não se pode deixar de transcrever:

> Ademais, desde que o mundo é o mundo e o ser humano se organizou em sociedade, é sabido que a imagem da mulher exibindo seu corpo e provocando os impulsos mais primitivos do sexo oposto é um excelente meio de vender produtos. Qualquer tipo de produto. Os publicitários atuais (e também não tão atuais assim) bem conhecem esta forma de marketing, que o diga os fabricantes de automóveis, bebidas e até brinquedos.
>
> [...]
>
> O que a mulher faz ou deixa de fazer com o seu corpo é direito exclusivo dela, conquistado em apenas alguns lugares do mundo atual e não sem muitas lutas.
>
> [...]
>
> Se há comércio e existem pessoas trabalhando com habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade, nesse local há vinculo de emprego.
>
> [...]
>
> Nesse sentido, o não-reconhecimento da relação empregatícia importaria em odioso enriquecimento sem causa do empregador. Certamente o efeito seria reverso: estimularia a exploração do corpo humano e permitiria trabalho na condição análoga à de escravo. E mais. No presente caso, com patente prejuízo a menor, filho da falecida reclamante, que não contaria sequer com a proteção previdenciária. (TRT15R. Recurso Ordinário n.0006700- 15.2009.5.15.0137. DJ 14/05/2013. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 31/09/2015).

Nesse mesmo julgado, o médico perito que analisou o ambiente laboral fez a interessante consideração de que para os trabalhadores de atividades regulamentadas, como *someliers* e mestres cervejeiros, há ampla

fiscalização e controle (no caso, do consumo de álcool), de maneira a propiciar total preservação dos trabalhadores. Aos profissionais do sexo, por sua vez, não há qualquer espécie de controle da atividade, deixando os trabalhadores de todo desamparados.

O que se percebe nos poucos casos trazidos ao judiciário trabalhista é que as empresas reclamadas não temem quaisquer represálias na seara criminal e, cientes de que a mera manutenção de atividade ilícita pode absolvê-las de uma condenação trabalhista, valem-se deste argumento em suas defesas, como se pode verificar, igualmente, no processo nº 02481.2008.086.02.00-9 (TRT2R. Recurso Ordinário n. 02481.2008.086.02.00-9. DJ 27/08/2010. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 02/09/2015).

Muitos julgadores se limitam a entender que, em sendo a atividade de exploração de casa de prostituição ilícita, os trabalhadores que a ela prestam sua mão de obra não merecem abrigo da Justiça do Trabalho e acabam por negar-lhes qualquer direito trabalhista:

> EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. OBJETO ILÍCITO.
>
> "GAROTA DE PROGRAMA". Hipótese em que a relação mantida entre as partes envolvia exploração de prostituição, prática considerada ilícita pelo Código Penal. Inviável o reconhecimento de relação de emprego que tem como objeto a prática de ilícito penal. Rejeição da arguição de nulidade processual por cerceamento de defesa. Mantida a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito. (TRT4R. Recurso Ordinário n.0009800-29.2009.5.04.0025. DJ 01/07/2010. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 28/04/2018).
>
> ILICITUDE DA ATIVIDADE DA RECLAMADA, REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO. A atividade da reclamada revestida de ilicitude, conforme comprovação por prova oral, inviabiliza o reconhecimento do contrato de trabalho do recorrente, diante da manifesta ilegalidade de seu objeto. Inobstante o labor do recorrente não ser ilícito, o mesmo resta afetado pela ilicitude da atividade ré. (TRT2R. Recurso Ordinário n.02537-2009-202-02-00-9. DJ 12/08/2010. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 02/09/2015).

Na decisão proferida nos autos da reclamatória n. 0000442- 51.2010.5.04.0301, da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (publicada em 23/04/2014), a juíza relatora entendeu pela inviabilidade do reconhecimento do vínculo empregatício com o trabalhador da casa de prostituição, sob o fundamento "de que sendo ilícito (criminoso) o objeto social da reclamada, inviável a formação de qualquer relação de emprego com o estabelecimento em questão, uma vez que essa ilicitude impede a regular e válida instauração do contrato de trabalho".

Os demais desembargadores, contudo, proferiram voto divergente, bem fundamentando no sentido de que o não reconhecimento do contrato de trabalho implicaria beneficiar justamente o objeto ilícito explorado pela reclamada, eximindo-a de cumprir as obrigações legais decorrentes do vínculo de emprego.

O quadro apresentado, atualmente, pelas decisões de nossos tribunais é o de que o explorador da mão de obra dos trabalhadores do sexo (e aqui afastamos aqueles que se valem da real exploração sexual) acaba por não ser penalizado criminalmente.

Os trabalhadores do sexo, por outro lado, são fortemente penalizados com a omissão do Judiciário trabalhista que, por meio de decisões calcadas em um preconceito, muitas vezes mascarado, afasta qualquer direito trabalhista desses indivíduos:

> [...] a maior perplexidade foi notar que os aplicadores do direito no Brasil nada mais realizam do que reproduzir ad nauseam critérios de interpretação das normas que, em rigor, em rigor mesmo, bem poderiam ser extraídos da Escola da Exegese. (SILVA NETO, 2008).

É contraditório que, justo na seara laboral - destinada à defesa de todo e qualquer trabalho humano – aspectos religiosos e morais do julgador acabem por recusar aos trabalhadores a tutela específica devida, como temos vivenciado nas reclamatórias promovidas pelas prostitutas. (SILVA NETO, 2008).

6 OS PROJETOS DE LEI QUE VISAM REGULAMENTAR A PROSTITUIÇÃO E A VISÃO DOS PARLAMENTARES

A primeira grande discussão pelo Legislativo brasileiro sobre a regularização da prostituição se deu no ano de 2003, com o projeto de lei n. 98/03, de autoria do deputado e líder do Partido Verde, Fernando Gabeira.

Inspirado na legislação alemã de 2002, o projeto de lei bem observa que a prostituição é uma atividade contemporânea à própria civilização. Em sua justificação, assim consta:

> Fazemos profissão de fé que o Legislativo brasileiro possui maturidade suficiente para debater a matéria de forma isenta, livre de falsos moralismos que, aliás, são grandemente responsáveis pela degradação da vida das pessoas que se dedicam profissionalmente à satisfação das necessidades sexuais alheias.[3]

As esperanças dos criadores do projeto de que os parlamentares não envolvessem questões pessoais e a própria religião na decisão, contudo, não pareceram ter tido sucesso. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou a proposta do projeto. O deputado ACM Neto, naquela ocasião, justificou, em suas palavras, que *o sexo é uma criação de Deus, mas o homem distorceu*.

Em julho de 2012, o deputado federal do PSOL do Rio de Janeiro, Jean Wyllys, lançou o projeto de lei n.4.211/2012, que ficou conhecido como *Lei Gabriela Leite*, em homenagem à prostituta militante, fundadora da ONG Dadiva, que lutou em favor dos direitos da classe·

O projeto considera profissional do sexo *toda a pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração*.

O dispositivo conceitua e veda qualquer espécie de exploração sexual, o que configura, pelo projeto, crime hediondo. Além disso, prevê aposentadoria especial aos profissionais do sexo. Em sua justificação constam importantes conclusões:

> A prostituição é atividade cujo exercício remonta à antiguidade e que, apesar de sofrer exclusão normativa e ser condenada do ponto de vista moral ou dos "bons costumes", ainda perdura. É de um moralismo superficial causador de injustiças a negação de direitos de profissionais cuja existência nunca deixou de ser fomentada pela própria sociedade que a condena. Trata-se de contradição causadora de marginalização de segmento numeroso da sociedade.

Compartilha-se do entendimento de Guilherme de Souza Nucci, "vivemos em época diversa do tempo em que foi editado o Código Penal (1940), razão pela qual os atuais legisladores precisam dar-se conta dos avanços advindos". (NUCCI, 2010, p.962).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As poucas tentativas do nosso legislativo em regulamentar a prostituição, conferindo aos profissionais direitos trabalhistas e previdenciários básicos, não lograram êxito, estando os projetos de lei parados.

A surpreendente postura passiva do judiciário trabalhista é reflexo de uma sociedade que ainda vê a atividade daqueles que prestam serviços sexuais como atividade humana indigna e não merecedora da atenção e da custódia do Estado.

A informalidade dificulta o levantamento de dados precisos, impossibilitando que se conheça a extensão do problema. A exclusão social impede que os garotos e garotas de programa busquem reconhecimento como classe e a efetivação de garantias sociais básicas, como o próprio acesso ao judiciário.

A omissão do Estado impede uma real fiscalização dos prostíbulos. Sem ter a profissão regulamentada, os exploradores da mão de obra (cafetões, rufiões, donos de prostíbulos) têm uma garantia legitimada pela

[3] Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=10469. Acessado em 20.08.2015.

sociedade de que não terão seus estabelecimentos fiscalizados pelo Ministério do Trabalho ou pelo Ministério Público para que garantam condições de higiene adequadas, um meio ambiente de trabalho seguro e livre de assédios. O dono do capital tampouco teme a união dos trabalhadores em sindicatos, ou a reivindicação de direitos há muito conquistados, como o direito à limitação da jornada de trabalho, ao adicional de insalubridade, ao recolhimento previdenciário e de FGTS.

Enquanto o capital se mantém livre de encargos trabalhistas e previdenciários e os trabalhadores (e aqui também incluímos os autônomos) são excluídos da tutela do Estado, a sociedade bem convive com a prostituição.

A comercialização de serviços sexuais, mercado bastante lucrativo, existe em qualquer comunidade. As casas de prostituição são por todos conhecidas. A publicidade, aliás, sequer é tímida: basta abrir os classificados de qualquer jornal para nos depararmos com ampla e descarada oferta de serviços. Não é por menos que os tipos penais aqui estudados vêm sendo desconsiderados.

Nessa realidade, há muito vivenciada, os trabalhadores continuam à espera de uma ação governamental vinda de uma sociedade que insiste em fechar os olhos para a exploração lucrativa de sua energia humana, sob o argumento de que a venda do corpo e de serviços sexuais não é moralmente correta, nem deve ser aceita.

A hipocrisia nos impede de enxergar que, em verdade, a venda do corpo, da saúde física e mental, de tempo de vida é a dolorosa moeda de qualquer trabalhador no cruel sistema capitalista, cabendo ao direito do trabalho dar limites a essa desleal troca. Segundo Souto maior (2008), "O Direito do Trabalho, de uma só vez, valoriza o trabalho, preserva o ser humano, busca proteger outros valores fora do trabalho e regula o modelo de produção, na perspectiva da construção da justiça social dentro do regime capitalista".

Não podemos nos conformar e admitir que a sociedade aceite e consuma os serviços sexuais, cada vez em maior escala (a tecnologia nos propicia, inclusive, a prostituição virtual), ao passo que empurra trabalhadores cada vez mais a uma exclusão social. Precisamos olhar para esta mão de obra, estudá-la e buscar desmistificar alguns preconceitos, a fim de pressionar o legislativo e o judiciário na busca de uma efetiva justiça social, o grande objetivo do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GÓMEZ, Danna. **Según la corte constitucional: La prostitución en Colombia, es un trabajo.** Disponível em: <http://www.utadeo.edu.co/es/noticia/emisora/emisora-oyeme-ujtl/7451/segun-la-corte-constitucional-la-prostitucion-en-colombia-es>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FERNANDES, Daniela. **Mais de 40 milhões se prostituem no mundo, diz estudo.** BBC Brasil. 2012. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/01/120118_prostituicao_df_is> Acesso em: 24 mar. 2018.

SACRAMENTO, Octávio; RIBEIRO, Manuela. Mulheres marcadas: prostituição, ordem e exclusão. **Cuadernos de Trabajo Social** . v. 27-1 p.197-209. 2014

RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. **Revista Bagoas**. Natal:UFRN, v.2. Jan/Jun. 2008.

LACERDA. Rosângela Rodrigues Dias de. Proteção ao Trabalho da Prostituta: Modelo Laboral e Princípio da Justiça Social. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; BASSFELD GNATA, Noa Piatã (org). **Trabalhos Marginais.** São Paulo: Ltr, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 36, ano XVIII, set 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, 10. Ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. **O mundo do trabalho**: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2009.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 19.09.2015.

Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas. Disponível em: http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.htm. Acessado em 19.09.2015.